

Politische Rechtstheorie Revisited: Rudolf Wiethölter zum 100. Semester

Joerges, Christian (Ed.); Zumbansen, Peer (Ed.)

Veröffentlichungsversion / Published Version

Sammelwerk / festschrift

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Joerges, C., & Zumbansen, P. (Hrsg.). (2013). *Politische Rechtstheorie Revisited: Rudolf Wiethölter zum 100. Semester* (ZERP-Diskussionspapier, 1). Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62576-3>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:

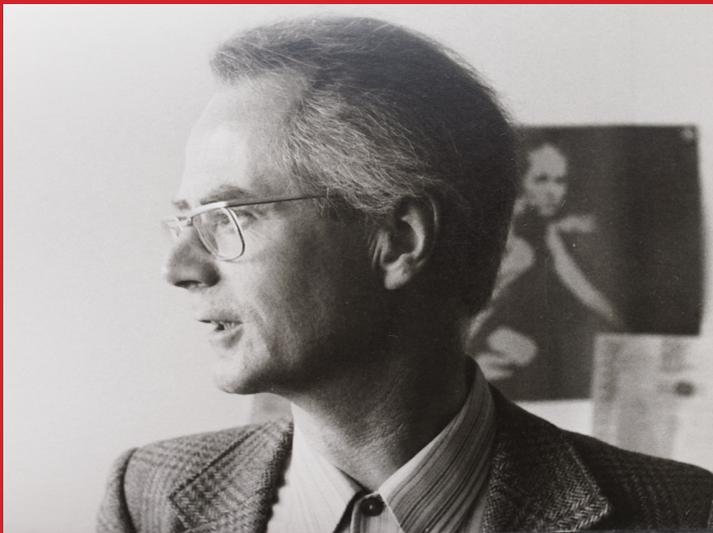
This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

ZERP-Diskussionspapier 1/2013

Politische Rechtstheorie Revisited

Rudolf Wiethölter zum 100. Semester



Christian Joerges / Peer Zumbansen (Hrsg.)

zerp

zentrum für
europäische
rechtspolitik

centre of
european law
and politics

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
Universität Bremen

ZERP

Christian Joerges / Peer Zumbansen (Hrsg.)

Politische Rechtstheorie Revisited

Rudolf Wiethölter zum 100. Semester

ZERP Diskussionspapier 1/2013

IMPRESSUM

Herausgabe &
Vertrieb: Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Fachbereich Rechtswissenschaft
Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen
www.zerp.eu

Schutzgebühr: € 8,- (zzgl. Versandkosten)

Nachdruck: Nur mit Genehmigung der Herausgeber

ISSN: 0947 — 5729

ISSN (Internet): 1868 — 3797

Bremen, März 2013

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

Graf-Peter Calliess 1

Zwei Eröffnungen

Zur Ökonomisierung des Lebens: „Pecunia et patrimonium dicitur vita hominis“

Domenico Siciliano 3

Doctorum agnomina

Ulrich Mückenberger 19

Teil 1: Freiheitsmethoden

Geschichte und Eigensinn: Rudolf Wiethölters Rechts-Bewegungs-Kunst im 100. Semester

Michael Blecher..... 31

Rechtszauber

Malte-Christian Gruber..... 45

Ajax: Das Spiel kommt in die Zeit

Andreas Fischer-Lescano..... 55

Klangpotentiale: Eine Annäherung an das Rauschen des Rechts

Isabell Hensel..... 69

Die Leiden des jungen W. – Notizen zur Geschichte der „Rechtswissenschaft“ von 1968

Erich Schanze..... 101

Anwalt werdenden Rechts

Dan Wielsch..... 115

Teil 2: Wirkungsgeschichten

Rechtswissenschaft im dritten Stock

Andreas Maurer..... 127

Studenten Belügen. Anmerkungen zu Rudolf Wiethölter's 100. Semester

Peer Zumbansen 141

Rechtsprechung als Gesetzgeber – nicht nur Patientenrechtegesetz

Dieter Hart..... 153

Die „politische Verwaltung“ Europas

Christian Joerges..... 161

Gesetzgebung und Maßstäbe

Volker Kröning 169

Verrätselungen und Verhexungen: Von einem neuerdings erhobenen enigmatischen Ton in der Rechtswissenschaft

Gunther Teubner..... 177

»L'essentiel est invisible pour les yeux«

Rudolf Wiethölter..... 183

Annex: Drei Reminiszenzen

Rudolf Wiethölter, dem Ausbildungsreformer, zu Ehren

Volker Kröning 195

Gründungsieber

Jörg Holkenbrink / Simon Makhali 201

Ein Streit ums Recht i.J. 1971 215

Post Scriptum

Christian Joerges..... 221

Autorenverzeichnis 223

Vorwort

Einhundert Semester ...

Rudolf Wiethölter als Phänomen: kann man das erklären? Eher nicht, vielleicht be- oder besser umschreiben. Ein Wissenschaftler, der seine Beiträge zum juristischen Diskurs an „Gebildete unter Verächtern“ richtet, sich am liebsten aber auf „Zwischenrufe“ im Kreise von Freunden, i.e. Teilnehmern an Seminaren und Diskussions- „Zirkeln“, beschränkt. Von diesen (selbst ernannten) Freunden, Schülern, Bewunderern gibt es eine ganze Menge. Einige davon befinden sich in Bremen, die Älteren davon nicht ganz ohne Wiethölters Zutun als Gründungssenator der Universität Bremen, andere – wie der Verfasser dieses Vorwortes – eher zufällig, oder aufgrund einer glücklichen Fügung. Christian Joerges, aus den Hügeln der Toskana nach Bremen zurückgekehrt, und Peer Zumbansen, in den letzten Jahren ständig wiederkehrender Gastforscher im sommerlich milden Bremen, ist es zu verdanken, dass sich zahlreiche wissenschaftliche und teils auch persönliche Freunde, Schüler und Bewunderer bis in die Generation der „Urenkel“ im November 2012 am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen versammelt haben, um Rudolf Wiethölter mit ihren – teils eher wissenschaftlich, teils mehr persönlich gehaltenen, immer aber tiefgründigen – Beiträgen zu ehren. Erfundener – aber vom Geehrten im Hinblick auf tatsächliche Korrektheit bestätigter – Anlass war das hundertste Semester von Rudolf Wiethölter als (Hochschul-) Lehrer, gerechnet ab seiner Ernennung zum Professor für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Wirtschaftsrecht und internationales Privatrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main im Sommersemester 1963. Warum aber in Bremen? Vielleicht, weil Wiethölter nach der „Vertreibung aus dem dritten Stock“ der Senckenberganlage in den beeindruckenden, aber kühlen Hallen des Neubaus am Grüneburgplatz nie richtig heimisch wurde? Vielleicht, weil das Schicksal so viele seiner Kinder, Enkel und Urenkel nach Bremen führte? Vielleicht aber auch, weil hier in Bremen einfach die Idee mit den hundert Semestern entstanden ist ... Als Dekan, Mitglied der Fakultät, und auch ganz persönlich habe ich mich sehr gefreut, dass diese Veranstaltung bei uns am Fachbereich Rechtswissenschaft in Bremen stattgefunden hat und dass deren Ergebnisse jetzt der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden – wengleich ich bezweifele, ob die dichte, inspirierende Atmosphäre im Tagungsraum in Schriftform einzufangen ist.

GRALF-PETER CALLIESS

im März 2013

Dekan

Erste Eröffnung

Zur Ökonomisierung des Lebens: „Pecunia et patrimonium dicitur vita hominis“*

DOMENICO SICILIANO

„Keine Atempause
Geschichte wird gemacht
Es geht voran“
(Fehlfarben)

„Man muß ihm nur einmal drei Stunden lang zugehört haben!“
(Jürgen Habermas über Rudolf Wiethölter)

A.) Es ist für mich wirklich eine große Ehre und Freude, dass ich einen Beitrag zu diesem gemeinsamen Band schreiben kann, mit dem die 100 Semester Lehrtätigkeit von Rudolf Wiethölter gewürdigt werden. Ich habe das Glück gehabt, zwischen 1998 und 2008 an dem Seminar teilzunehmen, das von Herrn Wiethölter zuerst alleine und dann zusammen mit seinem Nachfolger, Gunther Teubner, an der Goethe-Universität Frankfurts im 3. Stock der Senckenberganlage gehalten wurde. Für mich wie vermutlich auch für andere, nicht nur aus dem rechtswissenschaftlichen Fachbereich Frankfurts, stellte das „Mittwoch“-Seminar von Rudolf Wiethölter ein, wenn nicht *das* Arcanum der kritischen „Rechtswissenschaft“ in Frankfurt dar.¹ Ich kam als „Strafrechtler“ aus dem 5. Stock des Großgebäudes in der Senckenberganlage bzw. aus dem Doktorandenseminar meines Lehrers, Winfried Hassemers, und aus dem von den Mitgliedern des Instituts für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie veranstalteten „Dienstagseminar“. Gerade die Erfahrung der „Frankfurter Seminare“, der sozialen Praxis der Begegnung von Professoren und Studenten (und – insbesondere bei den Strafrechtlichen – auch Praktikern!), die auf Steigerung der Wahrscheinlichkeit der wissenschaftlichen Kommunikation und Abbau von kreativitätsstörenden Hierarchien abstellte, bedeutete für mich einen klaren Gegensatz zur Einsamkeit, Askese und (noch) vormodernen Praxis der italienischen „rechtswissenschaftlichen“ Sozialisation. „Einfach“ und gleichzeitig faszinierend war die „Methodik“ des Seminars von Herrn Wiethölter: Grund-

* Für wichtige Tipps und Hinweise bedanke ich mich bei Federigo Bambi, Valerio Marotta und Petra Hartmann, die auch das Manuskript durchgelesen hat.

1 Siehe Michael Blecher, Rechts-Bewegungs-Kunst für das 21. Jahrhundert. Rudolf Wiethölter zum 80. Geburtstag, in: Kritische Justiz 4/2009, 427 ff., inbs. 430 f.

sätzlich kein festes, strukturiertes Programm, kein fester Reader (etwas strukturierter wurde aber die „Methodik“ des zusammen mit Gunther Teubner veranstalteten Seminars in der späteren Zeit), sondern deren tastende, „taktvolle“ Konstruktion im Laufe der Zeit durch Arbeit in der Regel an einem „klassischen“ Text (zu meiner Zeit: viel Habermas, Luhmann und Koselleck) oder gezielt auch an Texten, die von Mitarbeitern bzw. Doktoranden verfasst worden waren. Zum Ende der Sitzung wurde entschieden, welche Texte zur weiteren Diskussion hilfreich sein könnten. Bei Semesterende verabredete man sich dann für das neue Semester mit einer gewissen Vorstellung über das zukünftige Thema bzw. den Rahmen für die „neue Anknüpfung“ – wie Herr Wiethölter, auf den Soldaten Schweijk anspielend, zu sagen pflegte: „Nach dem Krieg im Kelch“. In den folgenden Zeilen werde ich versuchen, anhand eines Beispiels persönlich erlebter „Rechtswissenschaft“ zu verdeutlichen, wie Wiethölters „Lehre“/„Erziehung *der Juristen* zur Mündigkeit“ für meine Forschungsarbeit relevant geworden sind.

B.) In meiner Frankfurter strafrechtlichen Dissertation ging es grundsätzlich darum, der traditionellen Frage des § 32 StGB der Tötung des mit der Beute fliehenden Diebes rechtsphilosophisch und rechtshistorisch „auf den Grund zu gehen“, in heutiger Semantik: den entsprechenden Diskurs des Notwehrrechts zu „dekonstruieren“. Neben einer – meiner Meinung nach – wichtigen Zäsur in der Frühaufklärung stellte ich an die strafrechtshistorische Literatur anknüpfend eine Zäsur am Anfang des XVII. Jh. fest, die in der Umkehrung des Verhältnisses von Sachgütern und Leben besteht.

Gegen die Anfang des XVII Jh. in Deutschland herrschende Meinung, die für ein Verbot der reinen Sachwehr (und deswegen der Tötung des mit der Beute fliehenden Diebes) plädiert und – insbesondere vom Christentum her – auf die unterschiedlich begründete „Heiligkeit“ des menschlichen Lebens *oder* auf die Einmaligkeit und deswegen Nicht-Wiederlangbarkeit des Lebens hinweist (für alle gelten hier die Ansätze von Valentin Voltz, Georg Obrecht und Johannes Harpprecht), setzt sich eine Strafrechtslehre durch (Benedikt Carpzov, Petrus Theodoricus), die die allgemeine Härte der Strafpraxis gegen Diebe und die Gefährlichkeit von Dieben und Räufern für das menschliche Zusammenleben bzw. für dessen Sicherheit geltend macht.² So konnte z. B. Benedikt Carpzov gegen die zu seiner Zeit herrschende Meinung, der Mensch (und deswegen auch der mit der Beute fliehende Dieb) genieße als „göttliche Schöpfung“ den Vorrang gegenüber den Sachgütern, ohne großen argumentativen Aufwand an

2 Ich erlaube mir hinzuweisen auf mein *Das Leben des fliehenden Diebes. Ein strafrechtliches Politikum*, Frankfurt am Main 2003, 136 ff. Eine zweite Auflage wird demnächst erscheinen.

die Praxis der Erhängung der Diebe durch den Staat mit einem solchen Satz anknüpfen:

„Neque hoc ipsum infringitur ex eo, quod nulla sit proportio inter res, et hominem eiusque vitam, quodque homo tamquam omnium nobilissima creatura ad imaginem DEI creata, in longè majori pretio sit habendus, quam aliae res quaevis praetiosissimae, uti hoc valde urget Obrecht [...]. Etenim, si hoc casu attendi deberet illa inter res & hominem proportio, certe nec fures recte suspenderentur. Neque raptor ullus, aliusve homo facinorosus ob res caducas vita privandus foret“.³

C.) Bei der Arbeit an der 2. Auflage ist mir eine zweite Argumentationslinie stärker aufgefallen, die bei Carpzov zu finden ist und die sich in der Dogmatik des deutschen Notwehrrechts zur Sachwehr weniger durchsetzte als der oben kurz skizzierte Argumentationsstrang. Um das Spannungsverhältnis von Leben und Sachgütern und die Verschränkung von Sachwehr und Verteidigung von Leben und Leib abzuschwächen, macht Carpzov ein Argument geltend, das auf das *ius commune* abstellt:

„Caeterum, non solum pro defensione sui corporis, sed et pro defensione et recuperatione rerum et bonorum suorum, quis alium impune occidere potest [...]. Haec namque dicuntur *alter hominis sanguis*, juxta glossam in legem 14. in verbum vitam C. de advocatis [C.2.7.14: D. S.], eo, quod sicuti homo deficiente sanguine, ita et deficientibus bonis vitam sustentare non possit. Unde fit, quod opes, bona et res, ad vitam conservandam necessariae, *viscera hominis* appellentur“.⁴

3 Benedikt Carpzov, *Practica Nova Saxonica Rerum criminalium*, Wittenberg 1635, (Nachdruck 1996), Qu. XXXII, Nr. 33. „Und dies wird nicht dadurch entkräftet, daß es keine Proportion zwischen den Sachgütern und dem Menschen bzw. seinem Leben gäbe, daß der Mensch als edelste der Schöpfungen, die gemäß dem Bilde Gottes geschaffen worden sei, einen viel höheren Wert habe als andere Sachgüter, auch die teuersten, wie es wohl Obrecht betont [...]. Allerdings, wenn in diesem Fall jene Proportion zwischen den Sachgütern und dem Menschen berücksichtigt werden müßte, dann würden die Diebe doch nicht zu Recht erhängt. Und keinem Räuber und keinem anderen lasterhaften Menschen würde man das Leben für vergängliche Sachgüter wegnehmen“.

4 Carpzov, *Practica Nova*, Quaest. XXXII, Nr. 14. Hervorhebungen von mir. „Außerdem darf jemand einen anderen nicht nur zur Verteidigung seines Leibs, sondern auch zur Verteidigung und zur Wiedererlangung seiner Sachen und Güter straflos töten [...]. Diese werden in der Tat gemäß der Glossa in legem 14. in verbum vitam C. de advocatis [C.2.7.14: D. S.] *das andere Blut des Menschen* genannt, weil der Mensch, genauso wie ohne Blut, ohne Güter sein Leben nicht führen kann. Daraus folgt, dass das Vermögen, die Güter und die Sachgüter, die zur Lebenserhaltung notwendig sind, *Körperteile* des Menschen genannt werden“.

Mit Hinweis auf die Glossa von Accursius behauptet also Carpzov, dass „res et bona“/„Sachgüter und Vermögen“ „alter hominis sanguis“/„anderes Blut des Menschen“ genannt werden. Durch das Medium des Blutes werden sie in einer Zweck-Mittel-Beziehung zum Gut des Lebens eingesponnen. Wie das Blut sind die Sachgüter bzw. das Vermögen zur Erhaltung des Lebens notwendig. Damit wird das Gut wie das Blut zu „*viscera*“, d. h. zum Körperteil, gemacht und „internalisiert“, wenn bei seinem Fehlen das Leben nicht erhalten werden kann. Diese „Internalisierung“ wird dadurch vervollständigt, dass mit Verweis auf den Jurist *Aretinus* die Güter über die Metapher der „*viscera*“ bzw. der „Körperteile“ zusammen mit dem Geld sogar zum „Leben“ gemacht werden:

„Quinimo pecunia & bona ipsa vita hominis vocantur ab Aretino in l. si tuis nummis Codex de operis libertorum [C.6.3.: D. S.] & l. pen. Codex de constituta pecunia [C.4.18.2: D. S.] [...]“⁵

Damit ist die grundlegende Unterscheidung zwischen dem Leben auf der einen Seite und den Sachgütern bzw. dem Vermögen und dem Geld auf der anderen Seite aufgehoben und neutralisiert. Es werden also die Voraussetzungen für den weiteren Schluss, für die Strafflosigkeit der tödlichen Verteidigung von Sachen, geschaffen:

„Quare, sicuti pro tutela corporis & vitae vim atque injuriam propellere licet, ita & ratione rerum atque bonorum“⁶.

Kurzum: „res et bona“/die „Sachgüter und das Vermögen“, „la roba“, oder „pecunia et bona“/„das Geld und das Vermögen“ werden also „das Leben des Menschen“ genannt.

D.) Das Diktum „pecunia et bona vocantur vita hominis“ und die damit zusammenhängende Affirmation „pecunia et bona dicuntur alter hominis sanguis“ sind Indikatoren einer starken Geltendmachung des Wertes des Geldes und der materiellen Güter, „della roba“, gegen das Leben, mit Giorgio Agambens Semantik: des „Bios“, des „ökonomisch-„politischen“ Lebens, gegen das

5 Carpzov, *Practica Nova*, Qu. XXXII, Nr. 15. „Das Geld und die Güter werden von Aretinus in l. si tuis nummis Codex de operis libertorum [C.6.3.: D. S.] & l. pen. Codex de constituta pecunia [C.4.18.2: D. S.] sogar das Leben selbst des Menschen genannt [...]“.

6 Carpzov, *Practica Nova*, Qu. XXXII, Nr. 16. Die These der Strafflosigkeit der Tötung zur reinen Sachwehr gilt für Carpzov mit Ausnahme der geringwertigen Sachen: „Nisi res illae fuerint viles & exiguae, ob quas nec in foro contentioso hominem occidere licet [...]“. „Es sei denn, die Sachen wären geringwertig und unbedeutend. Ein Gericht würde keineswegs erlauben, zur Erhaltung solcher Sachen einen Menschen zu töten [...]“. Carpzov, *Practica Nova*, Qu. XXXII, Nr. 17.

„nackte Leben“⁷, das von allen „Rechten“ entblößte Leben, des mit der Beute fliehenden Diebes. Wie kommen die Juristen des Mittelalters, an die Carpzov anknüpft, dazu, das Geld, die pecunia, und die Güter bzw. das Vermögen als „das Leben“ bzw. „das andere Blut“ des Menschen zu bezeichnen? Unter welchen Bedingungen wird ein solches, prima facie unwahrscheinliches Argument *möglich*? Es muss sich um ein Argument gehandelt haben, das nicht unbedeutend ist und nicht flüchtig auftritt. Ein Indiz dafür kommt aus der Literatur. In seinem „Tiers livre des faits et dictes eroiques du bon Pantagruel“ widmet Francois Rabelais vier Kapitel der Erzählung der Tätigkeit des Richters Bridoye in Myrelingues, der auf recht unorthodoxe Art seine Urteile durch Würfeln entscheidet.⁸ In seiner wirren Schilderung zur Rechtfertigung seiner Praxis des Urteilens macht Bridoye auf das Abenteuer eines gewissen Gratianauld aufmerksam: Dieser Herr aus der Guascogne hatte zu seinem Ärger sein ganzes Geld „on camp de Stokolm“⁹ im Glückspiel verloren. Danach fasste er den Entschluss, die anderen Söldner, die sich im Feld bzw. in dem nahen „camp des Hondrespondres“ befanden, durch eine erneute Wette um Geld herauszufordern.

Richter Bridoye, der dazu neigt, Geld und Güter hoch zu schätzen, kommentiert das Verhalten bzw. den großen Ärger des Protagonisten seiner Erzählung mit dem Hinweis auf einen Spruch aus dem jus commune, nach dem „pecunia [...] alter sanguis [est]“¹⁰, das Geld das „andere Blut“ des Menschen ist. Hier verweist er zum einen auf Antonius a Butrio bzw. seinen Kommentar zu einer Constitutio aus den Decretales und zum anderen auf Baldus de Ubaldis bzw. dessen Kommentar zu einem Gesetz aus dem Codex Justinianus, in dem Baldus sagt: „Pecunia est vita hominis et optimus fideiussor in necessitatibus“ („Das Geld ist das Leben des Menschen und ein optimaler Bürge in der Not“)¹¹. In seiner Anmerkung gerade zu diesem merkwürdigen Spruch sagt der Herausgeber und Übersetzer einer italienischen Auflage Augusto Frassinetti zum einen, daß „tutte le citazioni di questa serie fra parentesi sono inventate o fuor di proposito“¹² und zum anderen, dass der Spruch einem von Erasmus aus

7 Siehe Giorgio Agamben, *Homo Sacer*, Torino 1995.

8 Siehe Francois Rabelais, *Le Tiers livre des Facts et Dicts Heroiques du Bon Pantagruel*, Paris 1552, in: Francois Rabelais, *Oeuvres complètes*, Paris 1994, 340 ff., Chapitre XXXIX „Comment Pantagruel assiste au jugement du juge Bridoye, lequel sententioit les procès au sort des déz“, 340 ff., 484.

9 Rabelais, *Bon Pantagruel*, 484.

10 Siehe Rabelais, *Bon Pantagruel*, 484.

11 Rabelais, *Bon Pantagruel*, 484.

12 Rabelais, *Gargantua e Pantagruel*, Recato in lingua italiana da Augusto Frassinetti. Con le illustrazioni di Gustave Dorè, Vol. secondo, testo francese a fronte, Milano 1984, Chapitre XXXIX „Comment Pantagruel assiste au jugement du juge Bridoye,

Rotterdam zitierten und kommentierten Satz ähnlich ist, der wiederum einer griechischen Tragödie entlehnt ist.¹³ In der Tat hat dieser Satz, diese strategische Verschränkung von Organischem und Anorganischem, eine nicht unbedeutende Geschichte. In diesem Zusammenhang kann dahingestellt bleiben, was die grundlegende Quelle von Rabelais gewesen ist, wobei einiges dafür spricht, dass es sich um Tiraquellus handeln könnte.¹⁴ Unabhängig davon, stellt die Geltendmachung dieser Argumente von Rabelais in einem Teil seines Livre, der stark den Geiz und die fehlende, ja die buchstäblich „blinde Gerechtigkeit“ des Richters Bridoye hervorhebt, ein Indiz für ihren strategischen Stellenwert dar.

E.) Kehren wir zum ersten Argument Carpzovs zurück, das die Grenzlinien zwischen Leben und Sachgütern aufweicht bzw. verwischt. Die von Carpzov angegebenen Quellen sind grundsätzlich zwei: die Glossa von Accursius und Aretinus.

1.) Der Teil der Glossa, auf die Carpzov verweist, besteht aus Anmerkungen über C.2.7.14. Diese Lex besagt:

„Idem AA. Callicrati pp. Illyrici. Advocati, qui dirimunt ambigua fata causarum suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi, quam si proeliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis clupeis et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos: militant namque causarum patroni, qui gloriosae vocis confisi munimine laborantium spem vitam et posteros defendunt“. D. v k. April. Constantinopoli Zenone et Marciano cons.“¹⁵

lequel sententioit les procès au sort des déz”, 838 ff., 867, Fn. 11: „Alle Zitate dieser Sequenz, die in Klammern steht, sind das Ergebnis freier Erfindung oder völliger Dekontextualisierung“.

13 Rabelais, Gargantua e Pantagruel, 867, Fn. 11. Mireille Huchon verweist auf Erasmus, Adages, II, VIII, 35, „Pecuniae virtus“. Siehe Rabelais, Bon Pantagruel, 1442, Fn. 7.

14 Und zwar um Andreae Tiraquelli Commentarii De Nobilitate et iure primigeniorum, Lugduni 1602, Caput Trigesimumprimum, Nr. 364 [S. 299]. Siehe in diesem Sinne die Anmerkung von Mireille Huchon, in: Rabelais, Bon Pantagruel, 1442, Fn. 10.

15 C.2.7.14., Corpus Iuris Civilis, Volumen Secundum, Codex Iustinianus, Recognovit et tractavit Paulus Krüger, Nachdruck der 11. Auflage Berlin 1954. „Dieselben K. an Callicrates, Praef. Praet. von Illyrien. Die Advocaten, welche das zweifelhafte Schicksal der Rechtssachen entscheiden, und durch die Stärke ihrer Vertheidigung oft in öffentlichen und Privatangelegenheiten das Gefallene aufrichten, das Entkräftete wiederherstellen, sorgen für das menschliche Geschlecht nicht weniger, als wenn sie in Schlachten und durch Wunden das Vaterland und ihre Eltern retteten. Denn Wir halten dafür, dass nicht blos Die, welche mit Schwertern, Schildern und

In der Tat findet sich in der entsprechenden Glossa von Accursius (um 1185-1263)¹⁶ folgende Anmerkung, die sich auf die Tätigkeit der *advocati*/Rechtsanwälte bezieht, die ähnlich wie die Soldaten mit ihrer Arbeit die Hoffnung/*spes*, das Leben/*vita* und die Ehre/*posteros* ihrer Mandanten verteidigen. Accursius merkt zu dem Wort der Lex „*vitam*“ an, es gehe darum, dass die Mandanten durch die Tätigkeit ihrer Anwälte „*quod habent*“, d. h. ihr Vermögen erhalten¹⁷. Damit schafft er die Möglichkeit der Verschränkung von *vita*, dem Leben, und „*quod habent*“, dem Vermögen. Wenn es im römischen Gesetz um die Verteidigung der *vita*, des Lebens ging, dann handelt es sich in der Glossa ordinaria schon um Leben in einem weiteren Sinne, um Leben auch in einem „politischen und ökonomischen Sinne“: (auch) um das Vermögen.

Im Ansatz von Bartolus a Saxoferrato (1313/1314-1357)¹⁸ wird im „Streit“ zwischen den Anwälten und den Soldaten den ersteren sogar ein Vorrang, eine „höhere Nobilität“ zugewiesen.

In seinem Kommentar zu C.2.7.14., und zwar zu demselben auch von Accursius angemerkten Gesetz, führt Bartolus diesmal den Umstand ins Feld, daß der *advocatus* „notwendiger“ für den Staat als der Soldat sei, ohne dies jedoch weiter zu begründen:

„*Advocati. Breviter dicit, quod advocati dicuntur ita legibus militare, sicut milites armis, & magis sunt necessarii, Reipublicae quam milites, & c.*“¹⁹

Helmen streiten, sondern auch die Advocaten für Unser Reich kämpfen; es kämpfen nämlich Sachwalter, indem sie, auf das Bollwerk ihrer glorreichen Worte sich stützend, die Hoffnung, das Leben und die Nachkommen Derer, welche sich in Noth befinden, vertheidigen. Geg. Zu Constantinopel, d. 28. März 469, u. d. C. d. Zeno u. Marcian“. Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter und herausgegeben von Carl Ed. Otto, Bruno Schilling und Carl Friedrich Ferdinand Sintesis als Redactoren, 5. Band, Leipzig 1832, 308.

16 Siehe Peter Weimar, Stichwort Accursius, in: Michael Stolleis (Hg.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, München 2001, 18 f.

17 „*Vitam ut non perdant quod habent*“. [Accursius], *Codicis Iustiniani ex repetita praelectione libri novem priores* [...], Lugduni 1567, Liber II, De *advocatis diversorum iudiciorum*, Lex 14, Anmerkung q, 232. Siehe auch Anmerkung p: „*Spem ut aquirant quod non habent*“.

18 Siehe Peter Weimar, Stichwort Bartolus de Saxoferrato, in: Michael Stolleis (Hg.), *Juristen*, 67 f.

19 Bartolus a Saxoferrato *In primam Codicis Partem*, Venetiis 1570, Tit. De *advocatis diversorum iudiciorum*, Lex XIII, p. 66. „Wir sagen kurz, daß man sagt, daß die *advocati* ihren Dienst in den Gesetzen wie die Soldaten in der Armee leisten, und daß sie notwendiger für den Staat als die Soldaten sind usw.“. Siehe auch Patrick Gilli, *La Noblesse du Droit. Debats et controverses sur la culture juridique et le role des*

Noch ausführlicher und in diesem Zusammenhang vielsagender ist Baldus de Ubaldis (1327-1400)²⁰ in seinem Kommentar zu der selben lex. Er formuliert drei „Titel“:

„1. Advocati ita militant in legibus, sicut milites in armis. 2. Advocati necessarij sunt ad salutem patriae, sicut milites. 3. Pecunia & patrimonium dicitur vita hominis“.²¹

Insbesondere bemerkt Baldus, dass die Rechtsanwälte eine ähnliche Funktion wie Soldaten bei der Verteidigung der Heimat und der „Individuen“ haben. Unter anderem verweist Baldus auf die Anmerkung von Accursius und legt sie insoweit aus, dass das Geld und das Vermögen als das Leben des Menschen bezeichnet werden:

„Advocati militibus aequiparantur, quia per eos tamquam per milites, vita, & patrimonia hominum defenduntur [...]. Et notatur pulchrum dictum huius legis. Notatur quod Advocati ita militant in legibus, sicut milites in armis. Dicit glossa quod istud nomen, milites, est multum generale: quia militat in sylvis catulus. Secundo notatur quod ita sunt necessarij Advocati ad salutem patriae, & singulorum, sicut sunt necessarij milites armatae militiae. Demum notatur hic glossa super verbo, vitam, quod pecunia & patrimonium dicitur vita hominis: unde illi qui perdit patrimonium, dicitur perdere vitam“.²²

juristes dans l’Italie médiévale (XII-XV siècles), Paris 2003, 81 ff., 81 f. Nach Gilli stellt diese Stelle von Bartolus einen ersten Schritt zur Infragestellung der Superiorität des Soldaten gegenüber dem advocatus dar, die dem System der glossa ordinaria immanent war. Gilli verweist darauf, daß Bartolus in einer Anmerkung zu dem Titel des Codex Justinianus „De testamento militis“ (C.6.21) zur „Konfliktlösung“ immer noch den Umstand geltend gemacht hatte, daß der Kaiser auch ein Soldat war. Gilli, *Noblesse*, 81, insb. Fn. 36.

20 Siehe Peter Weimar, Stichwort Baldus de Ubaldis, in: Michael Stolleis (Hg.), *Juristen*, 58 f.

21 Baldi Ubaldi in Primum, Secundum et tertium Cod. Lib. Commentaria, Venetiis 1577, Lex XIII, 138.

22 “Die Rechtsanwälte werden mit den Soldaten verglichen, weil durch sie [...] wie durch die Soldaten das Leben und die Besitztümer der Menschen verteidigt werden: Man merke das schöne Diktum dieses Gesetzes. Man merke, daß die Rechtsanwälte in den Gesetzen als Soldaten dienen, wie die Soldaten in der Armee. Die Glossa sagt, daß dieser Begriff, milites, sehr allgemein ist, da auch das Jungwild in den Wäldern „kämpft“ [= „militat“]. Zweitens sei bemerkt, daß die Rechtsanwälte genauso notwendig zur Rettung der Heimat und der einzelnen Individuen sind wie die Soldaten der Armee. Zuletzt sei hier die glossa über das Wort „vitam“ angemerkt, die besagt, daß das Geld und das Vermögen das Leben des Menschen benannt werden: daraus folgt, daß gesagt wird, daß derjenige, der das Vermögen verliert, das Le-

Die Glossa von Accursius geht also nur so weit, zu sagen, dass die Anwälte wie Soldaten sind, weil sie das Leben, das heißt: „das was die Leute haben“, kurzum: das Vermögen, verteidigen. Baldus macht einen weiteren Schritt und baut in seinem Kommentar zu dem Gesetz und der entsprechenden Glossa von Accursius die Verschränkung von Geld und Vermögen mit dem Leben weiter aus: „Pecunia & patrimonium dicitur vita hominis“.

Hier kommt für mich eine Überraschung: von der durch Carpzov behandelten Frage der Rechtmäßigkeit der Tötung des mit der Beute fliehenden Diebes bin ich auf eine Sequenz von Anmerkungen „klassischer“ Juristen aus dem „italienischen“ Mittelalter gestoßen, die alle um ein Gesetz aus dem römischen Recht kreisen, bei dem es um die „Profilierung“ der Anwälte gegenüber den Soldaten innerhalb der *respublica* bzw. des Staates geht. Es handelt sich um die Frage des „*peculium quasi castrense*“, der Ausdehnung des „*peculium castrense*“, d. h. des „Privilegs“ des römischen Soldaten, das darin bestand, abweichend von der allgemeinen Regelung sein *peculium* trotz des Status als *filius familias* zu behalten, „qua Analogie“ auf die Kategorie der *advocati*²³. Es geht aber auch, viel moderner formuliert, um etwas, das durch die „Brille der Moderne“ gesehen, an ein „klassisches“ Thema erinnert, auf das Rudolf Wiethölter mit Nachdruck hingewiesen hat: an die *Disputa*, den Streit zwischen den Juristen und – diesmal – den Medizinern. In seinem Aufsatz „Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?“, ausgehend von einem von ihm mehrmals „in Veranstaltungen für Jura-Studenten zu Beginn ihres Studiums und in der Richterakademie [...]“²⁴ vorgetragenen Gedicht von Theodor Storm²⁵, macht Rudolf Wiethölter auf eine Eigenart des „Rechts“ aufmerksam:

„Mir geht es zunächst allein um den abgeschlossen-selbstsicheren (praktischen) Verwendungszusammenhang von (historisch-genetischen) Entstehungsbedingungen: Recht tritt in den Kontexten als eine undeutlich-eindeutige, unbestimmt-bestimmte Invarianz auf, Invarianz eines Ganzen im Verhältnis zu seinen Teilen, von Zwecken (Zielen) und Mitteln (Wegen), von oben und unten, kurzum: als ein „*proprium*“, das vor allem den (uns) Juristen

ben verliert“. Baldi Ubaldi [...] in *Primum, Secundum et tertium Cod. Lib. Commentaria*, Venetiis 1577, Lex XIII, 138.

23 Siehe exemplarisch Gilli, *Noblesse*, 74 ff.

24 Rudolf Wiethölter, „Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?“, in: Gunther Teubner (Hg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden 1995, 89 ff., 89.

25 Dieser lautet: „Der Eine fragt: Was kommt danach? Der andere fragt nur: Ist es recht? Und also unterscheidet sich Der Freie von dem Knecht“. Theodor Storm, zitiert von Rudolf Wiethölter, *Argumentation*, 89 ff., 89.

„zu allem fähig“ macht“.²⁶

Hier bezieht sich Wiethölter einerseits auf Giambattista Vicos Bemerkungen über die Rolle von „Philosophie“ und „Beredsamkeit“²⁷ und andererseits, in diesem Zusammenhang „noch wichtiger“, auf Coluccio Salutati Entwurf einer Jurisprudenz in seinem „De Nobilitate Legum et Medicinae“²⁸, die „poietisch-konstruktivistisch“ den Vorrang der Praxis anerkennt und für diese dementsprechend *Modelle* entwirft:

„Vordergründig behandelt Salutati die Überlegenheit einer Kunst von Jurisprudenz (als erster und neuer Philosophie, nominalistisch, voluntaristisch) über eine Wissenschaft von Medizin (als kausalitätsbestimmter, scholastisch befangener Heilungslehre). Hintergründig finden sich alle modernen poietisch-konstruktivistischen Vorränge von Modellen (für Praxis) über ontologisch-spekulative Dogmen (der Theorie), gleichsam frühe Formen von (rechtstherapeutischen) Heilungen in Eingriffen, kurzum: von „Recht“ als „Medizin“.²⁹

Kehren wir aber zu Baldus de Ubaldis zurück. Der Topos „pecunia et patrimonium dicitur vita hominis“ wird von Baldus an weiteren Stellen geltend gemacht. Er taucht in seinen Anmerkungen zu C.6.3.8. auf. Die Stelle aus dem Codex lautet:

„Idem A. Augustino. Si tuis nummis emptus es ab eo a quo manumissus es, nec operas ei debes neque puniri ab eo utpote ingratus potes: patronum tamen tuum esse negari non oportet. D. III. id. Sept. Iuliano et Crispino cons.“³⁰

Baldus merkt Folgendes an:

26 Wiethölter, Argumentation, 89 ff., 89 f.

27 Siehe Wiethölter, Argumentation, 89 ff., 90.

28 Coluccio Salutati, Vom Vorrang der Jurisprudenz oder der Medizin, De Nobilitate legum et medicinae, Lateinisch-deutsche Ausgabe übersetzt und kommentiert von Peter Michael Schenkel. Eingeleitet von Ernesto Grassi und Eckard Keßler, Neudruck München 1990. Salutatis Text ist auf das Jahr 1399 zurückzuführen. Siehe Eckhard Keßler, Einleitung, VII ff., VII.

29 Wiethölter, Argumentation, 89 ff., 91. Als wichtige Latenz kann hier Maximilian Herberger, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Frankfurt am Main, 1981, gelten.

30 Corpus Iuris Civilis, Volumen Secundum Codex Iustinianus, recognovit et retractavit Paulus Krüger, Berlin 1954, Nachdruck Hildesheim 1997, 240. „Derselbe K. an Augustinus. Bist du Demjenigen, welcher dich freigelassen hat, mit deinem Gelde abgekauft worden, so bist du ihm keine Dienste schuldig, und kannst auch von ihm nicht wegen Undankbarkeit bestraft werden. Du darfst jedoch nicht in Abrede stellen, dass er dein Freilasser ist. Geg. am 11. September 224, u. d. 2ten C. d. Julian u. Crispin“. Das Corpus Iuris Civilis, 5. Band, Leipzig 1832, 903.

„Emptus suis nummis, & manumissus, non debet operas, nec revocatur in servitutem, h. d. Et est ratio: quia pecunia sua dat sibi vitam, nam pecunia est vita hominis [...].“³¹

Das eigene Geld, das eigene Vermögen dat sibi vitam, gibt jemandem das Leben selbst. Das Geld, die pecunia wird damit zum Leben des Menschen gemacht.

In einer dritten Anmerkung, diesmal zu C.4.18.2³², hebt Baldus sogar die im Bereich des Habens uneingeschränkte Macht des Geldes explizit hervor:

„[...] Notatur quod qui habet pecuniam, habet omnem rem, quam vult habere [...].“³³

Sofort im Anschluss daran macht er die Autorität von Aristoteles geltend:

„[...] Aristoteles dicit, quod nummus est fideiussor futurae necessitatis, unde

31 Baldi Ubaldi [...] in sextum Codicis Librum Commentaria, Venetiis 1577, Lex VII, “Si tuis”, 20 RS.

32 Die entsprechende Stelle aus dem Codex lautet: “Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare. I Cum igitur praefata actio, id est pecuniae constitutae, in his tantummodo a veteribus conclusa est, ut exigeret res quae in pondere numero mensura sunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem et neque in omnibus casibus longaeva sit constituta, sed in speciebus certis annali spatio concluderentur, et dubitaretur, si pro debito sub condicione vel in diem constituto eam possibile est fieri et si pure constituta pecunia contracta valeret, hac apertissima lege definimus [...]”. Corpus Iuris Civilis, Volumen Secundum, Codex Iustinianus, Recognovit et retractavit Paulus Krüger, Berlin 1954, Nachdruck Hildesheim 1997, 156. “D. K. Justinianus an Joannes, Praef. Praet. Nach Wegfall der Schuldübernahmeklage, welche in förmlichen Worten gefasst war, und deren nicht mehr betretene Spur sich verloren hat, hat Uns nöthig geschienen, die Eigenschaft des constituirten Geldes mehr zu erweitern. Da nun vorgedachte Klage wegen constituirten Geldes von den Alten dergestalt auf gewisse Fälle beschränkt worden ist, daß sie auf Dinge ging, welche gewogen, gezählt oder gemessen werden, in andern Sachen aber ohne Anwendbarkeit war, auch nicht in allen Fällen langdauernd, sondern in einigen auf einjährige Frist eingeschränkt war, und Zweifel darüber statt fand, ob es thunlich sei, sie wegen einer bedingt oder auf Zeit constituirten Schuld anzustellen und ob dies als unbedingt geschlossene Constituirung von Geld gültig sei: so bestimmen wir [...]“. Das Corpus Iuris Civilis, Fünfter Band, 1832, 557 f.

33 Baldi Ubaldi Perusini in IIII. et V. Codicis Librum Commentaria, Venetiis, 1615, Lex II (De Constituta pecunia), “Receptitia“, Nr. 6, “Pecuniam Habens habet omnem rem, quam vult habere”, 34 f., 34 RS.

dicit textus & glossa quod pecunia est vita hominis [...].³⁴

2.) Die zweite von Carpov angegebene Quelle ist Aretinus. In einer Anmerkung weiterhin zu der selben Lex C.2.7.14³⁵ schreibt er:

„Advocati. Ista lex semper allegatur propter equiparationem quam facit de milite ad advocatum. Notabis etiam textum super verbum vitam quod pecunia et patrimonium dicitur vita hominis. concordat lex illicitas in verbo ne tenuis vite. ff. de officio presidis [= D.1.18.6.: D. S.] ideo qui perdit patrimonium dicitur perdere vitam quod intelligo quoniam esset quaestio totius patrimonij [...].“³⁶

Aretinus erinnert zum einen an die traditionelle, fortdauernde Verwendung der Lex bzw. der Textstelle zur Konstruktion der Gleichstellung der Tätigkeit der Anwälte mit der der Soldaten. Zum zweiten bemerkt er mit Hinweis auf das Wort „vitam“, dass das Geld und das Vermögen „vita hominis“, das „Leben des Menschen“, genannt werden.

II.) Neben den Quellen aus dem „ius civile“ liefert Rabelais in seiner Erzählung, wie schon erwähnt, auch eine wichtige Quelle aus dem jus canonicum. In seinem Kommentar zu einer Decretale von Gregorius IX im Liber Secundus, Titulus VI.³⁷ widmet sich der Kanonist Antonius e Butrio (1338-1408)³⁸ unter

34 Baldi Ubaldi Perusini in IIII. et V. Codicis Librum Commentaria, Venetiis, 1615, Lex II (De Constituta pecunia), „Receptitia“, Nr. 6, „Pecuniam Habens habet omnem rem, quam vult habere“, 34 f., 34 RS. „Aristoteles sagt, daß die Münze der Bürge zukünftiger Not ist, daher sagen der Text und die glossa, daß das Geld das Leben des Menschen ist [...]“.

35 Carpov verweist in seiner Quaestio XXXII, nr. 14 auf Anmerkungen von Aretinus zu „l. si tuis nummis. C. de operis libertorum [= C.6.3.8: D. S.] & l. pen. C. de constituta pecunia [= C.4.18.2: D. S.]“, Anmerkungen, die in der von mir ausgewerteten Auflage des Kommentars zum Codex von Aretinus nicht zu finden sind. Dagegen befindet sich im Kommentar von Aretinus zum Codex, wie hier oben im Text dargelegt, eine Anmerkung zu C.2.7.14.

36 Francisci Aretini sup. i et ii. Codicis Commentaria, Lugduni 1533, De advocatis diversorum iudiciorum, Glossa „Advocati“ [= C.2.7.14], 37. „Rechtsanwälte. Dieses Gesetz wird immer wegen seiner Gleichstellung zwischen dem Soldat und dem Rechtsanwalt angeführt. Du wirst auch die Textstelle über das Wort vitam bemerken. Denn das Geld und das Vermögen werden das Leben des Menschen genannt. Die lex illicitas in verbo ne tenuis vite. ff. [= Digestum] de officio presidis [= D.1.18.6.: D. S.] stimmt überein, deswegen sagt man, daß derjenige, der das Vermögen verliert, das Leben verliert, wobei ich dies nur verstehe, wenn es sich um das ganze Vermögen handelt [...]“.

37 Corpus Iuris Canonici, Editio Lipsiensis secunda post Aemilii Ludovici Richeri curas [...] instruxit Aemilius Friedberg, Pars secunda Decretalium Collectiones, Graz 1955, Liber Secundus, Titulus VI., Ut lite non contestata non procedatur ad testium

anderem der Frage, wann man beweisen könne, dass jemand ein inimicus, ein Feind sei. Unter den möglichen Fällen listet Antonius e Butrio auch den Fall auf, dass dieses Individuum die Güter und die Ehefrau „retinet“/„hält“:

„[...] Nota textum notabilem ad probandum quem inimicum, quando scilicet retinet bona & uxorem alicuius: et ex talibus concluduntur inimicitiae capitales: & sic non solum ex morte, vel sanguine primo, sed secundo bonorum, vel honoris”.³⁹

Werden die Güter und die Frau, im Sinne des „homo proprietarius“: la roba“, nicht „zurückgegeben“ und also „angegriffen“, dann bedeutet das eine „capitalis inimicitia“, eine „tödliche Feindschaft“. Dies ist nicht nur der Fall, wenn jemand einen anderen tötet bzw. dessen Blut vergießt, sondern auch, wenn er dessen Güter bzw. Ehre (die Ehefrau) „verletzt“.

An den Kommentar von Antonius e Butrio knüpft dann Felinus Sandaeus in seinem Kommentar zu dem Capitulum XIX des Liber Quintus, Titulus I aus den Decretales an, indem er als „inimicitia capitalis“ auch das „retinere“ der Güter und der Ehefrau eines anderen auffasst:

„Et adde quod inimicitia capitalis oritur etiam ex spoliatione rei particularis [...]. Item, si probatur aliquem retinere bona, & uxorem alicuius, & sic non solum ex morte, vel vulnerere in sanguine, sed etiam ex ablatione bonorum, & sic secundo sanguine“.⁴⁰

receptionem vel ad sententiam definitivam, Cap. IV [cc Receptio testium facta contra non contumacem lite non contestata, in causa matrimoniali est nulla“], 262 f.

- 38 Siehe J. Müller, Stichwort Antonius e Butrio, in: Michael Stolleis (Hg.), Juristen, 37 f.
- 39 Antonii A Butrio Super Prima Secundi Decretalium Commentarij [...], Tomus Tertius, Venetiis 1578, Nachdruck Torino 1967, Ut Lite non contestata, Cap. III, Accedens. el ij., 69A. “Man beachte die bemerkenswerte Textstelle als Beweis, daß jemand ein Feind wird, wenn er wohlbemerkt die Güter und die Ehefrau von Jemandem „hält“. Daraus entstehen Todfeindschaften; und dies geschieht nicht nur erstens durch Tod oder Blut, sondern auch zweitens wegen der Güter oder der Ehre“.
- 40 Commentariorum Felini Sandei Ferrariensis, in Decretalium Libros V, Pars Tertia, Venetiis 1579, De Accusationibus, inquisitionibus & denunciationibus. Capitulum XIX. Cum oporteat, 770 ff., 775. “Und merke dazu, daß eine Todfeindschaft auch infolge der Entwendung einer bestimmten Sache entsteht [...]. Ähnliches gilt, wenn bewiesen wird, daß jemand die Güter und die Ehefrau von jemandem hält, und so entsteht die Todfeindschaft nicht nur mit dem Tode, oder mit der blutigen Körperverletzung, sondern auch mit der Entwendung der Güter, und damit des zweiten Blutes“. Das Argument der Entstehung der inimicitia capitalis nicht nur im Falle eines Angriffs auf das Leben, sondern auch im Falle eines „Angriffs“ auf das Vermögen bzw. auf die Ehre qua der Ehefrau des „Angegriffenen“ taucht an nicht unbedeutender Stelle bei Niccolò Machiavelli auf. In seinem Buch „Il Principe“ weist Machia-

Ähnliches ist noch später bei Iacobus Menochius (1532-1607) zu finden. In seinem „De Arbitrariis Iudicium Quaestionibus & Causis“ bei der Erörterung der Frage, wann von einer Todfeindschaft zum Zwecke der Abweisung eines Zeugen die Rede sein könne, bei der Darstellung der These, eine Todfeindschaft ließe sich „satis ex eo probari, quod de omnibus bonis lis est [...]“⁴¹, macht er die Verschränkung zwischen Geld und Blut geltend:

„Huius sententiae est ratio, quia pecuniae, hodie praesertim, sunt loco sanguinis [...]“⁴².

F.) Gerade Coluccio Salutati, auf den Rudolf Wiethölter mit Nachdruck hingewiesen hat, rückt in dem den „Urheber[n] der Gesetze und der Medizin“⁴³ gewidmeten IX. Kapitel seines „De nobilitate legum vel medicinae“, nachdem er zur Begründung seiner These des Vorrangs der Jurisprudenz die „Gesetzgeber“ gerühmt hat, neben der praktischen *im Dienste der Wahrheit* ausgeübten Tätigkeit der Rechtsanwälte in öffentlichen und privaten Rechtsfällen die Rolle der Richter und der Rechtslehrer in den Vordergrund:

„Sed sunt legum ministri qui ius dicunt; sunt qui iura docent; sunt qui causas privatas ac publicas agentes contra veritatis impugnatores pro suis clientibus se opponunt, illatas persequuntur iniurias, et militie litterate certatione confligunt“⁴⁴.

velli den Fürsten unter anderem darauf hin, er müsse versuchen, den Haß seiner Untertanen bzw. Bürger zu vermeiden. Dies würde er immer erreichen, wenn auf „la roba“, auf ihre Güter (und auf ihre Frauen), nicht zugreifen würde. Sehr aufschlußreich ist Machiavellis Begründung: „Debbe nondimanco el principe farsi temere in modo che, se non acquista l’amore, che fugga l’odio [...]. Il che farà sempre, quando si astenga da la roba de’ sua cittadini e de’ sua sudditi e da le donne loro [...]. Ma soprattutto astenersi da la roba di altri, *perché li uomini dimenticano più presto la morte del padre che la perdita del patrimonio*“. Niccolò Machiavelli, *Il Principe*, Raffaele Ruggiero (Hg.), Milano 2008, 158 f. Hervorhebung von mir. Auf diese Stelle Machiavellis hat mich Francesco Vertova aufmerksam gemacht.

41 “[...] ausreichend dadurch belegen, daß um das ganze Vermögen gestritten wird [...]”. Iacobi Menochii, [...] *De Arbitrariis Iudicium Quaestionibus & Causis* [...] Coloniae Allobrogum 1630, Casus CX, “Quae inimicitia testem a ferendo testimonio repellere possit”, Nr. 6 „Pecunia secundus sanguis appellatur“, 292.

42 Iacobi Menochii, [...] *De Arbitrariis*, Casus CX, 292. “Der Grund dieser Auffassung besteht darin, daß die Gelder, heute vornehmlich, sich an der Stelle des Blutes befinden“.

43 Salutati, Vorrang, Capitulum IX: “De inventoribus legum et medicine. Et quod lex, inventorum dignitate, gloriosior est medicina“, 52.

44 Salutati, Vorrang, 64. „Indessen gibt es da noch die Diener der Gesetze, jene, die Recht sprechen, es gibt jene, die das Recht lehren, es gibt jene, die die privaten und

An einer anderen Stelle immer noch in demselben Kapitel macht Salutati gerade „unser“ römisches Gesetz zum *peculium quasi castrense* geltend:

„Quanta tamen sit iudicantium dignitas, qui ceteris president vel presidentibus assistunt quique docent iudicatuos, quantaque dignitas patronorum, qui causas agunt atque defendunt, omnibus clarum est; de istis enim Augustus Leo, summus imperatorum, ait: „militant enim causarum patroni qui, gloriose vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam et posteros defendunt. Nec enim, ut ante dixerat, solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis, clipeis et thoracibus innituntur, sed etiam advocatos“. Quanta quidem, inquam, moribus etiam, et a vobis ipsis excellentia preferantur qui iudicant orbem terre, qui iudicantibus assistunt, quique docent iudicatuos, vel causas agunt, cum in oculis omnium sit, nec persuaderi scimus necessarium, nec probari“.⁴⁵

Wir können bei Salutati einige Verschiebungen in der Kommentierung dieses Gesetzes gegenüber dem Ansatz von Baldus de Ubaldis oder Aretinus beobachten. *Zum einen* macht Salutati zur Behauptung der Position der Juristen die „Ökonomie“ und dementsprechend den topos „*pecunia et patrimonium dicitur vita hominis*“ nicht geltend. *Zum zweiten* treten explizit zwei neue Berufsbilder von Juristen neben dem der Anwälte auf. *Das erste* ist das der Richter, die den „Vorsitz über die anderen haben“ bzw. „an der Seite des Vorsitzenden“ Platz nehmen. *Das zweite* ist das der Richterausbilder, derjenigen, die die zukünftigen Richter ausbilden. Salutati begründet den Vorrang der Juristen gegenüber den Medizinern mit der Funktion der Richterausbildung bzw. der Juristenausbildung. Er würdigt also zentral den Richterausbilder und Rechtsge-

öffentlichen Rechtsfälle ausfechten, sich im Namen ihrer Klienten den Feinden der Wahrheit widersetzen, erlittenes Unrecht verfolgen und vor Gericht gelehrte Kämpfe austragen“. Salutati, Vorrang, 65.

- 45 Salutati, Vorrang, 66. „Wie groß dagegen die Bedeutung der Richter ist, die den Vorsitz über die anderen haben oder den Vorsitzenden zur Seite stehen, und derer, die den späteren Richtern Unterricht erteilen, und wie groß die Bedeutung der Anwälte ist, die die Rechtsfälle ausfechten und verteidigen, ist allen klar, sagt doch Augustus Leo, der unübertreffliche Kaiser, über sie: „Es kämpfen nämlich die Anwälte der Rechtsfälle, die – im Vertrauen auf die Kraft einer ruhmreichen Stimme – die Hoffnung, das Leben und die Nachkommen der Leidenden verteidigen. Denn wir glauben“ - hatte er vorher gesagt –, „daß nicht allein jene für unser Reich kämpfen, die sich auf Schwert, Schild und Harnisch stützen, sondern auch die Advokaten“. Solch eine Vortrefflichkeit im Betragen wird wohl auch euch, meine ich, jenen den Vorzug geben lassen, die die Richter des ganzen Weltkreises sind, die den Richtern zur Seite treten, die die künftigen Richter unterweisen, die die Rechtsfälle ausfechten. Da dies allen vor Augen steht, wissen wir, daß weder Überzeugungsversuche noch Beweise notwendig sind“.

lehrten, der Juristen ausbildet. Wie sollen aber ein *Recht* und eine entsprechende juristische Ausbildung aussehen, die nicht primär dazu dienen, „das Geld und das Vermögen“ der jeweiligen „Bürger“ als deren „Blut und Leben“ zu verteidigen bzw. zu behaupten? Ein *Recht* und eine entsprechende juristische Ausbildung, die eines solchen Namens würdig sind? Einige Bedingungen der Möglichkeiten einer solchen Antwort bzw. eines *Projekts*⁴⁶ für eine solche Antwort wurden durch die 100 Semester „Rechts-Lehrer-Tätigkeit“ des „Rechts-Fertigungs-Lehrers“ Rudolf Wiethölter geboten. Ihm möge Coluccio Salutati Lob gelten.

46 Exemplarisch ist die Pointierung des „Projekts“ von Wiethölter – auf die Jürgen Habermas zu Recht hingewiesen hat – in seinem Vorwort von 1986 zu der neuen Auflage seines 1968 veröffentlichten Buches „Rechtswissenschaft“: „Die politische Ordnung einer Wirtschaftsgesellschaft als Rechtskulturverfassung ist und bleibt das theoretische wie praktische Kernstück eines Projekts der Moderne“. Rudolf Wiethölter, zitiert von Jürgen Habermas, *Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter*, in: *Kritische Justiz*, 2/1989, 138 ff., 138.

Zweite Eröffnung

Doctorum agnomina

ULRICH MÜCKENBERGER

Quidam Rudolphus ...



Doctorum agnomina

(aufgrund persönlicher Eigenschaften hinzugefügter Beiname)

On the nicknames of professors

Vorbemerkung

Rudolph Wiethölter's 100. Semester zu ehren bediene ich mich des Emblematur liber des italienischen Rechtsgelehrten Alziat aus dem 16. Jahrhundert. Unter dem Titel „doctorum agnomina“ versah dieser Professoren mit an Sinnbilder angelehnten Beinamen. Was wäre wohl der der passende Beiname eines Rudolph Wiethölter?

Doch: Werfen wir erst einen Blick auf jenen Alziat und das Buch, das ihm besondere Berühmtheit verschaffte: Emblematur liber.

Andreas Alciatus Iure Consultus (Milano 1492 – Pavia 1550)



... CV Alziats ...

Doktor der Rechte Ferrara mit 24 Jahren. Lehrte Recht in Mailand, Bourges, Pavia, Bologna, Ferrara und erneut Pavia, wo er Anfang 1550 nach einer aussergewöhnlichen Karriere starb.

Alziat wurde bekannt für seine Interpretationen des römischen Rechts. In *De verborum significatione* verband er Einsichten der neueren Philologie mit seiner profunden Kenntnis des alten Rechts. Erasmus, Budé und andere Gelehrte zollten ihm Respekt. Seine Kommentare und Studien waren wegweisend.

Mehr noch blieb in Erinnerung sein *Emblematum liber*, das er sozusagen als Hobby und Gedankenspiel in seiner Freizeit schrieb.

Emblematum liber (1523/50)

Er selbst schrieb über sein Buch: Libellum composui epigrammaton, cui tituli feci Emblemata: singulis enim epigrammatibus aliquid describo, quod ex historia, vel ex rebus naturalibus aliquid elegans significet.

Mückenberger

Ich schrieb ein Büchlein von Epigrammen, dem ich den Titel Epigramme gab: in einzelnen Epigrammen beschreibe ich etwas, das kraft Geschichte oder Natur etwas Elegantes bezeichnet.

Er nannte Beispiele wie

- Der Anker von Aldus (= Symbol der Verlässlichkeit und Solidität)
- Die Taube von Froben (= Drucker Frobenius' Emblem Schlangenstab mit Taube nach Bibelspruch "Seid klug wie die Schlangen und ohne Falsch wie die Tauben")
- Der Elefant von Calvus (= ist lange schwanger, aber gebiert nichts).

Erst der Lyoner Ausgabe aus seinem Todesjahr 1550 fügte Alziat das Emblem „Doctorum agnomina“ hinzu, das ich hier verwende. Es passt zum heutigen Anlass, da „doctor“ nicht Dr., sondern Lehrer bedeutete – ob im 1. oder im 100. Semester.

Emblema numeratum 97 (1550)

Moris vetusti est, aliqua professoribus Superadiici cognomina.

Es ist eine lange Tradition, Professoren mit gewissen Beinamen zu versehen.

agnomen „Der Kanon“

Faciles apertosque explicans tantum locos, „Canon“ vocatur Curtius.

Curtius, der nur leichte und offenkundige Texte erklärt, wird „Der Kanon“, genannt.

agnomen „Der Mäander“

Revolvitur qui eodem, et iterat qui nimis, „Maeander“, ut Parisius.

Wer sich wie Parisius immer am selben Platz bewegt und sich ständig wiederholt, wird „Mäander“ geheißen

Beleg im Fall RW?

Ich gebe heute, 2012, zu:

Mäandernde und wiederholende Texte haben sich bei mehrfachem Lesen und nach vielen Jahren als wohlformuliert erwiesen.

Folgen sie vielleicht eher der von Adorno überliefertenhegelschen Devise, ‚unverständlich‘ zu schreiben, um vor der Zensur sicher zu sein?

agnomen „Das Labyrinth“

Obscurus et confusus, ut Picus fuit, „Labyrinthus“ appellabitur.

Wer obskur und konfused war wie Picus, wird „Das Labyrinth“ genannt werden.

Beleg im Fall RW?

Z.B. Soldaten sind Soldaten sind Soldaten (1991)

„Recht“ ist dann nicht System neben Systemen (oder höchstens: alle Systeme sind gleich, aber einige ...), auch nicht Meta-System oder Teil-Pflichtprogramm, sondern „steuert“ (eher: „führt“; es gibt eben noch kein passendes Wort für „guidance“) die intrasystemischen „autonomen“ Code-Programm-„Spiele“ ebenso wie die intersystemische „strukturellen Kopplungen“ (alias „Inter-Penetrationen“, alias „Hermeneutik“, alias Interventionen, alias ...Im ganzen: ein – zu lobendes – Land von „Auto-Praxis“, ein Land nach unserer Zeit, voll von begrenzten Unmöglichkeiten?

Immerhin: (Fremd- und Selbst-) Beobachtungen von (Fremd- und Selbst-) Beobachtungen (von ...) „transzendieren“ – außer in immer mehr Abstraktions-schleifen und Flexibilisierungsepisoden auch und gerade – in spontane, selbstgewisse, selbstgerechte, selbstrechtfertigende „Praxis“- (System-, Lebenswelt-) -Spiele, die alle auf stabilen Daueränderungen zielen, gleichsam auf eine neue Art evolutionärer permanenter Revolution, immer gegen „Widerstand“, weil gegen „Autonomie“, freilich stets ohne sicheren „Plan“ (necessitas!), auch ohne blindes „Schicksal“ (fatum!), hoffentlich auch ohne „Groß Macht und viel List“ (d.h. hoffentlich wirklich „kontingent“!)‘

Sollte hier das agnomen *Labyrinthus* angebracht sein?

Zeugnis des Dolmetschers (2005)

Als Beweisstück für das agnomen *Labyrinthus* führe ich folgende Fußnote des Übersetzers auf (Herv. UM):

Translator's note: The writer engages in many kinds of wordplay, often splitting the compound words common in German into their component parts to suggest several meanings at once. **Most of this is untranslatable**; the flavour **resembles that of the styleme of some preachers in English**, who split ‚atonement‘, say, into ‚at-one-ment‘. I have added the occasional note, where unavoidable, to elucidate otherwise impenetrable connections.

Translator's note: Both nouns in the title are hyphenated. Recht-fertigung (justification) can be etymologised as ‚making/manufacturing law/right and giving reasons.‘ Gesellschaftsrecht is the ordinary word for law of associations (company law plus partnership law). Hyphenation recalls that ‚Gesellschaft‘ is also the ordinary word for ‚society‘. I have retained the law of associations here as a nod to the **author's free-association style**, while elsewhere mostly using ‚society‘.

Iain I. Fraser, translator of ‚Recht-fertigungen eines Gesellschafts-Rechts“ into Just-ification of a Law of Society.

agnomen „Das Schwert“

Nimis brevis, multa amputans, ut Claudius, „Mucronis“ agnomen feret.

Wer wie Claudius zu kurz ist, zu viel abschneidet, wird den Namen „Das Schwert“ tragen.

Beleg im Fall RW?

Sanierungskonkurs der Juristenausbildung (1986) z. B.

„Normalität, Verhexung? Jedenfalls: Das Rechtsparadoxon (Recht als Recht muß sein eigenes gesellschaftliches Rechtfertigungsverhältnis ‚als Einheit wie als Differenz von Recht und Nichtrecht‘ zugleich „anbieten“ wie „nachfragen“, also die eigene Beteiligung und Betroffenheit als Voraussetzung wie als Mitbestimmung begreifen und darstellen) in Ausbildungs- (gar in Ausbildungsreform-)Sprache übersetzt ist der Sanierungskonkurs.“

Der Satz schrammt scharf am agnomen „*Das Schwert*“ vorbei ...

agnomen „Der Pelikan“

Qui vel columnas voce rumpit, Parpalus, dictus „Truo“ est scholasticis.
Parpalus, der mit seiner Stimme sogar Säulen entzweibricht, wird von seinen Studenten „Der Pelikan“ genannt.

agnomen „Die Fledermaus“

Contra est vocatus, tenuis esset Albius quod voce, „vespertilio“.
Umgekehrt wird Albius wegen der Schwäche seiner Stimme „Die Fledermaus“ genannt.

agnomen „Die Schwalbe“

At ultimas mutilans colobotes syllabas, „Hirundo“ Crassus dicitur.
Crassus nun wiederum, der seine Sliben durch Verschlucken verstümmelt, wird „Die Schwalbe“ genannt.

agnomen „Der (Vogel) Star“

Qui surdus aliis, solus ipse vult loqui, ut „sturnus“ in proverbio est.
Wer taub gegenüber Anderen ist und nur selber sprechen will, ist im Sprichwort „Der Star“.

Beleg im Fall RW?

Zumindest im Augenblick schweigt der Jubilar, weil Andere vortragen! Somit derzeit kein Beleg für das Emblem des „Stars“.

Mückenberger

agnomen „Die Viper“

Hic blaesus, ille raucus, iste garriens. Hic sibilat ceu „vipera“.

Dieser lallend, jener heiser, der andere schwatzend. Und der da zischt wie eine „Viper“.

agnomen „Der Bohrer“

Tumultuatur ille rictu et naribus, huic lingua terebellam facit.

Dieser da brüllt mit offenem Maul und Nüstern; jener lässt seine Zunge zum „Bohrer“ werden.

agnomen „Psecas, die frisierende Sklavin“

Singultit alius, atque tussit haesitans. At conspuat alius; ut psecas“.

Ein Anderer röchelt und hustelt zögernd. Ein anderer aber spuckt – wie Psecas.

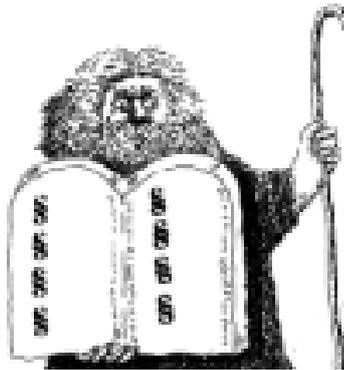
agnomina sind agnomina sind agnomina ...

Quam multa rebus vitia in humanis agunt, tam multa surgunt nomina.

So viele Fehler sich in den Menschen herumtreiben, so viele Namen springen hervor.

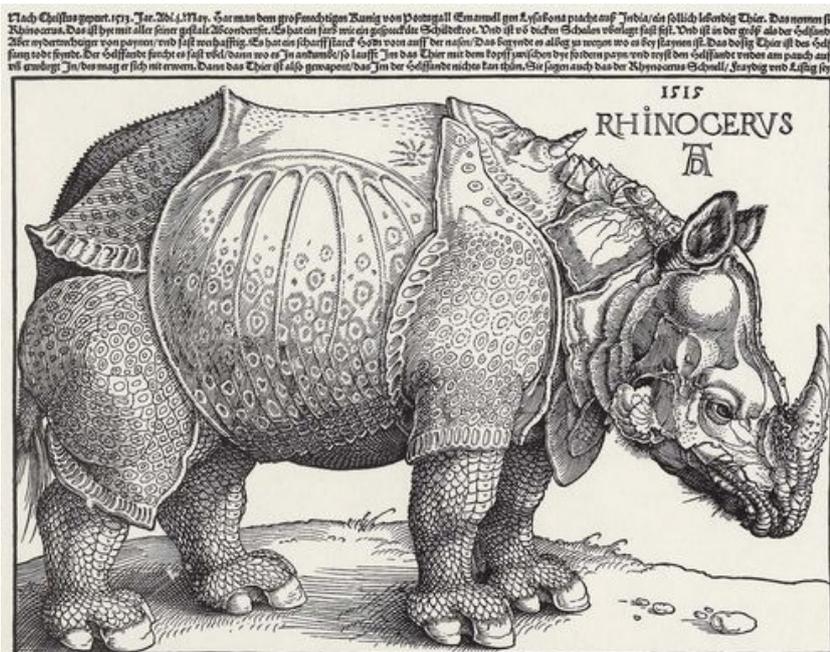
Quidam Rudolphus ???

Quid itaque agnomen Rudolpho applicare conveniat? Iudex superior capax habilitationis?!



... rhinoceros ... fortasse

Animal semper ferox quin etiam bellicosus cui ammissi sunt laude digni adversarii ...



Mückenberger

...Minervae/Athenae noctua ---- Sic est!!

Animal Minervae vel Athenae crepusculi emblema sapientiae ac prudentiae, sed eodem tempore calamitatis et pernicii



More hegeliensi

„Wenn die Philosophie ihr Grau in Grau malt, dann ist eine Gestalt des Lebens alt geworden, und mit Grau in Grau lässt sie sich nicht verjüngen, sondern nur erkennen; die Eule der Minerva beginnt erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug.“ (W 7, 28)

„Die Philosophie regiert die Vorstellungen, und diese regieren die Welt. Durch das Bewusstsein greift der Geist in die Herrschaft der Welt ein. [...] Nicht Bajonette, nicht das Geld, nicht einzelne Kniffe und Pfiffe sind das Herrschende [...], sondern der Compositeur ist der Geist.“ (W 2, 561)

More Rudolphi

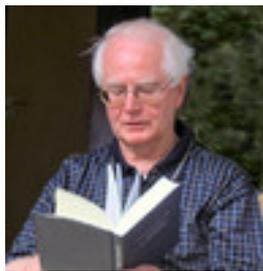
„Allgemeines und neues „Bürger-Recht“ könnte anfangen, mit Systemtheorie, Kritischer Philosophie und Politischer Ökonomie den veränderten Zustand (und Begriff) von „Gesellschaft“ ernst zu nehmen. Es bliebe dabei (sonst freilich erst recht) kaum ein Stein auf dem anderen. <...>

„Wäre der Gedank nicht so verwünscht gescheit, man wär versucht, ihn herzlich dumm zu nennen“ (F. Schiller).‘

Ist unserem Recht der Prozess zu machen? (1989)

Conclusio: quidam Rudolphus ...

... una noctua esse videtur – tamen cum elementis sentibilissimis Labyrinthi Mucronisque



(etiamsi plena innocentia librum legens)

Teil 1

Freiheitsmethoden

Geschichte und Eigensinn: Rudolf Wiethölters Rechts-Bewegungs-Kunst im 100. Semester

MICHAEL BLECHER

„Freiheiten unter Auflagen – ein Projekt, das Verbote in Versuchungen
verstrickt wie Versuchungen in Verbote.
Das ist Kontingenzbewältigungspraxis einer ‘kunstvollen’ Theorie in being.”
(*R. Wiethölter*)¹

„Kunst kommt von Können, nicht von Wollen,
sonst müsste es ja ‘Wunst’ heißen.”
(*K. Valentin*)

„You can’t always get what you want,
but if you try sometimes you might find,
you get what you need.”
(*M. Jagger, K. Richards*)

In ihrem Werk „Geschichte und Eigensinn“² rehabilitieren A. Kluge und O. Negt den Begriff des *Eigensinns* wie folgt: „1. als Fokus, in dem sich Geschichte als Zentrum dialektischer Gravitationsverhältnisse begreifen lässt, 2. als Resultat bitterer Not, 3. als Reaktion auf die Gewalt des Zusammenhangs, 4. als den auf einen Punkt zusammengezogenen Protest gegen Enteignung der eigenen Sinne, die zur Außenwelt führen, 5. als Weiterarbeit der aus der Gesellschaft verdrängten, abgezogenen Motive dort, wo sie am geschütztesten sind, im Subjekt.”³

3 Jahre nach der Erstfassung des vorliegenden Textes⁴ präsentiert sich der Eigensinn von Rudolf Wiethölters Rechts-Bewegungs-Kunst als aktueller denn je, derweil die polit-ökonomische europäische Krisen-Governance „dem Recht

1 Vgl. R. Wiethölter, Rechtfertigungen eines Gesellschaftsrechts, in C. Joerges, G. Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht, Rechtfertigungen zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Nomos: Baden Baden 2003, S. 13 ff. (21).

2 Vgl. A. Kluge, O. Negt, *Geschichte und Eigensinn*, Zweitausendeins: Frankfurt 1981, S. 765 ff.

3 So G. Schiesser, Arbeit am und mit Eigensinn, Medien/Kunst/Ausbildung oder: über den Eigensinn als künstlerische Produktivkraft. in H.-P. Schwarz (hg.) *Produktionsweisen, Züricher Jahrbuch der Künste, Bd. 1*, Zürich: Hochschule für Gestaltung und Kunst 2004, S. 174-93.

4 Vgl. M. Blecher, Rechtsbewegungskunst für das 21. Jahrhundert. Rudolf Wiethölter zum 80. Geburtstag, in *Kritische Justiz* 2009, S. 427 ff.

den Prozess macht⁵ und den Weg eines autoritären „postdemokratischen Exekutivföderalismus“ (Habermas) beschreitet.⁶ Derartige Konstruktions-Versuche ‘formierter Gesellschaften’ sind Rudolf Wiethölter seit seinen frühen Semestern nicht neu. Diesmal scheint sich allerdings – nach zwei Schüben kapitalistischer De- und Rekonstruktion – nichts weniger als ein epochaler „Kampf“ um die Rechts-Konstitution multipler europäischer und globaler „Gemeinwesen“ anzubahnen. Die nachstehend nochmals präsentierten Konzepte der Wiethölterschen Rechts-Bewegungs-Kunst haben stets zu einer gegen-restaurativen, gegen-elitären ‘Rationalisierung’ solcher Neuformierungen beitragen wollen und können. Ob Wiethölter sich vorgestellt oder sich klammheimlich sogar gewünscht hat, im Gleichklang mit den Rolling Stones 50 Jahre ‘on stage’ zu sein, sei dahingestellt. Jedenfalls besingt ein Jeder auf seine Weise denselben Zeitgeist.

Von der Entzauberung des Rechts zur produktiven Utopie

Mit seiner „Rechtswissenschaft“⁷ schreibt sich Rudolf Wiethölter im (rock-)bewegten Jahr 1968 in die Geschichte der Jurisprudenz ein. Die Entzauberung des Rechts markiert die Stoßrichtung seiner *politischen Rechtstheorie*. Deren offene Epistemologie und Logik erweist sich als der unablässige Versuch, jene Leerstelle auszufüllen, die die großen Sozialtheorie-Lager bei ihrer Auseinandersetzung mit dem Recht – entgegen ihrem Selbstverständnis – hinterlassen; gemeint sind vor allem die Kritische (Diskurs-)Theorie des Rechts, die (Institutionen-)ökonomische Rechtsanalyse und die Systemtheorie. Zum Schlüsselkonzept dieses anspruchsvollen Unternehmens wird die *Recht-Fertigung*, welche die in das Recht eingelassenen Paradoxien produktiv zur Entwicklung eines *Kollisionsrechts* eigener Art nutzt. Letzteres soll – im Anklang an die Systemtheorie – die Funktionsimperative und Eigenrechte gesellschaftlicher, individueller und natürlicher Autonomiebereiche miteinander verstricken⁸ und da-

5 Zu Selbst- und Fremdsabversion des Rechts vgl. R. Wiethölter, Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?, in: A. Honneth et al. (Hg.), *Zwischenbetrachtungen im Prozeß der Aufklärung*. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag Suhrkamp: Frankfurt 1989, 794 ff.

6 Vgl. dazu C. Joerges, Recht und Politik in der Krise Europas. Zur Wirkungsgeschichte einer verunglückten Konfiguration, in *Merkur* 62 (2012), S. 1013 ff.

7 Vgl. R. Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, Fischer Funkkolleg: Frankfurt 1968.

8 Vgl. zu diesem Aspekt A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter*, in S. Buckel, R. Christensen, A. Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Auflage, Lucius & Lucius: Stuttgart 2008. Siehe auch F. Steinhauer,

bei von „Skepsis-Verheißungen“, einer „produktiven Utopie“ im Anklang an die Kritische Theorie, geleitet werden. Wiethölter geht es darum, den *Eigensinn* jener Autonomiebereiche durch Recht an einen neuen *Gemeinsinn* zu binden. Heute heißt das, die Forderung nach *justice, prudence, benevolence* an eine gesellschaftliche Netzorganisationslogik zu richten. Damit drängt sich – wie zum Beginn seines Schaffens – *der kritisch-politische Bewegungsaspekt* seiner Theorie-Arbeit in den Vordergrund.

Die Bewegungs-Option reflektiert jene historisch-gesellschaftlichen Entwicklungsdynamiken, die sich seit Ende der 60er, Anfang der 70er Jahre in ihr Gegenteil verkehrt haben, und die nunmehr – angesichts eines sich als Dauer-(Finanz- usw.)Krise darstellenden massiven kapitalistischen Akkumulations-Schubs – auch wieder kritischen Gegendruck zu produzieren scheinen.⁹ Darnach leidet der organisierte Industrie-Kapitalismus an einem Wachstums- und Rentabilitätsrückgang, der mit der Verlangsamung der Produktivitäts-Gewinne als Folge stetig steigender Reallöhne und sozialer Absicherungs-Erreungen zusammenhängt. Die Kritik steht demgegenüber in ihrem Zenith, wie die Ereignisse von 1968 belegen, als eine marxistisch geprägte Sozialkritik und lebensweltliche Emanzipationsforderungen einen Schulterschluss eingehen. „I can't get no satisfaction“ (M. Jagger, K. Richards) bringt jene Zeit und ihre Generation auf den Begriff: Befreiung des autonomen, authentisch-kreativen Potenzials des Einzelnen von staatlicher Bevormundung, von kapitalistischer Ausbeutung und Zurichtung, einschließlich der bürgerlichen Moral; Entwicklung neuer Formen von sozialer Solidarität.

In den letzten drei Jahrzehnten hat sich diese Konstellation im Sinne einer kapitalistischen Neuordnung verändert. Stichworte: finanzlogische Überformung der Produktion von Gütern und Dienstleistungen und Wandel der Beziehungen zwischen Kapital und Arbeit (Flexibilisierung, Prekarisierung). Privatisierungs- und Deregulierungs-Initiativen unterwerfen die Regierungen, den ‘öffentlichen Sektor’ (*last not least*: die Universitäten) und die Gesellschaft insgesamt den Kriterien von Unternehmens-Management und wirtschaftlicher Effizienz. Die Gesellschaft beobachtet ihre Vernetzungen von wirtschaftlichen, politischen, rechtlichen, wissenschaftlichen usw. Funktions-’Regimes’ als glo-

Geflügelte Worte, Zum Achtzigsten des Juristen Rudolf Wiethölter, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 161 vom 15.07.2009, S. N 5.

9 Vgl. zu den Kritikformen der 68er Bewegungen und zu ihrer selektiven Internalisierung durch den Finanz-Kapitalismus L. Boltanski, E. Chiapello, *Der neue Geist des Kapitalismus*, UVK: Konstanz 2003, S. 213 ff. C. Marazzi, *The Violence of Financial Capitalism*, Semiotexte, Los Angeles 2009. Zur ‘notwendigen’ Gegenbewegung im Sinne K. Polanyis vgl. C. Joerges, a.a.O., Fn. 6, S. 1014 f.

bale ‘Risiko-Gesellschaft’, und das flexible, kreative, kreditwürdige ‘unternehmerische Selbst’ wird zur neuen Subjektivierungsform.¹⁰ Inzwischen erweist sich das ‘verschuldete Selbst’ als die andere Seite der ‘Ich-AGs’ und des vielerorts euphorisch durch private Kreditlinien ersetzten Sozialstaats.¹¹ Schulden und Beschuldigungen werden zum riskanten zivil-religiösen kompensatorischen Diskurs für verlorene soziale Leitunterscheidungen, während in allen Sach-Zusammenhängen und auf allen (Funktions-) Ebenen neue Formen des Regierens (oder der *Governance*) mit traditionellen Konzepten der Regierung kollidieren, die sich noch entlang der Unterscheidung von Öffentlichem und Privatem bewegen. Um den sozialen Zentrifugalkräften dieses Szenarios und reaktionären, elitär-autoritären Befriedigungstendenzen zu begegnen, kämpft die kritische Rechtswelt um neue *Konstitutionalisierungen* der involvierten Um-, Mit- und Nachwelten.

Damit gelangt das Recht ‘zurück’ zu seinem historisch-normativen Produktions-Potential, zur Wiethölter’schen „Recht-Fertigung“. Hier kommt Wiethölter’s Ansatz als gesellschaftliche Praxis zu sich selbst. Es zeigt sich, dass das Recht nicht an ein spezifisches Polis-Modell oder einen hobbes’schen Staat gebunden ist. Das Recht ist in der Lage, verschiedene Formen des Gemeinwesens (mit) zu gestalten und zu gewährleisten, solange es damit seiner besonderen normativen Möglichkeits-Bedingung, seinem Anspruch entspricht, den Überschuss an ‚gerechteren‘ Gestaltungs-Möglichkeiten des Gemeinwesens zum Maßstab seiner Konstruktionen zu machen. Es geht folglich weder bloß um „Materialisierungen“ noch bloß um „Prozeduralisierungen“ des Rechtsbegriffs¹²; je nach Netzkonstellation stellt sich die Kollisionsfrage stets neu und eine kontextgerechte Beantwortung ist kaum vorhersehbar und reproduzierbar. Politische Rechtstheorie und ihre Institutionalisierung als „Rechts-Verfassungs-Recht“ wird daher zu einem rhizomatischen Prozess (Deleuze-

10 Vgl. U. Bröckling, *Das unternehmerische Selbst – Soziologie einer Subjektivierungsform*, Suhrkamp: Frankfurt. 2007. Zu den neuartigen ‘glokalen’ Konfliktrisiken und entsprechenden (rechtlichen) Lösungsangeboten siehe A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Regimekollisionen, Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Suhrkamp: Frankfurt, 2007; und C. Joerges, F. Rödl, *Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II, Die kollisionsrechtliche Form einer legitimen Verfassung der post-nationalen Konstellation*, in: G.-P. Calliess, A. Fischer-Lescano, D. Wielsch, P. Zumbansen (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter Recht 2009, S. 765 ff.

11 Vgl. M. Lazzarato, *The Making of the Indebted Man. Essay on the Neoliberal Condition*, Semiotexte 2012.

12 Vgl. R. Wiethölter, *Materialization and Proceduralization in Modern Law, and Proceduralization of the Category of Law*, in: Joerges/Trubek (Hrsg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden 1989, 516 ff.

Guattari), zur fortdauernden Maulwurfsarbeit, die vor allem dem damit befassten juristischen Personal neue eigensinnige Qualitäten abverlangt.

Sein „Unbehagen am Recht“ fasst Wiethölter 1968 wie folgt zusammen: „Das Unbehagen am Recht ist folglich Unbehagen daran, dass wir Recht suchen, weil wir es brauchen, es aber für uns und unsere Zeit nicht finden können, weil es noch nicht da ist“.¹³ Das klingt wie Valentinsches Spruchgut für verlorene/verratene Revolutionen: „Mögen täten wir schon wollen, aber dürfen haben wir uns nicht getraut“. Aber Wiethölter traut sich und wird mit seinem Vertrauen in die Kraft politisch-sozialer De- und Rekonstruktion des Rechts zu einem Protagonisten eben jener Zeit, in der diese ‘Haltung’ zum Leitmotiv und zum Zentrum sozialer Bewegungen wird. Sein kritisch-theoretisches, ökonomisch informiertes und praktisch-politisches Programm findet sich *in a nutshell* (natürlich!) dort, wo man es nicht erwartet: in einem Diskussionsbeitrag zum 1970er Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes.¹⁴ Dort schreibt er:

Befund: „Unser Recht ist hoffnungslos rückständig. Wir leben noch im bürgerlichen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts mit Institutionenstaat und Formenrecht. Der demokratische Sozialstaat heute zielt auf eine politische Gesellschaft mit Funktionenrecht.“ Das institutionelle Setting des Gesetzgebungsverfahrens erweist sich als undemokratisch, angefangen bei den geheimen Beratungen und der selektiven Rekrutierung von Sachverständigenkommissionen und der „Neutralisierung rivalisierender Durchsetzungsansprüche“ im Wege der „Technik-Reduktion“: „Das Parlament registriert verantwortlich, aber programmiert nicht mehr, die Bürokratie programmiert unkontrolliert, aber verantwortet nicht, die Regierung vermittelt ihre Prioritäten jeweiliger Interessen-Einflüsse; die Sachverständigen (an der Spitze die ‘unabhängigen Wissenschaftler’!) vom Dienst werden instrumentalisiert.“ Die gesellschaftliche Öffentlichkeit wird auf „Loyalitäts-Akklamationen“ reduziert. Dabei reproduziert die „Verbundkooperation“ von organisiertem Privatkapitalismus und staatlicher Rahmengewährleistung die „klassische Problematik der bürgerlich-kapitalistischen Gesellschaft: gesellschaftliche Produktion – private Aneignung.“¹⁵

13 Vgl. R. Wiethölter, Fn. 3, S. 41.

14 Siehe zum Folgenden R. Wiethölter, *Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht und der Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes*, in: Probleme der GmbH-Reform, Köln 1970, S. 18 ff.

15 Die damalige ‘Große Koalition’ kommentiert Wiethölter als „die echt deutsche Mythologie der konfliktfreien und befriedeten ‘Einheit’“. Die vom Konstruktionsansatz her unverzichtbare Einheits-Volkspartei (= Große Koalition) tritt als Endstufe der Entwicklung an die Stelle des monarchischen Souveräns im konstitutionellen Modell, genauer: diese Einheits-Volkspartei wird monarchischer Souverän, der von kei-

Therapie: „Angesichts der gesellschaftlichen Grundstrukturen (Systemintegration über Krisen- und Konjunkturmanagement), die sich nicht spalten lassen in ‘Staat’ und ‘Gesellschaft’ (darin dann u.a. ‘Wirtschaft’), ist theoretisch wie praktisch nur noch für einen Arbeitsansatz Platz: für die sog. ‘Sozialwissenschaft’ (‘Systemtheorie’).“ Dieselbe präsentiert sich ihm damals in drei „Orientierungen“: normativ-teleologisch, empirisch-analytisch und historisch-dialektisch. Er nimmt Partei für die dritte Orientierung, nach der „die konkrete Gesellschaft (...) strukturell-emanzipativ ihre mögliche Praxis (bestimmt)“, und erklärt: „Ich mite niemandem zu, sich dem Lager 3 anzuschließen, in dem ich arbeite. Ich muß aber jedem zumuten zu erkennen, daß er mit der Entscheidung für das Lager 1 irrational-dezisionistisch (‘gläubig’), restaurativ-konservativ (‘das gute Alte und Wahre’) Partei genommen hat.“ Hingegen „(orientiert sich) die moderne sozialwissenschaftliche Systemtheorie¹⁶ (...) nicht an vorgegebenen normative ‘Ordnungen’ und ‘Institutionen’, sondern an registrierbaren sozialen Handlungen und Handlungs-(System-) Zusammenhängen. Sie zielt auf den sozialen Prozess, nicht auf gedankliche Abstraktionen oder ontologisierte Wertewelten.“ Entsprechend wirkt das Recht als „Teil politisch-sozialer Theorie und politisch-sozialer Praxis. Alle Rechtsentscheidung (von der ‘Rechtsgebung’ bis zur ‘Rechts-Anwendung’; der Dualismus ist selbst obsolet geworden!) wird zur Handlungs-(Entscheidungs-) Orientierung an der politisch-sozialen ‘Erkenntnis’ unserer Gesellschaft selbst. Dass solche Einsicht nicht Allgemeingut wird, hat ihrerseits Funktion: die Einsicht würde, ziehen wir die notwendigen Folgerungen, unser Rechtsverständnis nicht weniger als unsere gesellschaftliche Organisation ‘revolutionieren’. Gegen diese Einsicht aber ist das ‘System’ integrativ abgedichtet.“

Diese Abdichtung erfolgt, so Wiethölter, „über Bewußtseinsindustrien und Ausbildungssysteme nahezu unmerklich“. „Wissenschaften und Universitäten in ihrer angeblich unpolitisch arbeitsteiligen Verwendungswirkung“ spielen dabei mithin eine entscheidende Rolle. Folglich „(tritt) die Bedeutung von Hochschul- und Studienreform als derzeit politisch gefährlichster Kritik der Gesellschaft (...) zutage.“ Kein Zufall also, dass er sich auf diese Reform kon-

nerlei Gegenwart mehr kontrolliert, aber zusammen mit seinem Stützungsapparat (‘Bürokratie’, ‘Wissenschaft’!) abhängig wird von der einzigen motorisch-mobil-naturwüchsigen Gewalt überhaupt, eben den ökonomischen Verhältnissen selbst.“ Diese Beschreibungen ließen sich heute weithin problemlos auf die neue Gouvernamentalität des ‘Großraums’ Europa anwenden, einschließlich der fatalen neo-wilhelminischen Rolle, die Deutschland dabei ‘zuzufallen’ scheint. Vgl. dazu Joerges, a.a.O., Fn. 6.

- 16 Wie sich aus dem Text ergibt, bezieht sich Wiethölter hier nicht auf die Parsonische oder frühe Systemtheorie Niklas Luhmanns; es geht ihm um eine kritische Theorie der Gesellschaft ‘als solcher’, die die gesamte Gesellschaft durchdringenden Struktur-Bildungen und -Entwicklungen zum Gegenstand hat.

zentriert und ein Konzept für die Juristenausbildung entwirft, welches das Recht als Sozialwissenschaft erfahrbar macht und jene politisch-sozialen Einsichten vermittelt, die angemessene(re) Strukturbildungen für eine komplexe emanzipierte politische Gesellschaft ermöglichen.

Rudolf Wiethölter verfolgt seine „Erfahrungsarbeit an der Wirklichkeitsmaschine“¹⁷ sowohl mit seinem Zugang zur institutionellen Politik – Einführung einer einphasigen Juristenausbildung mittels Landesgesetzgebung – als auch mit dem Einsatz der ihm zur Verfügung stehenden materiell-personellen Infrastruktur, und d.h. mit dem ‘Institut für Wirtschaftsrecht’, das sich bis zum Umzug der Fakultät im Herbst 2008 im 3. Stock des Frankfurter Juridicums in der Frankfurter Senckenberganlage 31 befindet.¹⁸ Dabei geht es ihm nicht zuletzt um eine indirekte Reduktion des Einflusses von Funktionseleiten, die mittels ihrer „juristischen Subkulturen“ („gebildete Oberprofessoren“ und „gelehrte Obergerichte“) „die Gesellschaft in Schach halten“ und über Rechts-Fakultäten und (Ausbildungs-)Gerichte dazu beitragen, die Rolle des universitären (Rechts-) Studiums als (selbst-)kritisches ‘psycho-soziales Moratorium’ (Erik Eriksson) zu boykottieren.

Einphasenmodelle werden in verschiedenen Bundesländern aufgelegt. Während ein kritisches Juristenausbildungsmodell Wiethölter’scher Provenienz 1972 mit der Fakultätsgründung in Bremen als Modellversuch realisiert werden kann, scheitert ein solches 1974 in Hessen. Zumindest Anteile davon lassen sich mit der Einführung eines sozialwissenschaftlichen ‘Grundlagenscheins’ retten sowie in Form eines Forschungsprojekts ‘Studium und Praxis’, das unter der Federführung des Hessischen Justizministeriums steht und an dem Wiethölter sich von 1977 bis 1981 mit dem Unterprojekt ‘Juristische Methode und Rechtsdogmatik als Juristenpraxis’ beteiligt.

Umso wichtiger wird der ‘3. Stock’, in dem Wiethölter sein theoretisches Rechts-Beobachtungs-Konzept als Studiums-, Forschungs- und praktisch-politisches Transformations-Modell, als (s)ein spezifisches „Lebenswelt-System“, institutionalisieren kann. Nicht um ‘Nischen-Ökologie’ handelt es

17 Vgl. O. Negt, A. Kluge, a.a.O., Fn. 2, S. 230.

18 Von 1998 bis 2009 war G. Teubner Wiethölters Nachfolger auf dem Lehrstuhl im 3. Stock. Die Wiethölter’schen Seminare liefen stets weiter und dies auch nach dem Umzug auf den Campus Westend und nach dem Ende der Teubner-Ära, wie die Veranstaltung zu „Recht als Literatur, Literatur als Recht“ im 100. Semester, dem Winter-Semester 2012/2013, zeigt. Und im Sommersemester 2013 geht es mit „Rechts-Kräften“ weiter. Das jeweils aktuelle Seminar-Programm ist abrufbar unter <<http://www.jura.uni-frankfurt.de/43430790/Privatrechtstheorie>> (Diese Information verdanke ich Malte Gruber, M. B.).

sich mithin, sondern – im Tandem mit der Bremer Fakultät – um den Aufbau und die Pflege eines alternativen juristischen *Think- und Teach-Tanks*, ohne dabei an bestimmte Partei- oder Lobby-Interessen gebunden zu sein, welche heute die solchermaßen betitelten Forschungs-Institutionen in aller Regel charakterisieren. Zu dem Studienkonzept gehören folgerichtig auch Transformationen im eigenen Haus, wie pathetisch einigen Zeitgenossen dieses ‘Wagen von Demokratie’ damals auch anmuten mochte: Assistentenstellen wurden gepoolt, um möglichst vielen interessierten Studenten ein unabhängiges Studium zu gestatten und das vormoderne akademische Adeptentum auszuhebeln. Die Abschaffung der Habilitation als dritter universitärer Subkultur-Bewährungsprobe gelang zumindest im Bremer Modellversuch. Das Projekt zielt von Anfang an auf *die demokratisch organisierte gemeinsame Einzelproduktion kollektiver Intelligenz*. Dass viele seiner Studenten Wiethölter gerade wegen dieser ‘Haltung’ bewundern, verweist auf einen gelungenen Umgang mit dem alteuropäischen Paradox der *Erziehung zur Freiheit*.

Um den Anforderungen und Zumutungen des politischen Rechts gerecht zu werden, entpuppt sich die Juristenausbildung im Stile des 3. Stocks als eine paradoxe Angelegenheit, als permanenter Münchhausen-Akt bzw. als eine subjektiv-kollektive *Balancearbeit* (Negt-Kluge) zwischen den Sinn und Sinne involvierenden Eigensinnigkeiten, radikaler konzeptionell-methodischer Erneuerung und machbaren Institutionalisierungen. Es geht darum, „zu begreifen, was aus ‘Gott und seinem Recht’ geworden ist, säkularisiert bis auf die Knochen und doch so verheißungsbedürftig wie am ersten Tag.“ Dazu bedarf es eingehender Studien im Stile Michel Foucaults zu Architektur und Auswirkungen der jeweiligen historischen Gesellschafts-Rechts-Form. Man muss herausfinden, wie diese mit der riskanten Reproduktion autonomer Einzel-Rationalitäten umgeht; wie *Konflikt-Kollisionen* politisch, rechtlich, wirtschaftlich usw. gehandhabt werden; welche Legitimations-, Kontroll- und Immunisierungs-Mechanismen installiert werden, um dieses ‘Netzwerk’ gegen Zerfall und Widerstand zu verteidigen und dabei gleichzeitig ausreichende Offenheit zuzulassen, um den für die Selbstreproduktion notwendigen Wandel zu gewährleisten.

Dementsprechend müssen sich Studenten einerseits mit dogmatischen Konzepten und Methoden vertraut machen, die sich bei der Konstruktion und Lösung solcher Kollisionen bewährt haben. Um die einschlägigen Leitunterscheidungen in Relation zu anderen Möglichkeiten ‚begreifen‘ zu können, müssen sie sich sodann mit einer Beobachtungsform anfreunden, die die aktuellen Standards für die Behandlung von Normen und Tatsachen jeweils suspendiert und eine Analyse des einschlägigen Regelungskontexts erlaubt. Angesichts des Reflexionslocus ‚3. Stock‘ kann es sich dabei nur um die Institutionalisierung

von (Selbst- und Fremd-) Beobachtungen (mindestens) '3. Ordnung' handeln:¹⁹ Die herrschenden Rechtsunterscheidungen werden zunächst mit der Rolle verglichen, die die Sozialtheorien mit der größten Wirkungsmacht dem Recht in ihrem jeweiligen Gesellschafts-Konzept einräumen. Als solche Theorien kristallisieren sich für Wiethölter im Laufe der Zeit Systemsoziologie, Politische Ökonomie und Kritische Philosophie heraus. Dabei zeigt sich, dass sie, ebenso wie alle Beobachtungen, mit ihrem eigenen 'blinden Fleck' zu rechnen haben: ihre Unterscheidungsbildung ist in ein komplexes Geflecht von Voraussetzungen und Auswirkungen eingelagert und kommt nicht ohne „dezisionistischen Rest“ (Habermas) aus.

Das heißt aber auch, dass selbst dann, wenn keine von ihnen vom Recht viel übrig lässt, erst die eigentliche rechtliche Rekonstruktionsarbeit, das rechtliche *Proprium*, beginnt. Von 'großen Erzählungen' ist mithin auf dem 3. Stock schon lange vor dem Einläuten der sog. 'Postmoderne'²⁰ nicht mehr die Rede. Die untersuchten Sozialtheorien werden einerseits angesichts ihrer Gestaltungskraft und ihrer Rechts-, Irritationen' Ernst genommen, aber auch auf ihre Möglichkeits-Bedingungen und Begründungsgrenzen hin untersucht. Dieser Reflexionsprozess fördert – wie es im Anschluss an die Beobachtungs-Logik der Systemtheorie heißt – ihre *Kontingenz* zu Tage: Ihre Beschreibungen sind, ebenso wie die des Rechts selbst, weder notwendig noch schicksalhaft vorherbestimmt. Sie sind stets auf andere Weise möglich und verlieren daher nie ihre Unangemessenheit.

Diese 'logische' Analyse treibt aber zugleich die historisch-politische wie auch normative Frage mit hervor, wie soziale Organisation und ihre politischen, wirtschaftlichen, rechtlichen, wissenschaftlichen usw. Funktionen sich verändern müssen, um negative Auswirkungen zu verhindern und das demokratische Gemeinwesen, Gemeinwohl, Gerechtigkeit, Wahrheit, usw. angemessener zu gestalten. Hier sind wir mithin bei den Wiethölter'schen *Verheißungen* angelangt. Diese können nicht an einen *Phronimos* oder angeblich über besseres Wissen verfügenden Hohepriester delegiert werden; und auch gegenüber jedem vereinfachenden Sirenen-Gesang, der ein 'gutes/ besseres Leben' verspricht ist Skepsis angesagt. Stattdessen bindet Wiethölter seine 'Utopie' an kontingente Formen *praktischer* Experimentier- und Realisierbarkeit. Er betont, es gehe ihm „eher um die einlösbaren Ermöglichungs- als die uneingelös-

19 Vgl. zu dieser entparadoxierenden (Selbst-)Reflexions-Hierarchie im Sinne neokonstruktivistischer Theorien N. Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Suhrkamp: Frankfurt 1997, S. 1109 ff.

20 Dafür steht bekanntlich die Arbeit von J.-F. Lyotard, Das post-moderne Wissen, Wien 1982.

ten Verheißungs-Überschüsse“.²¹ Als einlösbar erscheint ihm *die rechtliche Gewährleistung einer freien Verwirklichung autonomer Entwicklungs-Chancen unter Einbau sozialer Rücksichtnahmen/ Reziprozitäten*. Wiethölter nennt dies das „bürgerlich wie anti-bürgerlich unerledigte nach-feudalistische Sachprojekt“²².

Um dieses Projekt als Dauerversuch zu verwirklichen, werden die selektiven Anschluss-Möglichkeiten eines Kollisionskontextes – unter Abweisung einseitiger, quasi-apriorischer „Anschlusszwänge“ – auf Möglichkeits-Erweiterungen hin untersucht und entscheidungsleitende rechtliche *Machbarkeits-Gutachten* produziert. Die Eigenwerte der in Streit stehenden autonomen Funktionsbereiche, wie etwa der Wirtschaft oder des Rechts, werden grundsätzlich anerkannt, um sie sodann als *Freiheits-Modalitäten* normativ zu verklammern und das Risiko/ die Verantwortung für das (Nicht-) Eintreten erwarteter Folgen auf die Konfliktparteien zu verteilen.

Die Ausbildung in solchen theoriegesteuerten Recherchen zum einschlägigen sozialen Netzwerk und in der entsprechenden rechtspolitischen (Folgen-) Beurteilung ist genau das, was das traditionelle, autoritäre Rechtsdenken stets vermeiden wollte: „Juristen müssen ihre Methoden haben, aber sie dürfen nicht über sie verfügen können“, hieß es etwa bei Ernst Forsthoff. Entscheidungen darüber, wie die Gesellschaft zu organisieren sei, sind anderswo zu treffen und Juristen haben solche Entscheidungen umzusetzen, ohne ihre Methoden für autonome ‘Steuerungsversuche’ zu benutzen. Hingegen verheißt Wiethölter:

„Vielleicht liegt in der Emanzipation solchen Rechts vom Recht in den rivalisierenden Gesellschaftstheorien (...) ein Verwirklichungs-Chancenschritt. ‘Recht’ beugte sich dann nicht den Gesellschaftstheorie-Designs, sondern wäre selbst eines, mithin jedenfalls nicht ‘System’, nicht ‘Diskurs’, nicht ‘Unternehmen’.“²³

Oder im Sinne einer seiner Lieblingsparabeln: „Im Hase-Igel-Spiel zwischen Juristen, Soziologen und vielen Anderen können/möchten schließlich auch Juristen einmal Igel sein.“

Kritik der Kritik

Der von Wiethölter im 3. Stock institutionalisierte Erkenntnis- und praktisch-politische Transformations-Prozess verfolgt mithin *ein ubiquitär einsetzbares*,

21 Ebenda.

22 Vgl. R. Wiethölter, a.a.O., Fn. 1, S. 18.

23 Ebenda, S. 20.

unmittelbar politisch wirksames Rechts-Entdeckungs- und Methodenprogramm. Es entspricht dem, was Foucault²⁴ als das zentrale *Ethos der Aufklärung* identifiziert hat: Die 'Befreiung des Möglichen' durch das sich fortlaufend erneuernde *Kontingenzbewusstsein*; 'das Andere' in Kant, eine kritische Ontologie, die alle apriorischen Vernunftbedingungen letztlich torpediert. „Alles Mögliche ist möglich!“ Diese 'Kritik der Kritik' bringt gemeinsam mit ihrem (paradox)ontologischen Aspekt einen permanenten normativen Druck auf die unvermeidlichen Asymmetrien rechtlich vermittelter gesellschaftlicher Organisation hervor, auf ihre Mechanismen von Inklusion und Exklusion, Disziplin und Kontrolle, Eigentum und Knappheit usw., die das tendenziell unbegrenzte Entwicklungspotential individueller und sozialer Akteure selektiv einhegen und ausnutzen.

Damit ist das Wiethölter'sche Methodenprogramm gleichzeitig *poietisch-unsystemisch* angelegt: „Geschichte (Recht usw.) ist nicht gegeben, sondern aufgegeben“ lautet einer seiner vielen Lehrsätze, die in der Regel der deutschen 'Dichtung und Wahrheit' entstammen und gleichzeitig an die das Begreifen stimulierende Verblüffungswirkung fernöstlicher Zen-Koans erinnern.²⁵

24 Vgl. M. Foucault, *Was ist Aufklärung?*, in: E. Erdmann, R. Forst, A. Honneth (Hrsg.), *Ethos der Moderne. Foucaults Kritik der Aufklärung*, Suhrkamp: Frankfurt/M, 1990.

25 Originalton Wiethölter: „Ich selbst habe mehr als nur 'sympathy' für Erörterungen nach Art des alten Fußball-Zauberspiels von Schalke 04 oder der Filme Alexander Kluges.“ Dieses „Mehr“ verweist auf eine intellektuelle und praktisch-politische Wahlverwandtschaft mit Kluge (und dem mit diesem über weite Strecken im Tandem arbeitenden Oskar Negt). Letztere kann man mit gebotener Vorsicht als deutsche 'Post-Operaisten' bezeichnen, da sie ähnlich wie ihre 'biopolitisch' radikaleren italienischen Kollegen, den Marxschen Begriff der *lebendigen Arbeit* zum Ausgangspunkt ihrer Kritik an bestehenden politischen Partizipationsformen machen, um Ansätze neuer Formen kritischer individueller und sozialer Selbstorganisation aufzudecken. Ihre Unter-Suchungen gebärden sich ebenso poietisch-unsystemisch wie die Wiethölter'schen und setzen dem *rigor mortis* sozialer Theorie-Ingenieure ketzerisch-ironisch *das zänkische Gehirn, die List der Vernunft, die Implementations-Dialektik, oder den Jean Paul'schen Witz* entgegen, mithin jene subversiven Entzugs- und Exzess-Formen des *Eigensinns*, in denen sich die historisch uneingelösten Verprechen individueller und sozialer Konstruktionen erhalten und produktiv fortpflanzen. *Eigensinn* ist folglich ein lebenswelt-systemischer Grenzbegriff, der die Einschluß-Ausschluß-Mechanik der System-Theorie, aber auch anderer Theorie-Logiken, ironisch persifliert und sprengt und die epistemische Offenheit wiederherstellt. Zum Postoperaismus italienischer Provenienz vgl. demnächst M. Blecher, *Postoperaismus oder die Transformation von Kapital, Arbeit und Souveränität und die Selbstkonstitution der Multitudo*, in: T. Prien (Hg.), *Der Staat im Empire. Zum Staatsverständnis des Postoperaismus*. Nomos: Baden Baden 2013.

‘Aufgegeben’ jedenfalls als produktiv-kreative (poietische) Strukturierungs-Last/-Lust, die als Rechts-Kunst (frei nach Adorno) „Chaos in Ordnung bringen soll“; und ‘aufgegeben’ im Sinne der vom Recht versprochenen Daueränderung solcher selektiven historischen Strukturen zur ‘Bewältigung’ ihrer unvermeidlichen (systemischen) Unangemessenheit.

Wiethölters Ansatz wirkt damit jenseits der Funktionsweisen der offiziellen Politik politisch und erweist seine Affinität zu Zielen und Formen sozialer Bewegungen,²⁶ allerdings nur insofern als diese tendenziell das kritische Kontingenzbewußtsein auf sich selbst anwenden und bei ihren Vorhaben mitlaufen lassen. Die Einsicht in die eigene Begrenztheit und Imperfektion resultiert in einem neuen Konfrontations-Stil, einer „Streitkultur“, einem Kampf mit gebremstem Schaum, vor allem ohne den Gegner beseitigen zu wollen. Das Recht hat diese praktische ‘Haltung’ zu vertreten und in seinen Verfahren zu gewährleisten. Aber wie das? Speist sich die Wirkung politischer Aktionen – von der klassischen Arbeiterbewegung bis hin zu *Occupy* – denn nicht gerade aus der in kämpferischer Form vorgetragenen Systemkritik und Empörung angesichts der von der Übermacht gesellschaftlicher Immunisierungsstrukturen nicht realisierten, aber als realisierbar erachteten Freiheits-Überschüsse? Pflege und Behandlung dieser neuerlichen Paradoxie finden sich, als erster Schritt, in der Erweiterung und rechtlichen Anerkennung des Begriffs der ‘Sozialen Bewegung’: Er steht für die Gesamtheit und Dynamik des auf vielen sozialen Ebenen einzeln und kollektiv vorgetragenen kritisch-normativen Drucks auf existierende gesellschaftliche Asymmetrien/ Benachteiligungen.²⁷ Die ‘Benachteiligten’ haben mithin das Recht(!), jene Partizipations-Verheißungen, aus denen das Recht selbst seine Legitimation zieht, zu realisieren. Hier setzt Wiethölters Kritik der existierenden demokratischen Repräsentationsformen an.

In einem zweiten Schritt muss man eine Ebenen-Verschleifung vornehmen: Der Sturm auf die Bastille und seine Abkömmlinge nehmen an Rechtfertigung zu, je mehr der auf (funktional) organisierten sozialen Ebenen ausgetragene politische Kampf um das „Andere“ existierender politischer, wirtschaftlicher, rechtlicher usw. Ansätze an Kraft verliert. Dieser Balanceakt weist seinerseits wieder auf die konkrete Utopie der Wiethölter’schen Rechts-Bewegungs-Kunst zurück: eben auf die als ‘Prozeduralisierung’ bezeichnete

26 Vgl. dazu M. Blecher, *Recht in Bewegung, Paradoxontologie, Recht und Soziale Bewegungen*, in *ARSP* Vol. 92, 2006, S. 449 ff.

27 Siehe dazu G. Frankenberg, *National, Supranational, Global: Ambivalenzen zivilgesellschaftlicher Praxis*, in: M. Blecher, G. Bronzini, J. Hendry, C. Joerges (ed.), *Governance, Civil Society and Social Movements*, *European Journal of Legal Studies*, Vol. I, Nr. 3, 2008, pp. 1-32; Online-Veröffentlichung unter <<http://www.ejls.eu>>.

verbindliche, situative Festlegung von Kollisions-Regeln in Foren und Verfahren, die es nicht zum Äußersten kommen lassen. Das „Projekt Freiheiten unter Auflagen“ nimmt hier also eine unerwartete subversive Wendung: Je weniger sich autonome, soziale Regimes auf horizontale Verhandlungs- und Deliberationsprozesse einlassen und stattdessen auf ihre (ökonomische, politische usw.) Durchsetzungsmacht setzen, desto weniger stehen auch die autonomen Formen sozialer Bewegungen unter den Auflagen einer solchen Streitkultur.

Die Aktualität und Dringlichkeit des Wiethölter'schen Projekts zeigen sich hier in aller Deutlichkeit; ebenso seine Verwandtschaft zu dem 'Polis-Konzept', das Boltanski und Chiapello für die kapitalistische Netzwerk-Gesellschaft des 21. Jahrhunderts vorgeschlagen haben:²⁸ eine „Projekt basierte Polis“, die die Grundbedingungen des Netzwerks – die potentiell totale Verbindung zwischen allen 'Knoten', seine Polyzentrität und seine grundsätzliche Heterarchie, seinen Ereignischarakter und den permanenten Fluss zahlloser Kontakte – mit den Anforderungen einer legitimen sozialen Organisation und Regulierung in Einklang bringen soll. 'Projekte' sind dann unzählige, auf dem nahtlosen Gewebe des Netzes eingerichtete, Wert schaffende *Akkumulationsräume*, deren Strukturen der Legitimation bedürfen. Das 'Projekt Freiheiten unter Auflagen' zielt genau auf diese Form sozialer Raumgestaltung. Resultat der rechtlichen Verfassung unzähliger solcher Akkumulationsräume ist ein kontextualisiertes Gemeinwohl. Andererseits werden die Gerechtigkeits-Forderungen – vom Recht wie von sozialen Bewegungen – stets auch an das *Netzwerk als solches* herangetragen. Wiethölter hat beide Aspekte im Sinn, wenn er zwar die „einlösbaren Ermöglichungsüberschüsse“, d.h. konkret machbare Alternativen anvisiert, dabei aber die „uneingelösten Verheißungs-Überschüsse“ stets mitlaufen lässt: „Kunstvolle“ Kritische Rechtstheorie „in being“: das ist mithin die demokratisch vernetzte Realisierung sozialer Maßstabsbildung unter Dauer-Verweisung auf angemessenere Möglichkeits-Überschüsse, in denen sich stets auch die Vorstellung vom guten/ besseren Zusammen-Leben als das 'generalisierte Andere' einer unweigerlich defizitären existierenden sozialen Ordnung erhält. Wiethölter's Rechts-Bewegungs-Kunst gelingt es – in Abwandlung des berühmten Adornoschen Diktums²⁹ – die Verwirklichungen und Versäumnisse sozialer De- und Rekonstitutionalisierungen als Recht-Fertigungs-/ Rechts-Verfassungs-Ereignis zu verschränken. Mit dieser epistemischen und rechtspolitischen Kopplungs-Leistung hat Rudolf Wiethölter's Eigensinn Geschichte gemacht.

28 S.o. Fn. 6.

29 Das 'Original' lautet bekanntlich: „Philosophie, die einmal überholt schien, erhält sich am Leben, weil der Augenblick ihrer Verwirklichung versäumt ward.“ Aus: Theodor W. Adorno, *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2003.

Rechtszauber*

MALTE-CHRISTIAN GRUBER

Halbzeitstand: Eins zu Eins

Wir befinden uns in der zweiten Halbzeit, kurz vor Anbruch der 64. Spielminute.¹ Die *Königlichen* beeindrucken einmal wieder mit ihrem Ballzauber und haben auch schon getroffen. Da bleibt für Einwechselspieler wenig Raum. Ein paar spielerische Akzente lassen sich aber vielleicht doch noch setzen – um vielleicht auch einmal an den Ball zu kommen, und – notfalls mit einer kleinen Körpertäuschung, die noch keine Zauberei ist – dran zu bleiben. Doch wie soll sich der Neuling ins Spiel einbringen, woran soll er sich halten, was ist zu tun? Am besten wird es für ihn erst einmal sein, sich auf das zu besinnen, was ihm sein Trainer beigebracht hat.

Aufwärmphase: Thinking Beyond the Cup

Ich erinnere mich an meine erste Trainingseinheit im Wintersemester 1993/94: Vorlesung Zivilrecht I bei Rudolf Wiethölter im großen Hörsaal V auf dem alten Frankfurter Campus Bockenheim. Nach zwei kurzen Lehrbuchempfehlungen zum Allgemeinen Teil des BGB (Brox und Rütters) wurde mir schnell klar, dass die allgemeine Grund- und Examensfitness nicht alleine Sache eines öffentlichen Trainings unter Anleitung sein kann. Laufen, Springen, ja auch Fallen muss man schon alleine lernen. Auf dem Spielfeld der Vorlesung sollten dann ganz andere Fähigkeiten geschult werden – vor allem solche Qualitäten, für die kaum einer unter uns Anfängern ein Auge hatte: Statt klarer Koordinatensysteme präsentierte unser Lehrer BGH-Fundstellen aus der amtlichen Sammlung unter dem verkürzten Kürzel „Z“, die uns als endlose Zahlenreihen

* Schriftfassung meines unter gleichem Titel am 2.11.2012 – anlässlich des Bremer Symposions zu Rudolf Wiethölters 100. Lehrsemester – gehaltenen Referates. Vortragstil und Fußballsprache, dem Jubilar ähnlich vertraut wie die Poesie, habe ich beibehalten. Es gilt das gesprochene Wort nicht alleine.

1 Vgl. die koinzidente Darstellung unter <http://www.faz.net/aktuell/sport/fussball/2-1-gegen-real-madrid-dortmunder-kroenung-in-der-koenigsklasse-11937336.html>; sowie zu den Einzelheiten: <http://de.uefa.com/uefachampionsleague/season=2013/matches/round=2000347/match=2009527/postmatch/commentary/index.html> (15.12.2012).

erschieden. Statt einfacher Begriffsdefinitionen und Rechtsbegründungen stieß er uns dort und allerorten auf *Leerformeln*, *Tautologien* und *Gerede*, das als Begründung erscheinen mochte.² Und dass wir danach darauf verwiesen seien, aus jeglichen Ersatzkoordinatensystemen und Begründungszaubereien auszuweichen, beunruhigte uns schließlich völlig.

Viele von uns verzweifelten ja schon an Wiethölters erster Aufgabenstellung, dem aus der Denkpsychologie bekannten „Neun-Punkte-Problem“³. Und die übrigen scheiterten dann an der Frage, was das überhaupt mit Rechtsdenken zu tun habe. Die Aufgabe bestand darin, neun in einem Koordinatensystem quadratisch angeordnete Punkte durch maximal vier gerade Linien zu verbinden, ohne dabei den Stift absetzen zu müssen. Sie ist natürlich auch ohne Regelverstöße lösbar, allerdings nicht ohne dabei das vorgegebene, oder genauer: das eingezeichnete Koordinatensystem zu verlassen.⁴

„Thinking outside“ oder „beyond the box“, lautet eine schon allzu strapazierte Formel dazu, die eigentlich nur auf der Innenseite der „box“ beliebt geworden ist. Besser gefällt mir da schon die Phrase „Thinking beyond the Cup“ – nicht nur wegen der von mir als Vortragssprache gewählten *Lingua franca* des Fußballs (man verzeihe mir die Übersetzungsschwächen), sondern vor allem mit Bezug auf meine erste Zivilrechtshausarbeit. Diese handelte von Taschenkontrollen im Supermarkt und einem heute vor genau 22 Jahren, am 2.11.1990, gegenüber einer sich weigernden Kundin ausgesprochenen Hausverbot. Und dabei ging es eben auch – buchstäblich *cum grano salis* – um einen Becher „Ravensberger Faßbutter“, auf den die Kundin besonderen Wert legte und den sie auch sonst nirgends kaufen konnte.⁵ Deren Bedeutung – vor allem aber die Bedeutung der Hausarbeit und ihrer Aufgabe – konnte wieder nur verstehen, wer in der Lage und willens war, über die Becherränder von Fäßchen-Butter und Urteilsbegründungen von LG Frankfurt, OLG Frankfurt⁶

2 Vgl. Rudolf Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt a. M. 1968 (Nachdruck Basel 1986), 17.

3 Für einen ersten Überblick siehe unter <<http://de.wikipedia.org/wiki/Neun-Punkte-Problem>>; <http://en.wikipedia.org/wiki/Thinking_outside_the_box> (15.12.2012).

4 Das Neun-Punkte-Problem ist aus gestaltpsychologischer Sicht im Grunde ein einfaches Problem, das lediglich aufgrund falscher Vorannahmen figuraler Gebundenheit als unlösbar erscheint. Siehe hierzu Martin Scheerer, Problem solving, in: *Scientific American*, 208 (1963), 118 ff. Eine jüngere Untersuchung sieht das Arbeitsgedächtnis an der Problemlösung allerdings doch stärker beteiligt als bislang angenommen: Jason M. Chein/ Robert W. Weisberg/ Naomi L. Streeter/ Shaleigh Kwok, Working memory and insight in the nine-dot problem, in: *Memory & Cognition* 38 (2010), 883 ff.

5 Vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 788 (789).

6 OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 788.

und BGH⁷ zu blicken. Für mich, der ich noch nicht einmal das Neun-Punkte-Problem der ersten Stunde lösen konnte, gab es dafür acht Punkte. Aber zu meinem Glück war das wohl nur ein erster Beweglichkeitstest in der Aufwärmphase. Es gab und gibt auch weiterhin noch viel zu lernen: *Besinnung*⁸ auf das, was man (im Recht ebenso wie im Spiel) leisten kann und was man nicht leisten kann, also auf das, was auf dem Spielfeld möglich ist.

Einwechslung: Entzaubern

Für die Aufgabe, sich von falschen Vorannahmen von Gebundenheit, von verfremdeten Sachverhalten, von falschen Begriffsfronten, -naturen und -wesen zu befreien, kennen wir natürlich noch bessere Bezeichnungen, vor allem: *Entzauberung*, verstanden als *Götter- und Götzendämmerung*, *Entmythologisierung*, und zwar vor allem *um des Menschen willen*.⁹ Wer, wie er es bei Rudolf Wiethölter im „Dritten Stock“ gelernt haben sollte, immer zuerst in den wichtigsten Enzyklopädien, vor allem im Historischen Wörterbuch der Philosophie nachsieht, wird unter dem Stichwort „Entzauberung“ keinen – oder zumindest *noch* keinen – Hinweis auf Rudolf Wiethölter finden. An prominenter Stelle steht dort Max Weber mit seiner zentralen These eines durch Intellektualisierung und Rationalisierung vorangetriebenen Prozesses der „Entzauberung der Welt“ – eines Prozesses, der sich unter anderem in der Herausbildung rationaler Rechtsordnungen zeige, der aber – was oft übersehen wird – kein völliges Verschwinden von Magie und Irrationalität impliziere.¹⁰

Gerade dieses Missverständnis könnte der Grund dafür sein, dass eine entzauberte Welt vielen als Schreckensvision erscheint, die es – ebenfalls um des Menschen willen – zu verhindern gälte.¹¹ Unseren schwierigen Entzauberungsbemühungen begegnen daher auch immer weitere Versuche, die Rechtswelt aufs Neue zu verzaubern: Im Grunde trachten sie alle nach einer Überwindung der Entzauberung, noch bevor deren Aufgabe überhaupt erledigt ist. Und so bleibt schon unklar, ob die vielen neuen Rechtszauberer und Wortheken noch in einer verzauberten oder womöglich schon in einer *wiederverzauberten* Welt leben. Was sie eint, ist ihre Furcht vor einer imaginären, nur *ver-*

7 BGH NJW 1994, 188.

8 Wiethölter (Fn. 2), 26.

9 Wiethölter (Fn. 2), 26.

10 Siehe Walter M. Sprondel, Art. „Entzauberung“, in: Ritter (Hg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 2 (D – F), Basel 1972.

11 So in jüngerer Zeit etwa Mark Antaki, *The Turn to Imagination in Legal Theory: The Re-Enchantment of the World?*, in: *Law Critique* 23 (2012), 1 ff.

meintlich entzauberten Welt – vor einer Welt etwa, in der eine instrumentell verstandene Vernunft das menschliche Leben in Uniformität einebene, in der alle Werte ent- oder umgewertet würden, ja, in der Gott und das Recht selbst tot seien.¹² Sie suchen ihr Heil in einer Wendung der Rechtstheorie, in einem erneuten „turn to (the language of) imagination“. Die spezifisch menschliche Fähigkeit zur Imagination erscheint ihnen also als ein mögliches Gegenmittel gegen instrumentelle Rationalität, Technik, gegen Nihilismus und gegen den Tod Gottes – und schließlich auch gegen den Tod des Rechts.¹³ Deshalb seien das Recht und seine Texte am besten als sprachliche Schöpfungen, als Literatur zu verstehen. Das mag auch in vielerlei Hinsichten stimmen, doch wird damit nicht etwa die Entzauberung der Welt als solche bekämpft, sondern bloß ein Schattenkampf gegen einige, ganz bestimmte Dämonen der Moderne geführt – also in gewissem Sinn die fortdauernde Verzauberung der modernen Welt bloß mit dem Gegenzauber der Imagination belegt. Imagination soll sozusagen das „menschliche“ Mittel sein, das die moderne, nihilistische Welt von einer instrumentellen Rationalität befreit, die Gott, Recht, womöglich auch Menschen ums Leben bringt.

Eine solche Vorstellung eines „modernen“ Nihilismus ist jedoch eine ganz andere als die diejenige, welche Rudolf Wiethölter schon vor Augen hatte, als er „nur den Vorhang gelüftet [hatte] für einen ersten Blick in die Rechtswelt“¹⁴. Wiethölters Rechtswelt ist nämlich nicht tot, im Gegenteil: Sie ist gerade erst zum Leben erwacht, *eben weil* sie entzaubert ist – entzaubert „um des Menschen und deshalb auch um des Rechts willen“.¹⁵ Sich mit den gegenwärtig Lebenden zu befassen, verlangt vom Recht und seinen Richtern danach eine ungewohnte Bescheidenheit: Verzicht auf Menschenopfer um einer utopischen Zukunft willen, Verzicht auf Versklavung, etwa im Namen eines Pflichtengottes, eines Weltgeistes oder auch einer ewigen Naturvernunft. Stattdessen: „unpoetische, demütige, ehrliche, oft hilflose, tränenreiche, immer aber letztlich unzulängliche und erdenschwere *Beiträge* [...], um] eine brauchbare, auf ‚Gerechtigkeit‘ und ‚Vernunft‘ zielende Friedensordnung für jedermann hier und jetzt zu verwirklichen“.¹⁶

12 Vgl. Antaki (Fn. 11), 2; Owen Fiss, The death of law?, in: *Cornell Law Review* 71 (1986), 1 ff.

13 So Antaki (Fn. 11), 2, mit besonderem Bezug auf James Boyd White, *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Boston 1973.

14 Wiethölter (Fn. 2), 26.

15 Wiethölter (Fn. 2), 26.

16 Wiethölter (Fn. 2), 26.

Ins Spiel finden: Selbst zaubern

Ich bitte um Verzeihung, dass ich in die Fußballsprache zurückfalle, aber ich kann nicht anders, ich muss verkürzen, vereinfachen: Sind die anderen erst einmal entzaubert, stellt sich gleich die Frage, wie es um das eigene Spiel nach vorne bestellt sein soll. Möchten wir noch über den gewonnenen Punkt hinauskommen, möchten wir also doch mutig spielen und auf eine – wie auch immer beschaffene – zukunftsgerichtete Gerechtigkeit hinarbeiten? Wollen wir das damit verbundene Risiko eingehen, uns einen Konter einzufangen von Pflichtengöttern, die ihren Gräbern entsteigen,¹⁷ oder von Weltgeist oder von Naturvernunft? Kommen wir dabei überhaupt ohne eigene Zaubertricks aus? Wohl kaum. Selbst ganz menschliche Entscheidungen im Hier und Jetzt sind niemals unpolitisch,¹⁸ überall findet sich ein latentes Quantum Machtpolitik – und sei es noch so versteckt. Jeder muss seine eigene Spielweise, Spielwitz und Teamgeist – besser gesagt: seinen „Dämon [finden], der *seines* Lebens Fäden hält.“¹⁹

Ich möchte es gerne noch einmal mit der menschlichen Begabung der Imagination versuchen, die uns in die Lage versetzen kann, Recht *anders*, und das heißt vor allem: außerhalb des Rechtscodes, vielleicht sogar außerhalb der Kommunikation zu erfahren. Das konfrontiert uns, wenn wir vor Entscheidungen gestellt sind, und ganz besonders mich, mit der eigenen Hilflosigkeit und Unzulänglichkeit. Fußballsprache hilft jetzt auch nicht mehr weiter. Ebenso wenig aber auch andere imaginäre Dämonen, die den mystischen, gewaltsamen Grund aller Entscheidungen rechtfertigen sollen: Keine praktische Vernunft, kein objektivierter, institutionalisierter Allgemeinwille, kein fiktiver Urzustand, kein Schleier des Nichtwissens, kein Richter Herkules und auch kein zwangloser Zwang des vermeintlich besseren Arguments geben hier noch Halt. Ich bin ein endliches Wesen und halte mich lieber an solche Dämonen, die mir

17 Vgl. Max Weber, *Wissenschaft als Beruf*, 11. Aufl., Berlin 2011, 28.

18 Vgl. Wiethölter (Fn. 2), 21.

19 Weber (Fn. 17), 36. Dass es jeder Mensch mit seinem eigenen Dämon – oder zumindest mit einem sokratischen Daimonion – zu tun bekommt, dass es sich beim Dämonischen also um eine geradezu notwendige, lebendige, schöpferische, wenngleich gefährliche, dionysische Kraft handelt, lässt sich auch aus einer psychoanalytisch geprägten Perspektive beschreiben, etwa im Anschluss an Stefan Zweig, *Der Kampf mit dem Dämon: Hölderlin, Kleist, Nietzsche*, Frankfurt a. M. 1998, 13: „Dämonisch nenne ich die ursprünglich und wesenhaft jedem Menschen eingeborene Unruhe, die ihn aus sich selbst heraus, über sich selbst hinaus ins Unendliche, ins Elementarische treibt, gleichsam als hätte die Natur von ihrem einstigen Chaos ein unveräußerliches unruhiges Teil in jeder einzelnen Seele zurückgelassen, das mit Spannung und Leidenschaft zurück will in das übermenschliche, übersinnliche Element.“

bei meinen menschlichen Entscheidungen im Hier und Jetzt viel stärker beteiligt zu sein scheinen – ich meine damit insbesondere affektive Entscheidungselemente, die nicht nur eine soziale, sondern auch eine physische Basis im menschlichen Leben haben. Dort sehe ich den entscheidenden, rechtlich unregulierten und unregelbaren, aber Recht setzenden und fertigenden Impuls, ganz gleich wie wir ihn nennen möchten, ob „Judiz“, „Rechtsgefühl“, oder auch „Urteilkraft“ oder „Geschmack“.²⁰

Es sind biogene Fähigkeiten, die über die Perspektive eines zur Entscheidung berufenen Einzelnen hinaus auch auf gesellschaftlicher und schließlich auf rechtlicher Ebene ihre Wirkung entfalten: Sie bilden *eigene* Erfahrungsweisen, die auf eine *andere* Weise als in der Rechtssprache erzählt werden müssen, um verstanden zu werden. Und es ist diese *Andersartigkeit* der Erzählung, ihr Inhalt, ihre Form, ihre Ästhetik und sogar ihre Musikalität²¹, die es Menschen ermöglicht, sich in fremde Erfahrungswelten einzufühlen und deshalb vielleicht auch gerechtere Entscheidungen zu treffen.

Solche empathischen Kräfte sind angeboren und lassen sich entwicklungs-genetisch zurückverfolgen. Und es spricht vieles dafür, dass sie noch nicht einmal zu den exklusiven Merkmalen der menschlichen Spezies gehören.²² Lebendige Wesen übersetzen ihre Wahrnehmungen ohne weiteres in darauf bezogene Handlungsmöglichkeiten. Sie erleben ihre Umwelt als eine Welt mit Aufforderungscharakter: Während ihnen Dinge als Ensembles von Handlungshypothesen erscheinen, erkennen sie andere Lebewesen als potentielle Interaktionspartner, deren Handlungen sie als solche unmittelbar, präreflexiv erfassen können.

Dieses implizite Handlungsverständnis eröffnet schließlich noch weitere Zugänge zu den „inneren“, intentionalen Einstellungen eines beobachteten Gegenübers. Beobachten sich nun mehrere Akteure wechselseitig, so entsteht daraus ein gemeinsamer Handlungsraum, in dem fremde Handlungen und In-

20 Vgl. Malte Gruber, Formationen paternaler Bindungen als Normierungsmotive rechtlicher Paternalismen, in: Gruber /Ziemann (Hg.), *Die Unsicherheit der Väter: Zur Herausbildung paternaler Bindungen*, 33 ff. (43 f.).

21 Siehe Antaki (Fn. 11), 14, wieder mit Hinweis auf James Boyd White; näher hierzu vor allem Marie Theres Fögen, *Das Lied vom Gesetz*, München 2007.

22 Die Tatsache, dass die Menschheit besondere kommunikative Fähigkeiten in Sprache, Schrift, Buch und nunmehr auch in elektronischen Medien herausgebildet hat und insoweit eine geistige, kulturelle, soziale Sonderstellung im Kontinuum der Evolution einnimmt, sollte nicht dazu verleiten, ihre Herkunft und Verwandtschaften zu leugnen: vgl. hierzu Frans de Waal, *Das Prinzip Empathie. Was wir von der Natur für eine bessere Gesellschaft lernen können*, München 2011; zu den neuronalen Grundlagen vor allem Giacomo Rizzolatti/ Corrado Sinigaglia, *Empathie und Spiegelneurone. Die biologische Basis des Mitgefühls*, Frankfurt a. M. 2008.

tentionen wie eigene erlebt werden – ein empathischer Raum, der wechselseitiges Mitfühlen im Sinne einer „emotionalen Resonanz“ ermöglicht.²³ Darin liegt die Basis der Empathie: im Wahrnehmen und Empfinden, welches mit motorischem Vermögen und Körperkräften neuronal verknüpft ist.

Indem also lebendige Wesen, und ganz besonders Menschen, als psychophysische Systeme eine gemeinsame Erfahrungswelt mit wechselseitigen Resonanzen erzeugen, in der sie die Erfahrungen des jeweils Anderen beinahe wie eigene miterleben können, vermögen sie die Kluft zwischen lebendigen Körperprozessen, sinnhaften Bewusstseinsvorgängen und Kommunikation unter bestimmten Bedingungen zu überbrücken. Eine ganz wesentliche dieser Bedingungen besteht in einer gewissen sozialen Nähe, die Menschen dazu bringt, sich gegenseitig als Menschen mit vergleichbaren Empfindungen und Erfahrungen wahrzunehmen – als lebendige Wesen mithin, die ähnlich verletzbar und gewissermaßen miteinander verwandt sind. Das setzt jedoch mehr voraus als eine bloße Begegnung und gegenseitige Wahrnehmung. Soziale Näheverhältnisse können nur auf kommunikativem Weg hergestellt werden; sie sind auf das erzählerisch-fiktionale Spannen einer Brücke einer „narrativen Empathie“²⁴ angewiesen.

Eine solche kommunikative Form der Empathie ermöglicht es allerdings auch, dass die Erfahrungs- und Lebenswelten lebendiger Wesen und Menschen aus Fleisch und Blut mit dem ihnen eigenen Aufforderungscharakter kommunikabel werden. Mehr noch: Sie erzeugt einen gemeinsamen Resonanzraum, in dem die körperlichen und mentalen Empfindungen lebendiger Wesen kommunikativ miterlebt werden. Die lebendigen Umwelten der Gesellschaft – Dinge, Körper und Psychen – werden so zu Teilen einer eigenen phänomenalen Binnenperspektive, die sich aus einem empathischen Gleichlauf von Leben und Kommunikation ergibt und die es erst möglich macht, dass die Kommunikation ihre immanenten Grenzen überwindet.

Es ist diese phänomenale Binnenperspektive, in der leibliches und psychisches Erleben in die Kommunikation überführt wird, so dass diese über ihre Grenzen hinausgeführt wird, sich selbst transzendiert.²⁵ Sie mag aber vor allem

23 Siehe hierzu Rizzolatti/ Sinigaglia (Fn. 22), 174 ff.; ferner Malte Gruber, „Normen der Empathie – zur Einfühlung“, in: Gruber/ Häußler (Hg.), *Normen der Empathie*, Berlin 2012, 9 ff. (10 ff.).

24 Vgl. hierzu Fritz Breithaupt, *Kulturen der Empathie*, Frankfurt a. M. 2009, 114 ff.

25 Für eine derartige Verbindung von lebendigen und kommunikativen Operationen bedarf es, etwa analog zum biologisch-technischen Grenzgebiet der Biosensorik, eines „Transduktors“, der biologische in artifizielle Signale umwandeln, gegebenenfalls verstärken, vielleicht auch übersteigen, transzendieren kann. Das Vermögen der

auch sozialen Systemen wie dem Recht zu einer Art einführender Resonanz gegenüber *anderen Rationalitäten* zu verhelfen, um schließlich vielleicht auch dem *Anderen* gerecht zu werden. Auf der Suche nach einer solchen empathischen Entscheidungs- und Normierungspraxis des Rechts wird es natürlich nicht genügen, einfach nur eine erweiterte Moralperspektive in der Imagination, insbesondere etwa in der Literatur zu suchen, oder womöglich sogar zu fordern, die individuellen menschlichen Fähigkeiten in diesem Sinne zu schulen.²⁶ Vielmehr wird es darum gehen, den Kräften der Imagination ihren Lauf zu lassen, um Möglichkeitsräume freizuhalten, um Zukünfte offenzuhalten²⁷ – und nicht zuletzt um das Rechtsbewusstsein zu bewahren, *dass es auch anders sein könnte*.²⁸ Dazu gehört gewiss auch eine Sehnsucht nach etwas, das dem Recht fehlt, ohne dass man es unbedingt bisher vermisst hätte.²⁹

Mit diesem Wissen könnte es *vielleicht zu Gerechtigkeit kommen*:³⁰ Gerech-

Empathie vermag diese Funktion möglicherweise zu erfüllen: siehe hierzu Gruber (Fn. 23), 15 f.; ders., „Lebenswerk“, in: Calliess/ Fischer-Lescano/ Wielsch/ Zumbansen (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz*, Berlin 2009, 299 ff. (305 ff.).

26 Vgl. hierzu die Kritik von Antaki (Fn. 11), 9 f., an Martha Nussbaums Empathiekonzept, etwa in dies., *Poetic Justice*, Boston 1995.

27 Vgl. Boaventura de Sousa Santos, Three Metaphors for a New Conception of Law: The Frontier, the Baroque, and the South, in: *Law and Society Review* 29 (1995), 569 ff.

28 Vgl. Antaki (Fn. 11), 18.

29 Siehe entsprechend mit besonderem Augenmerk auf die Potentialität einer literarisch erzeugten, fiktionalen, insbesondere virtuellen Realität Niklas Luhmann, Literatur als fiktionale Realität, in: ders., *Schriften zu Kunst und Literatur*, Frankfurt a. M. 2008, 276 ff. (280 f.): „Sieht man genauer zu und zieht man die Geschichte der Ausdifferenzierung von eigenständiger Fiktionalität mit in Betracht, dann handelt es sich gar nicht um die bloße Ausarbeitung irgendeiner virtuellen Realität, sondern, thematisch oder unthematisch, um das Verhältnis von virtueller Realität und realer Realität. Es wird eine fiktionale Ordnung gefunden, damit man von da aus die normale, allen bekannte Wirklichkeit betrachten kann, etwa in ihrer Härte und Unausweichlichkeit oder in ihrer Normalität und Langweiligkeit. Oder es wird eine Sehnsucht geweckt nach etwas, was fehlt, ohne daß man es bisher vermißt hätte [...]“.

30 Dass die Gerechtigkeit immer *im Kommen* bleibt und *vielleicht* eine zukünftige Rechtsgerechtigkeit ermöglicht, ist immerhin etwas, das man in einer entzauberten Rechtswelt, die den gegenwärtig (und möglichst auch noch in Zukunft) Lebenden gewidmet ist, hoffen kann: siehe Jacques Derrida, *Gesetzeskraft: Der „mystische Grund der Autorität“*, Frankfurt a. M. 1996, 56. Nicht beseitigen lässt sich damit aber das „[...] Unbehagen daran, daß wir Recht suchen, weil wir es brauchen, es aber für uns und unsere Zeit nicht finden können, weil es noch nicht da ist“ [Wiethölter (Fn. 2), 41].

tigkeit im Recht mit Recht gegen Recht zu Recht³¹ – insbesondere: Gerechtigkeit als mögliche Erfüllung der Sehnsucht nach dem Anderen des Rechts, die nicht jedoch zum Verlust seiner Ordnung und Regelmäßigkeit führt. Aber möglicherweise ist das alles auch nur eine dieser vielen vergeblichen Rechtsträumereien. Wenn es hoch kommt, habe ich damit schon ein bisschen gezaubert, sicherlich noch wenig überzeugend – aber Rudolf Wiethölter hat ja erst kürzlich wieder – eher beiläufig – bemerkt: „An Zauberei muss man schon in irgendeiner Form glauben.“³² Und der Glaube hat doch auch schon oft zu wünschenswerten Ergebnissen geführt. Ganz sicher gibt es noch vielerlei andere Arten, dem Zauber des Rechts zu verfallen; diese hier ist meine. Und an dieser Stelle – am Punkt meiner größten Verlegenheit – kommt vielleicht doch wieder die Fußballsprache ins Spiel: Den Einwechselspieler wieder auswechseln? Oder einfach nur den Schlusspfiff abwarten? Auf jeden Fall: Ergebnis verwalten – ich *glaube* doch, es steht schon Zwei zu Eins.

31 Vgl. Gunther Teubner, Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, in: Teubner (Hg.), *Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann: Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit*, Stuttgart 2008, 9 ff. (21 ff.); sowie im selben Band Christoph Menke, Subjektive Rechte: Zur Paradoxie der Form, 81 ff. (103 ff.).

32 Zwischenruf in einer Frankfurter Diskussionsveranstaltung am 26.9.2012 zu Gunther Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt a. M. 2012.

Ajax: Das Spiel kommt in die Zeit

ANDREAS FISCHER-LESCANO

„Aufgabe der Kunst heute ist es, Chaos in die Ordnung zu bringen“.¹ – Von Theodor Adorno hat Rudolf Wiethölter eine Aufgabenbeschreibung für Kunst und Künstler_innen übernommen,² aus der ein Optimismus des Herzens spricht: Wenn die Kunst ihre subversive Kraft entfaltet, verdampft alles Ständische und Stehende. Es ist die Kunst, die eine entfesselte und verdinglichte Rechts-Ordnung zur Rason bringen kann. Und es ist für Rudolf Wiethölter die Kunst, die das Zeug hat, das vorgeblich rationale Recht mit seinem Anderen zu konfrontieren. Ist es da Zufall, dass Rudolf Wiethölters rechtstheoretisches Seminar, das er in seinem 100. Semester wie immer mittwochs vormittags in Raum 2.102 des RuW-Hauses³ auf dem Campus Westend der Goethe-Universität in Frankfurt am Main gemeinsam mit Isabell Hensel und Malte Gruber veranstaltet, unter dem Titel „Recht/Literatur“ einer „kunstvollen Theorie des Rechts“ gewidmet ist? Die Veranstalter_innen formulieren in der Ankündigung des Seminars die Absicht, „Poetik, Textualität, Hermeneutik, Narration als Begriffe der Literaturwissenschaften“ auf literarische Elemente im Recht übertragen und die „Wechselwirkungen und Spiegelungen zwischen beiden Disziplinen produktiv“ nutzen zu wollen. Darin scheint mir ein Grundmotiv Wiethölter'scher Aufklärungsarbeit im Recht zum Ausdruck zu kommen: Die Kunst soll Mittel der Veränderung sein. Die ästhetische Reflexion des Rechts kann die blinden Flecke des Rechts ausleuchten und mit der Lüge der reinen Rechtsvernunft Schluss machen. Das Recht, um das aufklärerische Ziel politischer Rechtswissenschaft normativ zu formulieren, darf seine Gewaltförmigkeit nicht verdrängen. Es muss sie reflektieren. Das Recht muss die

1 Theodor W. Adorno, *Minima Moralia*, AGS 4, 143.

2 Rudolf Wiethölter, *Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?*, in: Teubner (Hrg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 1994, 89 ff. (107).

3 Hätte man an der Goethe-Universität einen Sinn für Tradition und Emanzipation müsste die Abkürzung für **Rudolf Wiethölter** stehen. So ist sie ein Akronym für **Recht und Wirtschaft** und damit selbst Ausdruck der ökonomisierten Gewalt des Rechts. Aber was soll man zu einer Universität sagen, die es zulässt, dass ihre Studierenden in Räumen unterrichtet werden, die nach den Sponsoren des Temple of Finance „Deutsche Bank-Hörsaal“ und „DZ Bank Hörsaal“ benannt sind? Wo bleibt die kritische Distanz zur „Staatsmacht [...], zu ökonomischen Mächten (den Unternehmen und dem internationalen Kapital), zu medialen, ideologischen, religiösen und kulturellen Mächten“, die Jacques Derrida (*Die unbedingte Universität*, 2001, S. 14) für freie Wissenschaft einfordert?

Tragödie seiner selbst anerkennen.⁴ Nur so ist Emanzipation möglich.

Entfaltet man dieses Wiethölter'sche Programm einer Rechtskritik als Befreiungsästhetik des Rechts, muss das Recht reflektieren lernen, dass es wesentlich auf Gewalt gründet, dass es Gewaltpotenzial hat. Nur dann kann es schuld-mildernde Umstände geltend machen. Adorno, auf den sich Rudolf Wiethölter immer wieder bezogen hat, spricht darum der Reflexion der Gewalt eine „entsühnende“ Wirkung zu und bezieht sich hierbei auf Nietzsches Moralkritik. Nietzsche habe zwar verkannt, dass die von ihm so scharf kritisierte Sklavenmoral die Herrenmoral, „nämlich die von Herrschaft den Unterdrückten aufgezwungene“, ist. In den Brutalitäten der Nietzscheschen Moralphilosophie läge aber ein wahrer Gehalt: „daß in einer Gesellschaft, die auf Gewalt und Ausbeutung wesentlich gegründet ist, die sich einbekenkende und sich ins Gesicht schauende und, wenn Sie wollen, dadurch ‚entsühnende Gewalt‘ immer noch unschuldiger ist als die, die sich als das Gute rationalisiert.“⁵ Die Schuld wird, so kann man Adorno hier lesen, nie Unschuld werden, nur unschuldiger. Eine Auflösung des Gewaltmoments der kapitalistischen Ordnung ist unmöglich, aber eine Reflexionsarbeit kann schuld-mindernd wirken. Die Voraussetzung ist freilich: mit der Lüge Schluss machen. Das Recht muss seine pathologische Dissonanzreduktion therapieren. Die Verdrängung der Gewalt und der Irrationalität in der Rechtsrationalität hat zur Entfesselung der Gewalt geführt.

1. Ästhetische Reflexion

Wie kann das Recht seinem Gewaltfundament ins Gesicht schauen? Mit Walter Benjamin (und gegen Carl Schmitt)⁶ kann man sagen: indem das Spiel in die Zeit kommt. Wenn das autonome Recht sich ästhetisch reflektiert, ohne Ästhetik zu werden, kann der Funken Chaos in die Ordnung gebracht werden, aus dem ein menschliches Recht entstehen kann. Die Reflexion der Tragödie des Rechts im Recht vermag es, die dämonischen Kräfte des Rechts zu entkräften. Recht als „Überrest der dämonischen Existenzstufe der Menschen“, das Benjamin in Schicksal und Charakter vom Reich der Gerechtigkeit getrennt hat,⁷ ist dem Dämonischen noch nicht entkommen. Recht ist Verdinglichung,

4 Christoph Menke, *Die Gegenwart der Tragödie*, Frankfurt am Main 2005, 13 ff.

5 Theodor W. Adorno, *Probleme der Moralphilosophie*, Frankfurt am Main 2010, 258.

6 Carl Schmitt, *Hamlet oder Hekuba. Der Einbruch der Zeit in das Spiel*, 5. Auf., Stuttgart 2008.

7 Walter Benjamin, *Schicksal und Charakter*, II.1, 171 ff. (174).

Recht ist eine anonyme Matrix, Teil einer „Sumpfwelt“,⁸ Recht ist Schuld. Recht verstrickt Unwissende in eine invisible Willkürwelt der Hypernormierung, die Franz Kafka in ihrer ganzen dumpfen Gewalt beschrieben hat.⁹ Recht ist ein Unglück: „Die Gesetze des Schicksals, Unglück und Schuld, erhebt das Recht zu Maßen der Person; es wäre falsch anzunehmen, daß nur die Schuld allein im Rechtszusammenhang sich fände; nachweisbar ist vielmehr, daß jede rechtliche Verschuldung nichts ist als ein Unglück.“¹⁰ Anders die Tragödie. Erst die Tragödie, nicht das Recht bringt den Genius hervor. Das ist der zentrale Gedanke von Benjamins Trauerspielbuch, und bei allen Parallelen in der Vorgehensweise zu Carl Schmitt: An dieser Stelle treffen beide fundamental gegensätzliche Entscheidungen. Für Carl Schmitt bricht in der Tragödie die „Zeit ins Spiel“ ein; selbst das Schuldtabu im Spiel sei von den Gesetzen der politischen Souveränität her zu verstehen. Benjamin, wenn auch sein Trauerspielbuch von Schmitt inspiriert ist, denkt aber nicht von der Souveränität her, sondern vom Spiel zur Zeit hin. Benjamin fasst Spiel und Rechtsordnung als jeweils autonome Felder. Die Form der spielerischen Betrachtung der Ordnung wird dem Spiel nicht von dieser Ordnung vorgegeben. Benjamin steht in Fundamentalopposition zum souveränistischen Grundverständnis von Carl Schmitt: Nicht die Zeit bricht ins Spiel (Schmitt), sondern das Spiel kommt in die Zeit (Benjamin). Es ist nicht der Souverän, der über den Ausnahmezustand entscheidet (Schmitt), sondern seine Aufgabe ist es, diesen Zustand zu vermeiden (Benjamin).¹¹ Die Vermeidung der Schuldfrage in der Tragödie ist keine Verbeugung der Kunst vor der Souveränität, keine *political questions*-Doktrin der Kunst (Schmitt), sondern die Tragödie ist das andere der Schuld (Benjamin). Die Tragödie ist die Möglichkeit der Befreiung vom Dämonischen, die Option der Entschuldung. Nicht die Autonomie der Kunst ist das Ende der Tragödie (Schmitt), sondern die Autonomie der Kunst ist die Voraussetzung

8 Walter Benjamin, Franz Kafka, GS II.2, 409 ff. (412).

9 „‘Ach so’, sagte K. und nickte, ‚die Bücher sind wohl Gesetzbücher und es gehört zu der Art dieses Gerichtswesens, daß man nicht nur unschuldig, sondern auch unwissend verurteilt wird.‘“ (Franz Kafka, Der Prozeß, Frankfurt am Main 1996, 46).

10 Walter Benjamin, Schicksal und Charakter, GS II, 171 ff. (174).

11 Walter Benjamin, Ursprung des deutschen Trauerspiels, Werke I.1, 204 ff. (245): „... macht zur wichtigsten Funktion des Fürsten, den [Ausnahmezustand] auszuschießen.“ Und gegen Schmitts dezisionistisches *Caesar est dominus et supra grammaticam*: „Der Fürst, bei dem die Entscheidung über den Ausnahmezustand ruht, erweist in der erstbesten Situation, daß ein Entschluß ihm fast unmöglich ist“ (Benjamin, Fn. 11, 250). Zum Vergleich Schmitt-Benjamin siehe Horst Bredekamp, Von Benjamin zu Schmitt, DZPhil 46 (1998), 901 ff., und Samuel Weber, Taking Exception to Decision. Walter Benjamin and Carl Schmitt, in: ders., Benjamin’s -abilities, Harvard 2008, 176 ff.

der Tragödie (Benjamin).¹²

Für Benjamin fordert die Tragödie vom Recht, sich als Gewalt zu erkennen, als Gebiet, „in welchem einzig und allein Unglück und Schuld gelten, eine Waage, auf der Seligkeit und Unschuld zu leicht befunden werden und nach oben schweben.“¹³ Wenn das Recht sich den Spiegel der Tragödie vorhält, wenn das Recht sich als Tragödie begreift, ist Entsöhnung möglich. Das Recht muss das Reflexionsniveau der Tragödie erreichen. Denn

„[n]icht das Recht, sondern die Tragödie war es, in der das Haupt des Genius aus dem Nebel der Schuld sich zum ersten Male erhob, denn in der Tragödie wird das dämonische Schicksal durchbrochen [...] Schuld und Sühne legt sie nicht abgemessen in die Waagschalen, sondern rüttelt sie durcheinander. Es ist gar keine Rede davon, daß die »sittliche Weltordnung« wieder hergestellt werde, sondern es will der moralische Mensch noch stumm, noch unmündig – als solcher heißt er der Held – im Erbeben jener qualvollen Welt sich aufrichten. Das Paradoxon der Geburt des Genius in moralischer Sprachlosigkeit, moralischer Infantilität ist das Erhabene der Tragödie.“¹⁴

Dem Recht, das macht die Tragödie sichtbar, stehen nach der Demontage der mythischen Kosmosordnung letzte Rechtfertigungen im Sinne harmonistischer Ästhetiktraditionen nicht mehr zur Verfügung.¹⁵ Das Recht ist auf Gewalt gebaut.¹⁶ Der Ausweg kann dann sein, dass das dämonische Recht durch ein Recht abgelöst wird, das von sich weiß, ein Recht, das weiß, dass es auf Gewalt gründet, und das weiß, dass seine Rechtskraft jederzeit in Rechtsgewalt umschlagen kann. So kann die Tragödie die zweideutige und dämonische Welt des Rechts durchbrechen: „Das Tragische verhält sich zum Dämonischen wie das Paradoxon zur Zweideutigkeit.“¹⁷ Die Zweideutigkeit des Rechts, die Kontingenzen des normativen Entscheidens sind für Benjamin Ausdruck des Dämonischen der Rechtswelt, Einfallstor für Willkürentscheidungen, die ein Leiden am Recht produzieren. Aus dieser Zweideutigkeit kann die Tragödie den emanzipatorischen Weg weisen, wenn das Zweideutigkeitsparadigma durch eine Reflexion der Paradoxie ersetzt wird. Wenn das Recht seine Gewalt

12 Theodor W. Adorno, *Ästhetische Theorie*, Frankfurt am Main 1970, GS 7, 17: „Ähnlich war die Tragödie, von der die Idee ästhetischer Autonomie abgezogen sein dürfte, Nachbild von als realer Wirkungszusammenhang gemeinter Kulturhandlungen.“

13 Walter Benjamin, *Schicksal und Charakter*, GS II, 171 ff. (174).

14 Walter Benjamin, *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, Fn. 11, 288.

15 Hans-Thias Lehmann, *Theater und Mythos*, Stuttgart 1991, 193.

16 Christoph Menke, *Recht und Gewalt*, Berlin 2011, 7 ff.

17 Walter Benjamin, *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, Fn. 11, 288.

erkennt, kann etwas Neues entstehen, wird Emanzipation denkbarer.¹⁸

2. Die Tragödie des Rechts: Sophokles' Ajax

Spielen wir dem Recht seine Tragödie vor: Sophokles' Ajax. – Zwei rechtliche Fehlentscheidungen prägen das Stück: ein Fehlurteil in einem Streit darüber, wem die Waffen aus dem Kampf zugesprochen werden sollen, und eine Fehlentscheidung, die ein widergesetzliches Bestattungsverbot verhängt. In beiden Fällen ist Ajax das Opfer. – Es ist eine doppelte Entscheidungsgewalt, die Ajax trifft.

Heiner Müller schließt daran in seinem Gedicht „Ajax zum Beispiel“¹⁹ an. Ajax wird einer von uns. Ajax ist bei Müller Opfer moderner Staatsgewalt. Ein „Gemisch aus Gewalt und Vergessen“ – mit anderen Worten: Die Verdinglichung – habe den Betrug der Ordnungen am Menschen möglich gemacht. Das ist die Anklage:

„Im Hotel in Berlin unwirklicher Hauptstadt
Mein Blick aus dem Fenster fällt
Auf den Mercedesstern
Der sich im Nachthimmel dreht melancholisch
Über dem Zahngold von Auschwitz und andere Filialen
Der Deutschen Bank auf dem Europacenter“.

Die Staatsgewalt, schreibt Müller, gehe nicht vom Volke aus, wie es Art. 20 des Grundgesetzes pseudo-rationalistisch und die Gewalt kaschierend ausdrücke, sondern: „Die Staatsgewalt geht vom Geld aus.“ Das Recht ist Teil der dämonischen Ordnungsmächte. Kein Kapitalismus ohne Rechtsgewalt: keine Produktionsmittel ohne rechtliches Eigentum, keine Produktivkräfte ohne Arbeitsverträge, keine militärisch-polizeiliche Interventionspolitik ohne das Mäntelchen des Rechts und den Mantel des Vergessens. Wie ist demokratisches Recht nach Auschwitz möglich? Wie kann man eine Corporate Social Responsibility transnationaler Unternehmen denken, ohne die Linie, die vom Kolonialismus zu „Imperialismus, Neokolonialismus, Transnationalität“²⁰ führt, zu be-

18 Marc Sagnol, Recht und Gerechtigkeit bei Walter Benjamin, in: Demmerling u.a. (Hrg.), Die Gegenwart der Gerechtigkeit, Berlin 1995, 57 ff.

19 Heiner Müller, Ajax zum Beispiel, in: ders., Die Gedichte, Frankfurt am Main 1998, 292 ff.

20 Gayatri Chakravorty Spivak, Alte und neue Diasporas, in: Femenina Politica 2009, 19 ff. (21).

denken?²¹ Müllers Gedicht legt die Farce der Ordnung offen. Wie kann eine Deutsche Bank AG sich in ihren Geschäftsberichten rühmen, die Menschenrechte nach dem Global Compact einzuhalten, und zugleich beteiligt sein an Unrecht weltweit, mitverantwortlich für verantwortungslose Nahrungsmittelspekulationen, die Nahrungsmittelpreise in die Höhe treiben und Menschen ins Verderben? Wenn das Recht schon nicht erkennen kann, dass Menschenrechte zu Merchandisinginstrumenten verkommen, dann muss es wenigstens einen Ekel entwickeln können, einen Ekel gegen sich selbst und gegen die dämonischen Kräfte, die sich seiner bemächtigt haben.²²

Der Dämon ist in der Ordnung des Rechts. Der gesellschaftliche Polytheismus der Götter aus Wirtschaft, Politik, Recht, Religion, Wissenschaft, den auch Max Weber beschrieben hat,²³ entfremdet, dämonisiert und bildet ein fortwirkendes Fundament blutiger Gewalt. Die Tragödie macht diese Gewalt sichtbar. Die Ästhetisierung der Ordnung im Spiel visualisiert das Invisible, zeigt schonungslos das Leiden am Recht.²⁴ Ajax personalisiert dieses Leiden am Recht, er erkennt die Dämonen am Werk – „wenn ein Gott den Schaden stiftet“ (Ajax, 455). Ajax wird vom Dämon Recht gepackt. Er stirbt nicht im Kampf des Feldes, sondern im Kampf mit dem Recht. Ajax, „trefflich vor Männern“, „hoch an Gestalt und hoch an Taten“, der Tapferste nach dem tadellosen Achilles, wie Homer in der Ilias schreibt (II.768, XVII.279), hat alles, was den tragischen Helden ausmacht: „Ajas, dieweil dir ein Gott die Kraft und die Größe verliehen und den Verstand und im Speere der beste bist Du“ (II. VII 288). Obschon der Tüchtigste im Felde, sprechen die Richter nach Achills Tod im trojanischen Krieg nicht Ajax die Waffen des Achill zu, sondern halten Odysseus für den Tüchtigsten. Für Ajax ein demütigendes Falschurteil. Sein Leidlied ist herzerreißend:

21 Sonja Buckel, *Welcome to Europe*, Habilitation 2013, spricht hier von der imperialen Lebensweise als Konstitutionsmoment.

22 Zur Artikulation des Ekels Jacques Derrida, *ECONOMIMESIS*, in: *diacritics* 11 (1981), 3 ff. (21).

23 „Es ist wie in der alten, noch nicht von ihren Göttern und Dämonen entzauberten Welt, nur in einem anderen Sinne: wie der Hellene einmal der Aphrodite opferte und dann dem Apollon und vor allem jeder den Göttern seiner Stadt, so ist es entzaubert und entkleidet der mythischen, aber innerlich wahren Plastik jenes Verhaltens, noch heute. Und über diesen Göttern waltet das Schicksal, aber ganz bestimmt keine Wissenschaft“ (Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7. Aufl., Tübingen 1988, 605).

24 Eine Rechtsästhetik macht eine Perspektive der Befreiung denkbar. Heiner Müller hat die Hoffnung auf die Tragödie freilich aufgegeben: „Eine Tragödie zu schreiben Heilige Einfalt“ (Müller, Fn. 19, 292).

„Aiai! Wer hätte je geglaubt, daß so bedeutungsvoll
mein Name passen würd‘ zu meinem Leid?
Denn jetzt ist’s an der Zeit für mich, zweimal aiai zu schrein
und dreimal; denn in solches Leid gerate ich;
ich, dessen Vater hier aus diesem Land am Ida-Berg
des Heeres ersten, schönsten Heldenpreis errungen hat‘,
und dann nach Hause kam, mit höchstem Ruhm geschmückt;
ich aber, dessen Sohn, bin an denselben Ort
gekommen nach Troja mit nicht geringrer Kraft,
und nicht geringre Taten habe ich erreicht mit meiner Hand,
und doch geh‘ ich von den Argeiern so entehrt, zugrund.
Indes, so viel genau zu wissen, glaube ich,
wenn noch Achill am Leben wär‘ und über seine Waffen selbst,
den Preis des Heldentums jemandem hätte zuerkannt,
kein andrer hätte sie statt mir erlangt.“ (430-443)

Ajax ist kein Atridischer Kohlhaas, kein „Don Quijote rigoroser bürgerlicher Moralität“, ²⁵ der wegen einer eigentumsrechtlichen Nichtigkeit zum Amoklauf der Gerechtigkeit ansetzt, auch wenn Kohlhaas und Ajax verbindet, dass ihr Unheil durch ein falsches Urteil in einem Streit über Vermögenswerte seinen Lauf nimmt. Ajax geht es aber nicht „um’s Prinzip“. Ajax geht es um seine eigene Größe, besser: um seine Ehre. Ajax interessiert sich nicht für das Eigentum an den Waffen. Der Urteilstenor ist ihm egal. Ihm geht es um die Urteilsgründe, die verkannt haben, dass er nach Troja „mit nicht geringrer Kraft“ (437) als kein geringerer als der Kräftigste, Achill, gekommen war. Wie der Fehlspruch entstehen konnte, berichtet Sophokles nur in Andeutungen. Hört man Menelaos, liegt eine Befangenheit nahe, die Richter waren Opfer der Feldzüge des Ajax (1066 ff.). Man könnte, hat man nur Ajax im Blick, aber auch vermuten, „daß er gar nicht einer Manipulation entsprang, sondern einer mangelnden ungleichen Argumentationssituation“, in der nicht der zwanglose Zwang des besseren Arguments entschied, sondern Ajax einfach „dem viel gewandteren Odysseus in der Vertretung seiner Sache unterlegen war.“ ²⁶ Sophokles hielt die Verfahrensfragen für nicht darstellungsbedürftig. Er teilt uns stattdessen mit, dass das Urteil ein Fehlurteil war, eine Ungerechtigkeit. Denn Odysseus selbst lässt Sophokles eingestehen, dass der „weitaus tüchtigste von all den Argeiern, die wir nach Troja hergekommen sind, außer Achill“ (1339-41) Ajax gewesen sei. Ajax gebühren die Waffen, seine Tüchtigkeit

25 So Ernst Bloch über Kohlhaas (ders., Über den Begriff Weisheit (1953), Werke 10, 355 ff. (376)).

26 Christian Meier, Die politische Kunst der griechischen Tragödie, München 1988, 197.

wird im Fehltrug verkannt.

Der Wahnsinn des Ajax ist die Folge dieser Ungerechtigkeit. „Das Gericht“, so schildert Deleuze die Szene, „bricht in die Welt herein, und zwar in der Form des Fehltrugs, das bis zu Wahn und Delirium führt, wenn sich der Mensch über sein Los und das Gottesgericht täuscht, wenn die Form ein anderes Los aufzwingt.“²⁷ Ajax nimmt gedemütigt, ohnmächtig vor Wut wegen des Fehltrugs der Waffen, von Athene mit dem Wahnsinn geschlagen Rache für das Urteil. Ajax' „Fieberanfall“ der Rache²⁸ ist ein Wahnsinn durch Recht. Sophokles macht nicht deutlich, ob Ajax zum Zeitpunkt der Tat noch schuld-fähig oder schon schuldunfähig war.²⁹ Im juristischen Sinn wird auch nicht klar, ob er den Tatentschluss im Zustand der Schuldfähigkeit oder der Schuldunfähigkeit getroffen hat. Sophokles, Nietzsche hebt das plastisch hervor, hat die Tragödie nicht als ein Stück über Schuld und Unschuld angelegt, sondern über das „Abenteuer, zu leben“, das „aus einer unruhigen und kraftvollen Zeit heraus[spreche], die von ihrer Überfülle an Blut und Energie halb trunken und betäubt ist.“³⁰ Nicht die juristische Klärung der Schuldfrage stellt Sophokles ins Zentrum des Stücks, sondern den Wahnsinn am Recht, durch Recht, nach der Fehlentscheidung. Das Unglück am Recht fasst Sophokles nicht in die juristische Kategorie der Schuld, er juridifiziert nicht die Tragödie, sondern nimmt Maß in der Kategorie der *Sophrosyne*: Das dämonische Recht treibt Ajax in den Selbstmord, weil er mit „menschlicher Natur begabt, dann nicht entsprechend einem Menschen weise“ war (758-762).

Auch die zweite Fehlentscheidung in Ajax ist Rechtsgewalt. *Post mortem* wird Ajax Opfer des zweiten Rechtsbetruges: Agamemnon entscheidet aus offensichtlich niederem Rachemotiv, dass Ajax entgegen den Gesetzen der Antigone nicht bestattet werden dürfe. Odysseus' Klage hat hierin ihren Grund: „Und die Gewalt soll keineswegs Dich überwältigen / soweit in Deinem Haß zu gehen, daß du das Recht mit Füßen trittst!“ (1334-5) Das Bestattungsverbot richte „der Götter Gesetz zugrunde“ (1343-4). Auch diese Entscheidung teilt

27 Gilles Deleuze, Schluß mit dem Gericht, in: ders., Kritik und Klinik, Frankfurt am Main 1993, 171 ff (175).

28 Nietzsche, Menschliches, Allzumenschliches, Kritische Studienausgabe Bd. 2, München 1999, 77: „Einen Rachedanken haben und ausführen heißt einen heftigen Fieberanfall bekommen, der aber vorübergeht: einen Rachedanken aber haben ohne Kraft und Muth, ihn auszuführen, heißt ein chronisches Leiden, eine Vergiftung an Leib und Seele mit sich rumtragen.“

29 Reginald Winnington-Ingram, Sophokles, Cambridge 1980, 21 Fn 30.

30 Nietzsche, Morgenröthe, Kritische Studienausgabe Bd. 3, § 240, 201: „so leicht es gewesen wäre, in den genannten Fällen die Schuld zum Hebel des Drama's zu machen, so bestimmt ist dies gerade vermieden.“

Sophokles nur vom Hörensagen mit. Menelaos überbringt das Urteil (1050). Objekt der Entscheidung ist Ajax. In Entscheidungsqualen versetzt werden aber Odysseus und Teukros, die das Urteil für rechtswidrig halten und sich dem Spruch widersetzen wollen. Die „Kollision zwischen mythischer Satzung und Subjektivität“, von der Adorno in der Ästhetischen Theorie schreibt,³¹ trifft Odysseus und Teukros. Diese antagonistische Frage des Rechts stellt sich im Recht: Der Streit um die Bestattung des Ajax ist kein Streit zwischen Macht und Recht, kein Streit zwischen Göttern, sondern ein Konflikt im Recht, eine Kollision von Rechtswelten. Hegel beschreibt das in der Phänomenologie im Blick auf die Orestie: Agamemnon und Odysseus, um den Kampf um's (Bestattungs)Recht antagonistisch zuzuspitzen, haben „gleiches Recht“ und „gleiches Unrecht“.³² Dike spaltet sich auf. Kreons Dike (das positive Recht) und Antigones Dike (das Naturrecht) liegen im Widerstreit und ein Drittes gibt es nicht.³³ Aus dieser Unentscheidbarkeit gibt es kein Entrinnen. Die Paradoxie des Rechts, der Spiegel des Rechts im Recht (oder im Unrecht?) treibt den Kampf im Recht ums Recht immer wieder aufs Neue an. Agamemnon versucht noch, den Streit mit Power Politics und dem alten Hinweis auf die Unveränderlichkeit rechtlicher Entscheidungen, seien sie auch noch so unrecht, stillzustellen:

„Indes dürfte aus solchem Vorgehen niemals
die feste Ordnung entstehen für ein Gesetz,
wenn wir zurückdrängen, die nach dem Recht gesiegt haben
und die von hinten ganz nach vorn führn.“ (1246-1249)

Das, „was den meisten Richtern gefiel“ (1243), müsse, meint Agamemnon, den Ausschlag geben. Man müsse das mit aller Härte und Nulltoleranz durchsetzen. Und Menelaos sekundiert gar, dass das Recht nicht gut gedeihe, „wenn nicht Angst hat ihren festen Platz“ (1072-3). Doch der Versuch schlägt fehl. Die Diskussion über die Rechtskraft/Rechtsgewalt der Entscheidungen lässt sich nicht mehr stillstellen. Sie ist längst Gegenstand öffentlicher Debatte.

Die Tragödie ist jetzt, erst jetzt, auf ihrem Höhepunkt. Nicht die Leiden des Ajax bilden ihren Kern, nicht der Existenzkampf der Subjekte ist ihr Gegenstand, sondern der Existenzkampf des Rechts. Sophokles führt uns eine ästhetische Theorie der Rechtskraft vor, deren Sprengkraft nicht einfach darin liegt, dass (positives) Recht wider (natürliches) Recht, Kreons Dike gegen Antigones

31 Theodor Adorno, *Ästhetische Theorie*, GS 7, 344 f.

32 Georg Friedrich Wilhelm Hegel, *Die Phänomenologie des Geistes*, Frankfurt am Main 1969, 539; instruktive Auseinandersetzung mit der Kollision bei Katrin Trüstedt, *Nomos und Narrative*, in: Augsberg u.a. (Hrg.), *Die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt des Rechts*, München 2012, 59 ff. (64).

33 Lehmann, Fn. 15, 161.

Dike oder *ius* gegen *fas* steht. Die Situation ist für das Recht viel dramatischer: „der Logos des Rechts insgesamt wird in der Tragödie problematisch“. ³⁴ Der ästhetische Diskurs suspendiert den Rechtsdiskurs.

Die tragische Selbsttötung des Ajax, seine rührende Abschiedsrede, in der er voller Tugend sein Schicksal annimmt, entkräftet das dämonische Recht selbst. Ajax' Tod ist die Rettung aus dem Wahnsinn des Rechts. Walter Benjamin beschreibt diesen Moment im Trauerspielbuch als Todeskrise:

„Der tragische Tod hat die Doppelbedeutung,
das alte Recht der Olympischen zu entkräften
und als den Erstling einer neuen Menschheitsernte
dem unbekanntem Gott den Helden hinzugeben. [...]
Tod wird dabei zur Rettung: Todeskrise.“³⁵

Ajax entzieht sich den Konsequenzen des Rechtsunrechts durch Selbsttötung. Das ist kein politischer Selbstmord aus Protest gegen eine ungerechte Ordnung, kein symbolischer Akt, der das Weltschicksal wenden soll, sondern eine im Grunde asoziale Tat: Ajax dreht sich nur um sich selbst. Wie in Heiner Müllers Selbstthematization „ICH AJAX OPFER ZWEIFACHEN BETRUGES“ geht es Ajax um das ICH, nicht um das wir. Und doch führt gerade dieser Selbstmord zur Konfrontation des Rechts mit seiner Gewalt.

Todeskrise ist aber nicht der einzige Weg aus der Rechtsgewalt, den Sophokles aufzeigt. Das Unheil der Selbsttötung trifft Ajax, wie der Seher Kalchas sprach, nur an diesem einen Tag, an dem er „mit menschlicher Natur begabt, dann nicht entsprechend einem Menschen weise“ war (760-1). Anders Odysseus. Auch er ist mit der Rechtsgewalt konfrontiert. Das Bestattungsverbot des Agamemnon verbietet es, den Ajax zu bestatten. Dass sich Odysseus, der seit dem Urteilsspruch über Achills Waffen „diesem größter Feind von den Argeiern“ war (Tukros, 1383), überhaupt für Ajax' Bestattung einsetzt, ist ein Element seiner Größe. Odysseus ist „ein edler Mann“ (Teukros, 1398), der, von der Tüchtigkeit des Ajax bewegt („Ja, Tüchtigkeit siegt bei mir weit über den Haß“, 1357), im Umgang mit dem Justizunrecht einen anderen Weg als Ajax wählt. Er widersetzt sich Agamemnons Recht. Agamemnon wehrt sich, bemüht die Rechtskraft der Entscheidung, die Notwendigkeit politischer Härte. „Uns wirst Du feig erscheinen lassen am heutigen Tag“, fürchtet Agamemnon (1362). Aber Odysseus antwortet unbeeindruckt: „Nein, sondern als gerechte Männer bei allen Griechen.“ (1363) Die Gerechtigkeit wird zur Grenze der Rechtskraft. Ihr muss das Recht sich beugen. Und in einer letzten Steigerung

34 Lehmann, Fn. 15, 161.

35 Benjamin, Ursprung des deutschen Trauerspiels, Fn. 11, 285 f.

macht Sophokles deutlich, dass diese Gerechtigkeit nicht durch die verdinglichten Ordnungen erfahren werden kann, sondern nur gegen sie. Im Bemühen ums Selbst liegt die Gerechtigkeit:

„Agamemnon: Befiehst Du nun, daß ich begraben lasse den Toten?

Odysseus: Gewiß, denn auch ich selbst werde dorthin kommen.

Agamemnon: Alles das gleiche; jeder Mann bemüht sich um sich selbst.

Odysseus: Um wen denn sollte ich mich mehr bemühen als um mich?“ (1364-1367)

Der *actus contrarius* des Agamemnon schafft neues Recht im Durchgang durch die Erfahrung der Ungerechtigkeit. Odysseus und Ajax stellen, jeder auf seine Weise, die Gehäuse der Hörigkeit des dämonischen Rechts als solche infrage. Das Paradoxon ist aber: Die „ungeheure Kluft“, die „zwischen Recht und Gerechtigkeit klafft“,³⁶ bedarf juridischer Mittel, um den Abstand zu verringern. Nur mit ihnen ist eine gesellschaftliche Emanzipation vom Wahnsinn des Rechts möglich. Die Rechtsgewalt kann nur durch ein neues Recht deponiert, der Teufel muss mit dem Beelzebub ausgetrieben werden.³⁷ Die Artikulation der Ungerechtigkeit ist nicht hinreichend, schafft noch keine andere Welt. Trotzdem muss man im juridischen Deutungskampf dem Recht den Spiegel der Gerechtigkeit vorhalten, das alte Recht entkräften und die neue Ordnung wieder in die Rechtsform einführen.³⁸

3. Mimetisches Recht

Der Hinweis auf „Gerechtigkeit“ ist dann nicht der Schlussstein in einer Pyramide der rationalen Rechtsargumentation. Es reicht gerade nicht, eine reflektierende Urteilskraft zu entwickeln, die in entgegengesetzter Richtung zur subsumierenden Urteilskraft das juridisch Besondere zum juridisch Allgemeinen hin denkt.³⁹ Judiz ist keine singuläre Frage des Verstandes. Der Ruf nach Gerechtigkeit ist vielmehr die Artikulation eines Gefühls: Dass Ordnung und

36 Walter Benjamin, Notizen zu einer Arbeit über die Kategorie der Gerechtigkeit, abgedr. in: Frankfurter Adorno Blätter 4 (1995), 41 f. (42).

37 Gunther Teubner, "So ich aber die Teufel durch Beelzebub austreibe, ..." Zur Diabolik des Netzwerkversagens, in: Augsberg (Hrg.), Ungewissheit als Chance. Perspektiven eines produktiven Umgangs mit Unsicherheit im Rechtssystem, Tübingen 2009, 109 ff.

38 Gunther Teubner, *Selbstsubversive Gerechtigkeit*: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, Zeitschrift für Rechtssoziologie 29 (2008), 9 ff.

39 So aber Gottfried Gabriel, Subsumierende und reflektierende Urteilskraft, in: ders. u.a., Subsumtion, Tübingen 2012, 1 ff.

Humanität im Widerspruch liegen. Odysseus' Botschaft ist, dass in diesem Widerspruch das gesellschaftlich Gute nur im Einklang mit der Menschlichkeit entstehen kann. Odysseus bemüht sich um sein individuelles gutes Leben, um das gesellschaftliche Gute zu erreichen und die Ungerechtigkeit zu beenden. Singularität und Repräsentation sind aufeinander angewiesen. An die Stelle des dämonischen Rechts, das sich als unmenschlich und als in Recht gekleidete Gewalt erwiesen hat, setzt Odysseus eine eudämonische Ordnung, die auf dem Gedanken der Menschlichkeit und der Empathie gebaut ist. Odysseus' zentrale Forderung zielt auf die Empathie:

„Hör nun, wage es nicht, bei den Göttern,
den Mann hier auszusetzen unbestattet so ohne Gefühl!“ (1332)

Erst ein menschliches Recht entkräftet das dämonische Recht und ebnet den Weg zu einer neuen Ordnung. Erst diese Lehre aus der Tragödie des Rechts kann zu einer eudämonischen Ordnung führen, die an der Menschlichkeit ausgerichtet ist. Dabei geht es nicht um einen rein kognitiven Vorgang, sondern Odysseus' Klage („ohne Gefühl!“) fordert die Beachtung des Anderen der Rationalität.

Es ist dieses Andere der Rationalität, das Adorno im Gedanken der Mimesis als „das Vorgeistige, dem Geist konträre und wiederum das, woran er entflammt“, artikuliert.⁴⁰ Es sind für Adorno gerade die mimetischen Impulse, die „etwas, das anders wäre als das unsäglich Seiende“ ermöglichen.⁴¹ In der Spannung von Mimesis und Rationalität sucht Adorno einen Prozess zu eröffnen, in dem Mimesis zum „korrektiven Korrelat“⁴² der Rationalität wird. Emanzipatorische Mimesis bricht „den Primat der zweckorientierten Rationalität“⁴³ und etabliert eine Spannung im System. „Der Impuls, die nackte physische Angst und das Gefühl mit den, nach Brechts Worten, quälbaren Körpern“⁴⁴ wird zum Widerspruch der unmenschlichen Ordnung in sich selbst. Mimesis im Sinne Adornos ist dann gerade kein naturalistischer Gedanke eines naiven „zurück zur Natur“.⁴⁵ Eine solch archaische Mimesis, die das Heil in der Nachahmung pseudo-naturalistischer Gegebenheiten verspricht, ist keine zeitgemäße Antwort auf die Herausforderungen ausdifferenzierter Gesellschaft. Es gibt kein Vorrecht wahrer naturalistischer Ordnung vor einem mi-

40 Adorno, *Ästhetische Theorie*, AGS 7, 180.

41 Adorno, *Negative Dialektik*, AGS 6, 395.

42 Josef Früchtl, *Mimesis. Konstellation eines Zentralbegriffs bei Adorno*, Königshausen 1986, 35.

43 Norbert Zimmermann, *Der ästhetische Augenblick*, Frankfurt am Main 1989, 28.

44 Adorno, *Negative Dialektik*, AGS 6, 281.

45 Im Gegenteil ist „Vorwärts zur Natur!“ seine Parole (Adorno, *Der dialektische Komponist*, AGS 17, 198 ff. (202)).

metischen „Doppel“. Im Simulacrum verschwimmen Vorbild und Abbild.⁴⁶ Sobald das gesellschaftliche „Artefakt die Illusion des Natürlichen“ zu erwecken sucht, „scheitert es“, weshalb Adorno in seiner Ästhetischen Theorie den monadologischen Charakter des Kunstwerkes betont („Kraftzentrum und Ding in eins“). Charakteristisch für die emanzipatorische Mimesis ist nicht ein Essentialismus der Kraft sondern ein Prozess geschlossener Offenheit autonomer gesellschaftlicher Formen. Adorno geht es um die Etablierung „eines in sich stillgestellten, kristallisierten, immanenten Prozesses.“⁴⁷ Emanzipatorische Mimesis im Sinne Adornos zielt auf die Etablierung eines subversiven Prozesses,⁴⁸ in dem die Möglichkeit „eines versöhnten Lebens von Freien“ eröffnet⁴⁹ und in dem rücksichtslose Autonomie, „die der Anpassung an den Markt und dem Verschleiß sich entzieht, [...] unwillkürlich zum Angriff“ wird.⁵⁰ Adorno schreibt dabei „jenen Triebkräften, die eruptiv hervorbrechen und gegen das entsetzliche – wie das Leiden anderer – rebellieren“ die Kraft zu, ein menschenwürdiges Zusammenleben zu schaffen.⁵¹ Er geht davon aus, dass die Etablierung einer menschenwürdigen gesellschaftlichen Ordnung „nur möglich sei, wenn die Triebe der Menschen nicht länger unterdrückt sind, sondern erfüllt und freigegeben.“⁵² Auf Odysseus gewendet: Indem er die Gefühllosigkeit anprangert, setzt er im Widerspruch zur dämonischen den Anfang einer neuen Ordnung, die nicht mehr nur kalte Rationalität sondern mimetisch ist. Für das alte Recht gilt entsprechend, was Adorno zur Kunst sagte, dass es „zu tief mit Rationalität durchdrängt“ ist. Nur ein mimetisches Recht, das nicht länger „ohne Gefühl“ ist, kann den Zustand beenden, „daß keine Rationalität bis heute die volle war, keine die ungeschmälert den Menschen, ihrem Potential, gar der ‚humanisierten Natur zugute käme.“⁵³

Und genau dies scheint mir der Kern des Programms Wiethölter'scher Aufklärung des Rechts zu sein: Nicht im „Rechtsmodell eines Gerichtshofes der

46 Martin Jay, Mimesis und Mimetologie, in: Koch (Hrg.), Auge und Affekt, Frankfurt am Main 1995, 175 ff. (176).

47 Adorno, Ästhetische Theorie, AGS 7, 268.

48 Michael Cahn, Subversive Mimesis. Theodor W. Adorno and the modern Impasse of Critique, in: Spariosu (Hrg.), Mimesis in Contemporary Theory, Philadelphia 1984, 27 ff.

49 Adorno, Negative Dialektik, AGS 6, 271.

50 Adorno, Noten zur Literatur III, AGS 11, 425.

51 Mirko Wischke, Eine negativ gewendete Ethik des richtigen Lebens?, in: Schwepenhäuser u.a. (Hrg.), Impuls und Negativität, Hamburg 1995, 29 ff. (34 f.)

52 Adorno, Erziehung zur Mündigkeit, Frankfurt am Main 1971, 102.

53 Adorno, Ästhetische Theorie, AGS 7, 487.

Vernunft – die Geschichte hat uns eines Besseren belehrt⁵⁴ sondern nur in der Freisetzung des „Faktors X“, wie Gunther Teubner ihn nennt,⁵⁵ verbirgt sich die Hoffnung auf ein menschliches Recht. Die Rechtsrationalität ist, anders gesagt, erst dann wahre Rationalität, wenn sie ihre A- und Irrationalitäten reflektiert. Erst so kann der Ermöglichungsüberschuss eintreten, auf dessen subversive Kraft Rudolf Wiethölter setzt, wenn er die „Kontingenzbewältigungspraxis einer ‚kunstvollen‘ Theorie in being“⁵⁶ beschwört, um den Möglichkeitsraum mimetischen Rechts und gesellschaftlicher Emanzipation zu eröffnen.

54 Rudolf Wiethölter, Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?, in: Axel Honneth, Thomas McCarthy, Claus Offe und Albrecht Wellmer (Hrg.), Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main 1989, 794 ff. (812).

55 Gunther Teubner, Verrätselungen und Verhexungen, in diesem Band.

56 Rudolf Wiethölter, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Christian Joerges und Gunther Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 2003, 1 ff. (18).

Klangpotentiale: Eine Annäherung an das Rauschen des Rechts

ISABELL HENSEL

1. Rauschendes zum Fest

Das Motiv des Rauschens bricht mit traditionellen Sinnzusammenhängen. Setzt man am Rauschen an, stellt dies den Wahrnehmungs- und Erkenntnismodus vom Sehen und Verstehen auf ein Hören und Fühlen um. Im Recht weitgehend vernachlässigt, nimmt das Motiv des Rauschens in der Literatur einen zentralen Platz ein. Es kommt immer dann ins Spiel, wenn das Andere, das Natürliche, das Nicht-Rationale, das Nicht-Sprachliche zum Ausdruck gebracht werden soll. Mit dem Rauschen thematisiert man das wandelnde Verhältnis von Mensch/Gesellschaft und Natur.

So finden sich beispielsweise in der klassischen Literatur Bestrebungen, die sich gegen die unberechenbare, rauschende Natur zu behaupten und abzugrenzen suchen, was insbesondere in den Theorien des Erhabenen deutlich wird.¹

*„[...] Wohl hört man die Brandung, wohl kehrt sie zurück,
Sie verkündigt der donnernde Schall -
Da bückt sich's hinunter mit liebendem Blick:
Es kommen, es kommen die Wasser all,
Sie rauschen herauf, sie rauschen nieder,
Den Jüngling bringt keines wieder.“²*

*„Das Wasser rauscht', das Wasser schwoll,
Ein Fischer saß daran,
Sah nach dem Angel ruhevoll,
Kühl bis ans Herz hinan.
Und wie er sitzt und wie er lauscht,
Teilt sich die Flut empor:*

1 Friedrich Schiller, Über das Erhabene, in: ders., Erzählungen, Theoretische Schriften, Sämtliche Werke, Bd. V, Darmstadt, 9. Aufl., 1993, S. 489 ff. Vgl. dazu Susanne Scharnowski, „Es spricht nicht, es rauscht und toset nur!“ Eine kurze Geschichte der Ästhetik des Erhabenen und des Rauschens, in: Andreas Hiepko und Katja Stopka (Hg.), Rauschen. Seine Phänomenologie und Semantik zwischen Sinn und Störung, Würzburg, 2001, S. 44 ff.

2 So der letzte Vers bei Friedrich Schiller nach dem der beherzte Jüngling in die Tiefe taucht um den Becher des Königs zu suchen, ders., Der Taucher (1797), in: ders., Gedichte, Dramen I, Sämtliche Werke, Bd. I, Darmstadt, 8. Aufl., 1987, S. 368-373, Strophe 27.

*Aus dem bewegten Wasser rauscht
Ein feuchtes Weib hervor.
[...] Das Wasser rauscht', das Wasser schwoll,
Netz' ihm den nackten Fuß;
Sein Herz wuchs ihm so sehnsuchtsvoll
Wie bei der Liebsten Gruß.
Sie sprach zu ihm, sie sang zu ihm;
Da war's um ihn gesehn;
Halb zog sie ihn, halb sank er hin
Und ward nicht mehr gesehn.“³
„Stürzen wir uns in das Rauschen der Zeit, /
Ins Rollen der Begebenheit!“⁴*

Die Romantik dagegen stellt auf die sinnliche Dimension des Rauschens ab und benutzt das Motiv, um die Entfremdung im Verhältnis Mensch/ Natur und Gesellschaft/ Mensch auf die Spitze zu treiben und zu beklagen. Im Rauschen kommt hier die Sehnsucht nach Entgrenzung zum Ausdruck.

*„[...]Die Luft ging durch die Felder,
Die Ähren wogten sacht,
Es rauschten leis die Wälder,
So sternklar war die Nacht.[...]“⁵
„[...]Wie bald, ach wie bald kommt die stille Zeit,
Da ruhe ich auch, und über mir
Rauscht die schöne Waldeinsamkeit,
Und keiner kennt mich mehr hier.“⁶
„[...] Ihr Wipfel und ihr Brunnen, rauscht nur zu
Wohin Du auch in wilder Flucht magst dringen:
Du findest nirgends Ruh! [...]“⁷*

3 Johann Wolfgang von Goethe, *Der Fischer* (1779), in: ders., *Gedichte und Epen I*, Werke, Hamburger Ausgabe, Bd. 1, München, 1998, S. 153 f., Strophen 1, 4.

4 Nach Abschluss von Pakt und Wette entsagt Faust dem Wissen zugunsten der Sinnlichkeit, der abgeschiedenen Gelehrtenexistenz zugunsten der Welt, Johann Wolfgang von Goethe, *Faust. Eine Tragödie* (1808), in: ders., *Werke. Dramatische Dichtungen*, Hamburger Ausgabe, Bd. III, München, 1986, S. 58, 1754, 1755 („Studierzimmer“).

5 Joseph von Eichendorff, *Mondnacht*(1837), in: ders., *Gedichte*, Frankfurt/M. 1977, Strophe 2.

6 Joseph von Eichendorff, *In der Fremde* (1841), in: ders., *Werke., Gedichte*, hrsg. v. Hartwig Schulz u.a., Frankfurt/M., 1987, S. 281, Strophe 2.

7 Joseph von Eichendorff, *Die Heimat* (1841), in: ders., *Werke, Gedichte*, hrsg. v. Hartwig Schulz u.a., Frankfurt/M., 1987, S. 1019, aus Strophe 3.

„Lass rauschen, Lieb, laß rauschen“⁸

„Ströme rauschen herab dir in das finstre Tal,
Brechen zwischen den Lasten sich
Welche spielende Flut von dem Gebürge riß
Und des eilenden Sturmes Grimm.“⁹

„Branden die Wellen, die wilden Wellen; / Sie rauschen
und murmeln / Mir heimlich ins Ohr“¹⁰

„[...]flüsternd und rauschend wunderbare Stimmen durch Baum und
Gebüsch.“¹¹

„Hörst du wie die Brunnen rauschen,
Hörst du wie die Grille zirpt?
Stille, stille, laß uns lauschen,
Selig, wer in Träumen stirbt.“¹²

„Es spricht nicht, es rauscht und toset nur![...] unheimlich rauschend,
sein Heimathsdorf zu überfluten begannen.“¹³

„Jetzt hätte es dort aufrauschen müssen, und wie der wühlende Maulwurf
weiche Erdwellen aufwerfend den Kopf aus den Schollen hebt, so hätten sich
die triefenden Mähnen und rosigen Nüstern der scheckigen Pferde herausheben
müssen, und die weißen Hände, Arme und Schultern der Nereiden, ihr flutendes
haar und die zackigen, dröhnenden Hörner der Tritonen.“¹⁴

-
- 8 Anonymes Volkslied, Lass rauschen, Lieb, laß rauschen, in: Des Knaben Wunderhorn (1806), Gesammelt von Achim von Arnim und Clemens Brentano, Frankfurt/M., 1976, S. 25 f.
- 9 Novalis, Der Harz, in: Novalis Schriften. Die Werke Friedrich von Hardenbergs, Historisch-kritische Ausgabe (HKA) in vier Bänden, hrsg. v. Richard Samuel, Stuttgart u.a., S. 465 f., Strophe 3.
- 10 Heinrich Heine, Nachts in der Kajüte, Die Nordsee, 1. Zyklus (1825-1826), in: ders., Buch der Lieder, Heines Werke in Einzelausgaben, hrsg. v. G. Bogeng, Hamburg/Berlin.
- 11 E.T.A. Hoffmann, Die Elixiere des Teufels (1815), in: Nachgelassene Papiere des Bruders Medardus eines Kapuziners, hrsg. v. Verf. der Fantasiestücke in Callot's Manier, Berlin, Bd. 1, Kap. 1.
- 12 Clemens Brentano, Hörst du wie die Brunnen rauschen (um 1811), in: ders., Gedichte 1804-1815, Werke, Bd. I, hrsg. v. Wolfgang Frühwald/ Bernhard Gajek/ Friedhelm Kemp, München, 1968, S. 252.
- 13 Theodor Storm, Der Schimmelreiter, Novelle (1888), hrsg. v. Joseph Kiermeier-Debre, München, 1997, S. 129.
- 14 Hugo von Hofmannsthal, Das Glück am weg (1893), in: ders., Erzählungen. Erfundene Gespräche und Briefe. Reisen, Gesammelte Werke, hrsg. v. Bernd Schoeller, Bd. VII, Frankfurt/M., 1979, S. 33-37, S. 33 f.

In Abkehr von einer sentimentalen Romantik thematisiert die Literatur der Moderne mit dem Rauschen dagegen eine Naturentfremdung in dem sie die Seelen- und Sprachlosigkeit der Natur herausstellt. Sie plädiert für einen emanzipativen Prozess der Naturaneignung und -beherrschung. Die Versachlichung führt schließlich zur Erschließung neuer literarischer Resonanzräume des Urbanen und Medialen.¹⁵ Mit den neuen Bezugsquellen der akustischen Kommunikations- und Unterhaltungsmedien, wie Plattenspieler, Telefon, Maschinen, Verkehr, Großstadtsphären wird Rauschen zum Symbol für eine Menschenentfremdung durch Technik und Anonymität.

*„Da rauscht der Bach und dich, (der du ihn hörst)/
dich weiß er nicht.[..]“¹⁶*

„[...Kafka, der in seinem Traum zwei Telefonhörmuscheln an die Ohren hält und eine bestimmte Nachricht verlangt, kann aus dem Telefon nichts anderes hören als] einen traurigen, mächtigen wortlosen Gesang und das Rauschen des Meeres. Ich begriff wohl, daß es für Menschenstimmen nicht möglich war, sich durch die Töne zu drängen[...].“¹⁷

„Dieses ununterbrochene Telefonieren hören wir in den hiesigen Telefonen als Rauschen und Gesang, das haben Sie gewiß auch gehört. Nun ist aber dieses Rauschen und dieser Gesang das einzig Richtige und Vertrauenswürdige, was uns die hiesigen Telefone übermitteln, alles andere ist trügerisch.“¹⁸

„[...] die Stille ließ das Blut in seinem Kopf brausen, er hörte es wie unterirdisches Wasser in seinen Ohren vorbeirauschen.“¹⁹

*„Hörst du Geliebte, ich hebe die Hände –
hörst du: es rauscht...
Welche Gebärde der Einsamen fände
sich nicht von vielen Dingen belauscht?
Hörst du, Geliebte, ich schließe die Lider
und auch das ist Geräusch bis zu dir.
[...]*

15 Dazu Katja Stopka, Semantik des Rauschens. Über ein akustisches Phänomen in der deutschsprachigen Literatur, München, 2005, S. 164.

16 Rainer Maria Rilke, Da rauscht der Bach (1913), in: ders., Sämtliche Werke in sechs Bänden, hrsg. vom Rilke-Archiv, Frankfurt/M., Neuaufl., 1987, Bd. II, S. 391.

17 Franz Kafka, Briefe an Felice vom 22. zum 23. Januar 1913, in: ders., Briefe an Felice, hrsg. v. Max Brod und Erich Heller, Frankfurt/M., 1967/1996, S. 264.

18 Franz Kafka, Das Schloß, hrsg. v. Max Brod, Fischer Taschenbuchverlag, Frankfurt/M., 1996, Kap. 5, S. 72.

19 Georg Heym, Der Dieb (1913), in: ders., Der Dieb. Ein Novellenbuch, München, 1995, S. 29-54, S. 37.

*Der Abdruck meiner kleinsten Bewegung
bleibt in der seidenen Stille sichtbar;
unvernichtbar drückt die geringste Erregung
in den gespannten Vorhang der Ferne sich ein.*

[...]

*Nur die ich denke: Dich
seh ich nicht.*²⁰

“Wieder die Stille. Gott weiß, wer sie machte. Dann rührten sich die Leute, stießen aneinander, entschuldigten sich, hüstelten. Schon wollten sie in ein allgemeines verwischendes Geräusch übergehen, da brach plötzlich die Stimme aus, entschlossen, breit und gedrängt:

*»Du machst mich allein. Dich einzig kann ich vertauschen. Eine Weile bist du, dann wieder ist es das Rauschen, oder es ist ein Duft ohne Rest. [...]«*²¹

*„Wie Meer, wie Flut wie Brandung klingt es von unten in ebenmäßigem Rauschen herauf. Man beugt sich vor: ist es wirklich das Meer, das ferne? Nein nur die Maschinen rauschen so von einem Hof herauf, die hier in diesen Riesenhotels tausendfache Arbeit verrichten.“*²²

Die Darstellung des pathologischen Zustandes findet schließlich in den Laut- und Simultangedichten der Dada-Bewegung und der Musik John Cages einen Höhepunkt. Verse ohne Worte, Musik ohne Ton machen das Rauschen erfahrbar.

*„Grausen
Ich und Ich und Ich und Ich
Grausen Brausen Rauschen Grausen
Träumen Splittern Branden Blenden
Sterneblenden Brausen Grausen
Rauschen
Grausen
Ich.“*²³

20 Rainer Maria Rilke, Die Stille, in: ders., Buch der Bilder, Sämtliche Werke in sechs Bänden, hrsg. vom Rilke-Archiv, Frankfurt/M., 1955, Bd. I, S. 379.

21 Rainer Maria Rilke, Die Aufzeichnung des Malte Laurids Brigge (1910), in: ders., Sämtliche Werke in sechs Bänden, hrsg. vom Rilke-Archiv, Frankfurt/M., Neuaufll., 1987, Bd. VII, S. 707-946, S. 756.

22 Das Fremde wird zum Schlüsselbegriff der Welterfahrung, vgl. Stefan Zweig, Der Amokläufer (1922), 2004, S. 142.

23 Auf dem Weg zum Dadaismus findet man bereits syntaktische Reduktionen bei August Stramm, Angststurm (1914), in: ders., Tropfblut, Berlin, 1988, S. 35.

2. Vom Sehen zum Hören

*„Meine Seele, ein Saitenspiel,
sang sich, unsichtbar berührt,
heimlich ein Gondellied dazu,
zitternd vor bunter Seligkeit.*

– Hörte Jemand ihr zu? ...²⁷

*„[...] und wo auch Pflanzen nur rauschen,
klingt immer eine Klage mit.²⁸*

War die abendländische Kultur anfangs noch eine des Hörens, wie man in Nietzsches Arbeiten über die Empfänglichkeit der griechischen Gesellschaft für die Musik nachlesen kann,²⁹ verschiebt sich mit dem Aufstieg der Philosophie und den Wissenschaften der Wahrnehmungsmodus hin zum Sehen und Erkennen.³⁰ Mit Platons Ideenevolution behauptete sich die Zeugenschaft der Augen. Der Weg aus der Dunkelheit der Höhle war schließlich mit der Lichtmetaphorik der Aufklärung beschlossen. In Anlehnung an Aristoteles sah Kant in dem durch die Augen geschaffenen Abstand zur Welt die Voraussetzung dafür, eine Beziehung zu den äußeren Dingen, die Trennung von Subjekt und Objekt zu denken.³¹ Erst durch diese Distanz und Abstrahierung und die Erfindung der Unabhängigkeit der Wahrnehmung von jeglichen Empfindungen und Affekten konnten Gestalt und Begriff der Welt entstehen. Das Auge der Vernunft speiste sich aus dieser Vorstellung von den Dingen. Der Vollzug des Sehens lieferte die notwendige Zeit-Raum-Konstante, ein „Immer-schon-Gewesenes“, während das Hören dem danach willkürlichen Drang der Töne ausgeliefert war. Das Sehen

27 Friedrich Nietzsche, Kritische Studienausgabe (KSA) VI, Wagner als Gefahr, Intermezzo, S. 420 f., 421.

28 Walter Benjamin, Über die Sprache und über die Sprache des Menschen, in: ders., Gesammelte Schriften, hrsg. v. Rolf Tiedemann und Herman Schweppenhäuser, Frankfurt/M., 1977, Bd. II.1, S. 155.

29 Nietzsche, KSA I, Die Geburt der Tragödie, Deutscher Taschenbuchverlag, S. 9-156, in der er die Entstehung der Tragödie aus der Musik herleitet.

30 Vgl. Heraklits Kritik an dem Erfinder der Sphärentheorie Pythagoras, Heraklit, Fragmente, Sammlung Tusculum, hrsg. v. Bruno Snell, Zürich und München, 14. Aufl., 2007, B 40, 41; B 81 („Pythagoras ist der Anführer der Schwindler“); B 101a („Denn Augen sind genaure Zeugen als die Ohren“).

31 So Aristoteles, Das Sehen ist die Wahrnehmung im höchsten Maße, De anima, 429a und Immanuel Kant, Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, hrsg. von Reinhard Brandt, Hamburg, 2000, S. 19.

wurde so zum Inbegriff des Erkennens und zur Instanz der Rationalität.³²

Während schon erste Zweifel an dieser Sonderstellung der visuellen Wahrnehmung bei Sokrates zu finden sind, der ein Proömium auf Apoll, den Gott der Musik verfasst,³³ tritt das Misstrauen in der Romantik und in der Philosophie mit Nietzsche auf. Das Sehen als Primärsinn der Aufklärung kann das Andere nicht mehr erkennen, ist blind, der Vernunft verhaftet, kann das Arationale nicht mehr erfassen.³⁴ Der Abstand, die Trennung des Ichs von der Welt, wird zum Wahrheitsproblem. Die Grenzen der sehenden, vernünftigen Erkenntnis werden zum Thema. „Hätten wir keine Augen, so wäre der Unterschied zwischen der Welt und mir niemals entstanden,“ heißt es bei Gustav Landauer.³⁵ Das Repräsentationskonzept der Aufklärung gerät ins Schwanken und neue Wahrnehmungsmechanismen, insbesondere der Gehörsinn geraten in den Fokus der Aufmerksamkeit.

Zwar kann auch das Hören ergänzend die Trennung von Subjekt und Objekt mit vollziehen, immer dann, wenn das Hören durch das Sehen vermittelt ein innerliches schon Gesehenhaben ist und sich auf gesehene Begriffe und Bilder bezieht. Sprache ist eine solche Verbindung von Sehen und nachvollziehendem Hören.³⁶

Jenseits dieser Begriffs- und Bilderwelt kommt aber die Bedeutung des Hörens zum Tragen, wenn nämlich die Grenzen des Sehens und der Sprache überschritten und Klangwelten betreten werden. Die Rede ist dann von einem Jenseits der Objekt-Sprache, von Verweisungsüberschüssen, vom Rauschen, das sich nicht mehr in die Begriffs- und Ideensysteme einordnen lässt. Die akustische Affektion, die Schwingung, der Klang treffen ungefiltert und distanzlos auf das Ohr. Die Ohren erfassen die Dreidimensionalität des Raumes und die Dynamik der Zeit.³⁷ Sie können sich nicht wie die Augen selbst ver-

32 Vgl. Foucaults Modell des Tableaus, ders., Die Ordnung der Dinge. Eine Archäologie der Humanwissenschaften (1966), Frankfurt/M.

33 Piaton erzählt, Phädon 60, e ff. (6-7), Sokrates habe im Gefängnis Aesopische Fabeln in Versen wiedergegeben, dazu ein Proömium auf Appollo gedichtet, dessen Fest ihn am Sterben gehindert habe.

34 Susanne Scharnowski, Wahrnehmungsschwellen. Krise des Sehens und Grenzen des Ich bei Eduard von Keyserling, in: Nicholas Saul, Daniel Steuer, Frank Möbus und Birgit Illner (Hg.), Schwellen. Germanistische Erkundungen einer Metapher, Würzburg, S. 46-61.

35 Gustav Landauer, Skepsis und Mystik, Versuche im Anschluss an Mauthners Sprachkritik (1903), Münster, 1978, S. 54.

36 Siehe dazu den sprachkritischen Ansatz bei Gustav Landauer, Fn. 35.

37 Christoph Wulf, Das mimetische Ohr, in: Paragrana. Internationale Zeitschrift für Historische Anthropologie 2, 1993, S. 9-14, S. 11.

schließen. Die Ohren bezeichnen ein Ausgeliefertsein, eine Unmittelbarkeit. Rilke spricht von dem „Gehör als heroische Öffnung auf Unordnung und Konfusion“ und schreibt: „ist da ein Geräusch, so geb ich mich auf und bin dieses Geräusch.“³⁸ Das Hören wird zum Verbindungs- und Vermittlungselement für das Andere. Die Welt wird über Geräusche, das Rauschen zugänglich. „Geräusche verweisen gleichzeitig auf das Außen der Welt und das Innen des Hörenden, so bilden sie ein ‚Dazwischen‘, eine ‚Schwelle‘ der Repräsentation.“³⁹ Und Nietzsche knüpft an Schopenhauer an, wenn er schreibt, dass der Ton „verbindet, während das Auge trennt“.⁴⁰ So gehört bei Nietzsche der Ton nicht der Erscheinungswelt an, sondern „dem Nieerscheinenden“.⁴¹

Der Ton steht bei Nietzsche für das, was Christoph Menke und Gunther Teubner als das Nichtkommunizierbare „zwischen den Zeilen“ der Literatur suchen,⁴² was Marie Theres Fögen als ein Tertium des Gesetzes des Rechts, das weder empirisch noch metaphysisch adäquat beschreibbar ist, bezeichnet,⁴³ was in vielen Zusammenhängen als das „Dazwischen“ reformuliert wird⁴⁴ und was Wiethölter gerne als den Faktor X des Rechts benennt. Während vorausgehende Formeln dieses Arationale des Rationalen mit einem Platzhalter besetzen, wird dies im Ton konkret. Der Ton, die (ideale) Musik sind bei Nietzsche „Symbolik der Triebe“, das andere des Verstandes.⁴⁵ In ihr „wird die

38 Rainer Maria Rilke, Lou Andreas Salomé: Briefwechsel (1914), hrsg. v. Ernst Pfeiffer, Frankfurt a.M. und Leipzig, 1989, S. 337.

39 Christoph Wulf, Fn. 37, S. 13. Vgl. auch Peter Ablinger, Hören um zu sehen, in: ders. (Hg.), Bilder – Verbot und Verlangen in Kunst und Musik, 2000. „Die Stille von John Cage ist ein offenes Ohr für den Ton der Welt.“, formulierte Boris Parena 1978 zur Vorstellung des Komponisten im Rahmen der Musikfestspiele von Bologna. Daniel Charles: John Cage oder Die Musik ist los, Berlin, 1979, S. 9.

40 Nietzsche, KSA VII, 16 [13], S. 397.

41 Nietzsche, KSA VII, 16 [13], S. 397.

42 Gunther Teubner spricht von Literaturrecht, ders., Das Recht vor seinem Gesetz. Zur (Un-)Möglichkeit kollektiver Selbstreflexion der Rechtsmoderne, in: Stefan Keller und Stefan Wiprächtiger (Hg.), Recht zwischen Dogmatik und Theorie: Marc Amstutz zum 50. Geburtstag, Baden-Baden, 2012, S. 277-296. Zu den Selbstreflexionsmechanismen der Literatur im Vergleich zum Recht, Christoph Menke, Recht und Gewalt, Berlin 2011.

43 Marie Theres Fögen, Das Lied vom Gesetz, hrsg. v. Heinrich Meier, 2007, München, S. 89.

44 So bspw. Marc Amstutz, Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: Christian Joerges und Gunther Teubner (Hg.), Rechtsverfassungsrecht, Baden-Baden, 2003, S. 213-237.

45 Nietzsche, KSA VII, 1 [49], S. 23; 19[66], S. 440.

Stimme der Wildniß vernehmlich“.⁴⁶ Die Musik ist die Mutter der Tragödie, in der der Chor als „Resonanzbogen“ der Welt der Triebe dient.⁴⁷ So spürt denn auch Adorno dem „Triebleben der Klänge“ nach.⁴⁸ Nur um über das „fortwährende Leiden des Triebes hinauszukommen“,⁴⁹ wurde das die Formen sehende Auge geschaffen. Aus dem Mangel an Musik ging Dialektik hervor und wenn bei Sokrates das Prinzip der Wissenschaft in die Tragödie eindringt, wird damit der Trieb, das Unbewusste mit dem willkürlichen Menschenverstand bekämpft und vernichtet.⁵⁰ Nur wenn der Verstand sein Anderes bekämpft, ist so etwas wie gedachte Erkenntnis als von Menschen zum Schutz vor ihren Trieben und der Natur gemachte Wahrheit möglich. Das Rationale blendet dabei das Arationale aus, um sich selbst zu plausibilisieren. Dies weist Nietzsche der in diesem Sinne mangelhaften apollinischen auf Präsentation und Sprache gerichteten Musik nach. Die Erkenntniskrise nimmt hier aber ihren Lauf.

Im Idealfall der Musik, der dionysischen Musiktragödie, in der die Sprache der Musik nachgeordnet ist, findet nach Nietzsche eine Vereinigung mit dem „Ur-einen“, die Überwindung der Differenz zwischen Verstand und Trieb statt.⁵¹ Der apollinische Rückgriff auf Sprache und Abbild diene lediglich dazu, den Zuhörer mit einer scheinbaren Ordnung bei Laune zu halten, die Täuschung müsse aber über die Musik offengelegt werden.⁵² Musik hat danach einen privilegierten, weil instinktiven Zugang zur Welt, während Sprache Reproduktion bleibt. Nur im Klang der Worte, ihrer Musik kommt Gefühl zum Ausdruck. Die Vernunft wird bei Nietzsche mit ihrer Arationalität konfrontiert.

3. „Zwischentöne“: Musik und Logos

Dies ist die „Doppelheit der Sprache“⁵³, die Duplizität von Musik und *logos*. Rudolf Wiethölter erklärt dies unter Bezug auf Nietzsche in den Runden des

46 Nietzsche, KSA VII, 1[35], S.19.

47 Nietzsche, KSA I, 1[16], S. 107; VII, 1[7], S. 13; 1[40], S. 20.

48 Theodor W. Adorno, Der dialektische Komponist, in: ders., Musikalische Schriften, Bd. IV, hrsg. v. Rolf Tiedemann, Gesammelte Schriften Bd. 17, Darmstadt, Lizenzausgabe 1998, S. 198-203, S. 201.

49 Nietzsche, KSA VII, , 16[13], S. 397.

50 Nietzsche, KSA VII, 1[15], S. 14; 1[27], S. 17; 19[66], S. 440.

51 Nietzsche, KSA I, Die Geburt der Tragödie, S. 9-156.

52 Vgl. dazu Stefan Lorenz Sorgner, Musik und Ethik in Nietzsches Geburt der Tragödie, in: Volker Gerhardt und Renate Reschke (Hg.), Friedrich Nietzsche: Zwischen Musik, Philosophie und Ressentiment, Berlin, 2006, 59-76, S. 75.

53 Nietzsche, KSA VII, 12[1], S. 360 ff.

Frankfurter Privatrechtstheoretischen (Mittwoch-)Seminars zum Thema post-moderner Rechtstheorie in Abkehr von gängigen „*logos gegen logos*“-Ansätzen. Dies führt in konsequenter Weiterführung des Ansatzes Recht/ Literatur zu den poetischen und/als musikalischen Bestimmungen des Rechts.⁵⁴ Aus dem Blickwinkel der Musik und weiter ihres Verhältnisses zur Sprache lässt sich eine neuere Tendenz in der Rechtstheorie verstanden als Gesellschaftstheorie näher beleuchten, nämlich der Ansatz eines neuen Materialismus, der sich von einem individualbezüglichen Materialismus im traditionellen Sinn radikal unterscheidet und seine sinnlich-gegenständliche Tätigkeit in den Mittelpunkt rückt. Dieser „Neomaterialismus“ hat ein Interesse an den „Stoffen“⁵⁵ des Rechts – seinen gesellschaftlichen und natürlichen Grundlagen und fragt in der Folge nach den Erkenntnis- und Reflexionsmöglichkeiten des „Form“-bearbeitenden Rechts. Ästhetische Rechtsreflexion wird zum Schlüsselbegriff.⁵⁶ „Die Subjekte sind nicht mehr greifbar, aber noch spürbar.“⁵⁷ An dieser Aussage Rudolf Wiethölter müsste sich eine empathische Rechtstheorie und -praxis, die einfühlen, einvernehmen und zuhören kann, abarbeiten. Die Forderung, Gefühl und Empfindsamkeit des Rechts auszubilden, muss die Nähe des Fühlens zum Hören mitbedenken. Ein „Wachsen im Gefühl“ scheint über den Gehörsinn „als Tor zur Welt“⁵⁸ möglich. Das Ohr wird zum „ikonischen Gegenbild. Das erst setzt einen Kontrapunkt zu den sog. *linguistic* und *iconic turns*.⁵⁹

Die Geschichte der Gefühle zeigt sich nicht nur in Formen ihrer Vertextung und Verbildlichung, sondern über ihr Abbild hinaus in der Musik. Die Ästhetik des Rauschens ist zugleich Sprach- und Erkenntniskritik, der Nachweis ihrer Unmöglichkeit. Nietzsche spricht von der „unvernünftigen Vernunft“⁶⁰ und

54 Vgl. Rudolf Wiethölter, Rechtsstaatliche Demokratie und Streitkultur, in: Kritische Justiz, 1988, S. 403 ff., 406.

55 Christoph Menke, Stoff und Form, Die doppelte Reflexion des Rechts, i.E.

56 Vgl. zu solchen Reflexionsmechanismen, die auf einer Ästhetik begründet sind, Christoph Menke, Recht und Gewalt, Berlin, 2011; ders., Die Souveränität der Kunst. Ästhetische Erfahrungen nach Adorno und Derrida, Frankfurt/M., 1991; Andreas Fischer-Lescano, Rechtskraft, i.E.

57 Rudolf Wiethölter, Rechtsstaatliche Demokratie und Streitkultur, in: Kritische Justiz, 1988, S. 403ff., 407. Vgl. auch das Thema des Privatrechtstheoretischen Seminars an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/M. im Wintersemester 2012/13 „Recht/Literatur“.

58 Georg Mohr, Das Gehör als Tor zur Welt. Mahlers Dritte Symphonie als Musik über Musik, in: Nachrichten zur Mahler-Forschung 48, 2003, S. 3-22.

59 Siehe bspw. Hubert Burda und Christa Maar (Hg.), Iconic turn, Köln, 2004; Michael Stolleis, Das Auge des Gesetzes, München, 2004; Fabian Steinhauer, Bildregeln, Studien zum juristischen Bilderstreit, München 2009.

60 Nietzsche, KSA III, Morgenröthe, S. 116.

kritisiert, dass „die Oberflächlichkeit unseres Intellekts“ zu einer „fortwährenden Illusion“ führe: „d. h. wir brauchen, um zu leben, in jedem Augenblicke die Kunst. Unser Auge hält uns an den *Formen* fest. Wenn wir es aber selbst sind, die allmählich uns dies Auge anerkennen haben, so sehen wir in uns selbst eine *Kunstkraft* walten. Wir sehen also in der Natur selbst Mechanismen gegen das absolute *Wissen*: der *Philosoph erkennt die Sprache der Natur* und sagt: ‚wir brauchen die Kunst‘ und ‚Wir bedürfen nur eines Theils des Wissens‘.“⁶¹

Ein so kombinierter Ansatz hat romantische und aufklärerische Anklänge. Er thematisiert zugleich Einheit und Differenz von Unordnung/ Ordnung – Entgrenzung/ Entfremdung – Natur/ Kultur – Nichtartikulierbarem/ Artikulierbarem – Nichtrecht/Recht – Musik und Sprache⁶². Ist das eine neoromantische Wende?

Annäherungen an das Bewegungskonzept Adam Müllers werden deutlich, wenn er der Starrheit der vordergründig bleibenden Sprache die Dynamik des Hörens und die Unmittelbarkeit des Vernehmens gegenüberstellt. „Denn deshalb, weil wir beschreiben wollen und während unserer Beschreibung steht die Welt nicht still.“⁶³ In der Wechselwirkung von Aufklärung und Sentimentalität,⁶⁴ von Realismus und Idealismus,⁶⁵ von Erkenntnis und Gefühl, von Kunst- und Naturempfindung, von „Blume und Antiblume“⁶⁶, Starrheit und Dynamik, vom Reden und Hören,⁶⁷ von Leben und Begriff wird der Begriff zur lebendigen Idee.⁶⁸ Zudem lässt sich auch an Motive Walter Benjamins anknüpfen, wenn er von der onomatopoetischen, lautmalerischen Sprache spricht.⁶⁹ Die Sprache fungiert danach als „Träger“ nicht rationaler Kommunikation, ist Mi-

61 Nietzsche, KSA VII,19 [49], S. 435.

62 Zu einer Ästhetik des Inkohärenten Jürgen H. Petersen, Grundzüge einer Ästhetik des Inkohärenten in Romantik und Moderne, in: Silvio Vietta und Dirk Kemper (Hg.), Ästhetische Moderne in Europa, Grundzüge und Problemzusammenhänge seit der Romantik, München, 1997, S. 179-196.

63 Adam Müller, Die Lehre vom Gegensatz, 1. Buch, Der Gegensatz, in: Adam Müller, Kritische/ ästhetische und philosophische Schriften, Bd. II, hrsg. v. Walter Schroeder und Werner Siebert, Neuwied/ Berlin, 1967, S. 202.

64 Adam Müller, Ebenda, S. 213, 202 f.

65 Adam Müller, Ebenda, S. 211.

66 Adam Müller, Ebenda, S. 239. „Jeder Gegensatz in der Anordnung der Blätter und in der Farbe, den das Auge unterscheidet, wird durch die wollüstige Atmosphäre von Duft unmittelbar wieder aufgelöst und steigt in lebendiger Gestalt wieder auf.“

67 Adam Müller, Ebenda, S. 217 f.

68 Adam Müller, Ebenda, S. 57 f.

69 Walter Benjamin, Über das mimetische Vermögen, in: ders., Gesammelte Schriften, hrsg. v. Rolf Tiedemann und Hermann Schwepenhäuser, Bd. II.1, Frankfurt/M., 1977, S. 210-213, S. 212.

mesis außersprachlicher akustischer Phänome, ist Dingsprache.⁷⁰ In ihr kommt für den magischen, flüchtigen Moment der Rede oder Lektüre jenseits des benannten Inhalts etwas Unaussprechliches, eine Stimmung, Atmosphäre unmittelbar, ohne den Umweg über das Sinnmedium zum Ausdruck. Dieses latente Andere der Sprache setzt vor dem Benennen ein Vernehmen voraus. Dem Wort-Symbol wird ein Anderes zur Seite gestellt. Die Musik der Sprache (des Rechts) als Musik des Anderen der Vernunft?

4. Berauschte Theorie oder das Rauschen der Umwelten

Aufs Recht gewendet führt das zu der Frage, ob ein Rechts(-theorie-)programm „Musik und *logos*“ denkbar ist, das Rauschen als ästhetische Kategorie einführt.⁷¹ Niklas Luhmann spricht vom Rauschen der Umwelten, Michel Foucault „vom ordnungslosen Rauschen der Diskurse“⁷² und Walter Benjamin vom Rauschen der Natur⁷³. Dies ist Anlass, von einem Verstehen auf ein Vernehmen – ein Hin-Hören, Hin-Lauschen umzustellen.

So geht denn auch Marie Therese Fögen davon aus, dass dem Gesetz „ohne alle Metaphysik, ohne Gott, ohne Gerechtigkeit, ohne Glauben“ die Musik fehle: „Im Gesetz, so scheint es, herrscht Totenstille.“⁷⁴ Das rationale Recht ist ohne sein Arationales, ohne die Musik bloße inhaltsleere Leerformel.⁷⁵ Die Frage muss sich also anschließen, wie das Rauschen der Umwelten zur Musik für das autopoietische Recht werden kann.

In der Systemtheorie Niklas Luhmann ist *Rauschen* das, was die Systeme von ihren Umwelten „vernehmen“. Die Systemprozesse anderer Systeme *rauschen* im jeweiligen System. Dies wird in der Systemtheorie aber nicht als direkte Eingabe, kausaler Einfluss oder unmittelbare Wirkung auf die Systemstrukturen beobachtet. „Vielmehr werden Umweltgegebenheiten nur als Irritation, als Störung, als Rauschen eingeführt, und dann intern nach Maßgabe ei-

70 Walter Benjamin, Über das mimetische Vermögen, Fn. 69, S. 210 f., 213.

71 Siehe zu ähnlichen Fragestellungen in anderen Kontexten bspw. Bettina Schmitt, Rauschen malen. Wasser als Darstellungsproblem der Landschaftsmalerei: 1675, 1745, 1818, in: Claudia Albes und Christiane Frey (Hg.), Darstellbarkeit: Zu einem ästhetisch-philosophischen Problem um 1800, Würzburg, 2003, S. 271 ff.; Katja Stopka, Fn. 15.

72 Michel Foucault, Die Ordnung des Diskurses, Frankfurt/M., 1974, S. 35.

73 Walter Benjamin, Über die Sprache und über die Sprache des Menschen, in: ders., Fn. 69, S. 155.

74 Marie Theres Fögen, Das Lied vom Gesetz, Fn. 43, S. 93.

75 Andreas Fischer-Lescano, Rechtskraft, i.E.; Gilles Deleuze, Félix Guattari: Kafka. Für eine kleine Literatur, Frankfurt/M., 1976, S. 60.

gener Strukturen spezifiziert.⁷⁶ Die autopoietischen Systeme registrieren danach nur ein unspezifisches *Rauschen*. Die konkrete Ausgestaltung der Form ihres Umweltbezuges, also ob und wie sie auf das Rauschen reagieren, bestimmen die Systeme allein. „Jedes System hat nur den Umweltkontakt, den es sich selbst ermöglicht.“⁷⁷ Ein System hat danach die Fähigkeit, aus „bloßem Rauschen, aus einem bloßen Geräusch im System selbst Ordnung zu machen.“⁷⁸ Anregungen bleiben aber zufällig. Zufall und Rauschen werden in der Theorie analog verwendet, beides sind Störfaktoren. Nach dem *Order from Noise*-Prinzip⁷⁹ ist die störende Umwelt „Energieförderer“ für die Systeme. Durch die Störung wird die innere Struktur realisiert. Die Systeme importieren also nicht Ordnung aus ihren Umwelten, sondern sie benötigen und nutzen die ungerichtete, rauschende Energiezufuhr um ihre eigenen Ordnungen zu installieren. „Einflüsse, die von außen auf das System treffen, werden in einem konstruktiven Wahrnehmungsprozeß interpretiert und bewirken eine Zustandsänderung des Systems.“⁸⁰ In seinen Überlegungen zur Evolution des Rechts führt Niklas Luhmann den zirkulären Dreiklang Variation – Selektion – Stabilisierung ein. „Die Evolution operiert zirkulär, indem sie teils mit Variation auf Außenanstöße reagiert und teils die Stabilisierung zur Motivierung von Innovationen wiederverwendet.“⁸¹ Ablehnung von Innovation zur Erhaltung von (innovativer) Stabilität und innovative Reaktion durch Variation auf Irritationen von außen stehen in einem zirkulären Zusammenhang. Und beide sind innersystemische, eigenlogische Problemstellungen – Autopoiesis als Selbstproduktion, Selbsterhaltung und Selbstbeobachtung.⁸²

76 Niklas Luhmann, Die Autopoiesis des Bewußtseins, in: Soziale Welt, 36, 1985, S. 402-446, S. 416f. Vgl. auch ders., Einführung in die Systemtheorie, 2002, S. 118.

77 Niklas Luhmann, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt/M., 1984, S. 146. Die Problematik wird in der Theorie mit dem Stichwort des Steuerungsdefizits überschrieben.

78 Niklas Luhmann, 2002, Fn. 76, S. 118 f.

79 Heinz von Foerster/ Bernhard Pörksen, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners. Gespräche für Skeptiker, Heidelberg, 1999, S. 93.

80 Ebenda.

81 Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, Frankfurt/M., S. 277.

82 Vgl. zu den drei Mechanismen der Selbstreferenz des Rechts Gunther Teubner, Episodenverknüpfung – Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht, in: Dirk Baecker, J. Markowitz, R. Stichweh, H. Tyrell und Helmut Willke (Hg.), Theorie als Passion, Frankfurt/ M., 1987, S. 423-446, 423ff. Siehe abstrakter zu den drei Reflexionsformen Niklas Luhmann, Die Ausdifferenzierung von Erkenntnisgewinn. Zur Genese von Wissenschaft, in: ders., Ideenevolution, hrsg. v. André Kieserling, 2008, Frankfurt/M., S. 132-185, S. 135 f.

Irritierbarkeit verstanden als Wahrnehmungsmechanismus ist danach eine innersystemische Strukturentscheidung.⁸³

So fordert eine kritische (als unorthodoxe) Systemtheorie denn auch die Ausbildung von Sensibilität der Systeme.⁸⁴ Aber wie lassen sich Irritierbarkeit und Reaktion durch Variation (und nicht durch Stabilisierung) in das Rechtssystem einschreiben? Externer Druck zur Selbstregulierung ist eine Formel, Luhmann selbst gibt an dem Einfluss der Politik ein Beispiel dafür, wie sich der innersystemische Variationsmechanismus durch externen Druck verändern kann und schließlich muss.

„Die Politik löst im Rechtssystem einen prasselnden Einschlag riesiger Mengen von immer neuen Direktiven aus, die aufgenommen, verstanden und verarbeitet sein wollen. [...] wirkt nach wie vor als Variation nur das, was das System als Irritation wahrnehmen und wofür es dann eine Form suchen kann. Aber der Variationsmechanismus selbst hat sich verändert. Das „Rauschen“ der Politik wird zu einem weiteren, heute wohl schon vorherrschenden Variationsanlass. Es sind nicht mehr nur aufgetretene Konflikte, die das Recht variieren und gegebenenfalls Anlaß geben, neue Regeln zu bevorzugen: sondern die Politik verfolgt andere Ziele [...].“⁸⁵

Der Variationsanlass wird zum Variationsdruck. Das Rauschen der Umwelt setzt das Recht unter Druck, seinen Variationsmechanismus irritierbar, sensibel für die neuen Leistungserwartungen auszugestalten – seine Wahrnehmungsmechanismen einzustellen. Während die Rechtsevolution dieser Wahrnehmungsproblematik durch strukturelle Kopplungen, Interpenetrationen, Produktionsregimes, Gesellschaftsverfassungen entgegengetreten ist und in Teilbereichen zum Gesellschaftsrecht wurde,⁸⁶ gibt es doch auch eine Gegenreaktion der Stabilisierung und Festigung der Rechtsstrukturen – die radikale Schließung und Autonomisierung des Rechts. Wo eine gesellschaftliche „Kooperation“ nicht statt findet, gerät die die autonome Selbstbeschreibung sicherstellende Rückkopplungsschleife Gesetzgebung/ Rechtsprechung⁸⁷ unter immer stärkeren Druck. Die *re-entry*-Konstruktion gerät an ihre Grenzen. Kognitive Of-

83 Vgl. Niklas Luhmann, Fn. 81, S. 277 f.

84 So bspw. Andreas Fischer-Lescano, Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule, in: ders., Galf-Peter Calliess, Dan Wielsch und Peer Zumbansen (Hg.), Soziologische Jurisprudenz, FS für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, Berlin, 2009, S. 49-68.

85 Niklas Luhmann, Fn. 81, S. 278.

86 Gunther Teubner, Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, Berlin, 2012.

87 Niklas Luhmann, Fn. 81, S. 289.

fenheit ist keine adäquate Selbstbeschreibung des Rechts mehr.⁸⁸ Denn das Recht/ Umwelt-Problem beruht noch mehr als auf einem Wissensdefizit auf der Empathie-Unfähigkeit des Rechts. Nur unter der Prämisse der Empathiefähigkeit sind aber die den Grenzen der Vernunft verhafteten Rechtsfiktionen und die darauf beruhenden Entscheidungen erträglich. Das ist das eigentliche Problem der funktional notwendigen Rechtsfiktionen. Nicht das Wissen sondern die Wissensproduktion selbst wird zum Thema – ein Wahrnehmungsproblem. Die Forderung nach „empathischen Sensorien“ des Rechts ist nicht nur auf die gesellschaftliche Vorgeschichte des Rechts gerichtet, sondern auf das Arkanum des Rechts selbst – seine transzendente Gerechtigkeit.⁸⁹ Die selbstsubversive Gerechtigkeitsfrage des Rechts zwingt, so Gunther Teubner, das Recht dazu, die quälerische Differenz von Recht/ Nicht-Recht, die Gleichzeitigkeit von Strukturiertheit und Unbestimmtheit im Recht vakant zu halten. Diesem Unbestimmten, dem blinden Fleck, dem Arationalen müsse sich das Recht immer wieder aussetzen. Die Selbstbeobachtung der Grenzen rationaler Begründbarkeit schafft einen imaginären Raum, in dem die „unendlichen Anforderungen des [...] Anderen“⁹⁰ aufscheinen und der das Recht anfällig macht für Innovationsdruck von außen.

5. Resonanzkörper des Rechts: Recht als Musik

In diesem imaginären Raum nimmt das Recht im Rahmen seiner Gerechtigkeitsfrage, also bei jeder Entscheidung, das Rauschen wahr. Gegen diese Irritation kann sich das System nicht schließen. Es muss mit diesem Rauschen umgehen. Und gegen dieses Rauschen kann das Recht auch nicht seine Ohren verschließen. Denn das Rauschen bahnt sich seinen Weg. Während Luhmann mit der Begrenztheit des *re-entry* kämpft, ist seine Theoriekonstruktion durchzogen von Zugeständnissen hinsichtlich des äußeren Einflusses auf interne Wahrnehmungsmuster. Die Wahrnehmung bleibt innersystemische Struktur, wird aber von außen eingefordert. So schreibt Luhmann zur ökologischen

88 Vgl. Karl-Heinz Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, Tübingen, 2006, S. 343; ders., *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Tübingen, 2000, S. 149; Thomas Vesting, „...Zuhören ist Lesen mit dem Ohr“ – Zur einmaligen Allianz von Schrift und Sprache im jüdischen Recht, in: Karl-Heinz Ladeur und Ino Augsberg (Hg.), *Talmudische Tradition und moderne Rechtstheorie*, 2013, S. 181 ff., 192; ders., *Medien des Rechts*, i.E. Beide Autoren fordern eine kognitive Infrastruktur des Rechts ein.

89 Gunther Teubner, *Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 29, 2008, S. 9-36.

90 Ebenda, S. 25 f.

Kommunikation etwa, dass sich das Rauschen „als nicht länger ignorierbares, störendes ‚Rauschen‘ der menschlichen Kommunikation aufzwingt.“⁹¹ Das Rauschen fordert vom Recht ein, dass sich der „imaginäre Raum“ des Rechts durch die Kopplung mit dem Wahrnehmungssystem „Gehör“ als „Resonanzkörper“ ausgestaltet. Während die Beobachtungsoperation beim Unterscheiden und Bezeichnen die dazu benutzte Unterscheidung nicht von anderen Unterscheidungen unterscheiden und bezeichnen kann, also blind ist für die eine Seite der Unterscheidung, setzt sich ein anderes Wahrnehmungsorgan durch, das Ohr.

Beispiele für die zahlreichen auf ein Hören ausgerichteten Rechtsinstitutionen sind das Mündlichkeitsprinzip im Gerichtsverfahren als Ausdruck des verfassungsrechtlich in Art. 103 I GG abgesicherten Grundsatzes auf rechtliches Gehör, mündliche Klageerhebungsmöglichkeiten, Anhörungs- und Beweisverfahren, Bürgerbeteiligungen, der Parteien- und Beibringungsgrundsatz im Zivilprozessrecht. Es sind die Ohren des Rechts, über die Erzählungen von außen an das Recht herangetragen werden,⁹² über die sich die Umwelt des Rechts bemerkbar macht.

An diesem Punkt findet sich eine Parallele der Luhmannschen Theoriekonstruktion und seiner Systembeobachtungen zu der *postum* veröffentlichten, unvollendeten Erzählung „Der Bau“⁹³ von Franz Kafka.⁹⁴

91 Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, 4. Auflage, Wiesbaden, 2004, S. 12.

92 Vgl. etwa Thomas Michael Seibert, *Erzählungen als gesellschaftliche Konstruktion von Kriminalität*, in: Jörg Schönert (Hg.), *Erzählte Kriminalität: zur Typologie und Funktion von narrativen Darstellungen in der Strafrechtspflege. Publizistik und Literatur zwischen 1770 und 1920*, Tübingen, 1991, S. 73-86; Klaus Günther, *Variationsspielraum des Erzählbaren. Juristische Normen und individuelle Fallgeschichten: Verbindungslinien zwischen Recht und Literatur*, in: *Frankfurter Rundschau* v. 20.11.2001, S. 20.

93 Franz Kafka, *Der Bau*, in: *Beschreibung eines Kampfes. Novellen, Skizzen, Aphorismen aus dem Nachlaß, Gesammelte Werke*, hrsg. v. Max Brod, Frankfurt/M., 1996, S. 132-165. In der Erzählung errichtet ein unbestimmtes Wesen einen unterirdischen Bau zum Schutz vor Feinden. „[...]regelmäßig von Zeit zu Zeit schrecke ich auf aus tiefem Schlaf und lausche, lausche in die Stille, die hier unverändert herrscht bei Tag und Nacht, lächle beruhigt und sinke mit gelösten Gliedern in noch tieferen Schlaf. [...]Tiefe Stille; wie schön es hier ist, niemand kümmert sich dort um meinen Bau, jeder hat seine Geschäfte, die keine Beziehung zu mir haben, wie habe ich es angestellt, das zu erreichen.“ Das Wesen wird schließlich von einem Zischen geweckt. „Dieses Geräusch ist übrigens ein verhältnismäßig unschuldiges; ich habe es gar nicht gehört, als ich kam, obwohl es gewiß schon vorhanden war; ich mußte erst wieder völlig heimisch werden, um es zu hören, es ist gewissermaßen nur mit dem Ohr des Hausbesitzers hörbar. [...]Bei solchen Gelegenheiten ist es gewöhnlich das

Zwei Prämissen der Systemtheorie spiegeln sich in dieser Erzählung, die Begrenzung der Beobachterposition durch Schließung (Bau als Komplexitätsreduktion) und die Irritation durch Lärm von außen (Komplexitätssteigerung durch Zischen = Rauschen). Das in der Dunkelheit lebende Tier sieht seine

technische Problem, das mich lockt, ich stelle mir zum Beispiel nach dem Geräusch, das mein Ohr in allen seinen Feinheiten zu unterscheiden die Eignung hat, ganz genau aufzeichnenbar, die Veranlassung vor, und nun drängt es mich nachzuprüfen, ob die Wirklichkeit dem entspricht. Mit gutem Grund, denn solange hier eine Feststellung nicht erfolgt ist, kann ich mich auch nicht sicher fühlen, selbst wenn es sich nur darum handeln würde, zu wissen, wohin ein Sandkorn, das eine Wand herabfällt, rollen wird. Und gar ein solches Geräusch, das ist in dieser Hinsicht eine gar nicht unwichtige Angelegenheit. Aber wichtig oder unwichtig, wie sehr ich auch suche, ich finde nichts, oder vielmehr ich finde zuviel. Gerade auf meinem Lieblingsplatz mußte dies geschehen, denke ich, gehe recht weit von dort weg, fast in die Mitte des Weges zum nächsten Platz, das ganze ist eigentlich ein Scherz, so als wollte ich beweisen, daß nicht etwa gerade mein Lieblingsplatz allein mir diese Störung bereitet hat, sondern daß es Störungen auch anderwärts gibt, und ich fange lächelnd an zu horchen, höre aber bald zu lächeln auf, denn wahrhaftig, das gleiche Zischen gibt es auch hier. Es ist ja nichts, manchmal glaube ich, niemand außer mir würde es hören, ich höre es freilich jetzt mit dem durch die Übung geschärften Ohr immer deutlicher, obwohl es in Wirklichkeit überall ganz genau das gleiche Geräusch ist, wie ich mich durch Vergleichen überzeugen kann. Es wird auch nicht stärker, wie ich erkenne, wenn ich, ohne direkt an der Wand zu horchen, mitten im Gang lausche. [...] Fast glaubte ich schon, wenn ich genau hinhörchte, Klangunterschiede, die der neuen Annahme entsprachen, wenn auch nur sehr undeutlich, zu erkennen. jedenfalls mußte ich das Versuchsgebiet viel weiter ausdehnen, als ich es bisher getan hatte. [...] nein, gewöhnen könnte man sich daran nicht, das man aber, ohne vorläufig geradezu etwas dagegen zu unternehmen, eine Zeitlang beobachten könnte, das heißt, alle paar Stunden gelegentlich hinhorchen und das Ergebnis geduldig registrieren, aber nicht, wie ich, das Ohr die Wände entlang schleifen und fast bei jedem Hörbarwerden des Geräusches die Erde aufreißen, nicht um eigentlich etwas zu finden, sondern um etwas der inneren Unruhe Entsprechendes zu tun. Das wird jetzt anders werden, hoffe ich. [...] Das Geräusch scheint stärker geworden, nicht viel stärker natürlich, hier handelt es sich immer nur um feinste Unterschiede, aber ein wenig stärker doch, deutlich dem Ohre erkennbar. Und dieses Stärkerwerden scheint ein Näherkommen [...] Eine völlige Umkehrung der Verhältnisse im Bau, der bisherige Ort der Gefahr ist ein Ort des Friedens geworden, der Burgplatz aber ist hineingerissen worden in den Lärm der Welt und ihrer Gefahren. Noch schlimmer, auch hier ist in Wirklichkeit kein Frieden, hier hat sich nichts verändert, ob still, ob lärmend, die Gefahr lauert wie früher über dem Moos, aber ich bin unempfindlich gegen sie geworden, allzusehr in Anspruch genommen bin ich von dem Zischen in meinen Wänden. [...] Und das Wesen sehnt sich weiter nach dem „Rauschen der Stille auf dem Burgplatz.“

94 Vgl. dazu auch Jens Soentgen, *Der Bau. Betrachtungen zu einer Metapher der Luhmannschen Systemtheorie*, in: *Zeitschrift für Soziologie*, 21, 1992, S. 456-466.

Außenwelt nicht, hat sich visuell abgeschottet, aber es hört sie und kann diesen Geräuschen nicht entkommen. Das Zischen entzieht sich jedem Zugriff, ist nicht kausal aber allgegenwärtig. Darüber entwickelt sich sein Gehörsinn als wichtigstes und empfindlichstes Sinnesorgan. Die Erzählung ist bezeichnend für den Wandel in der Erkenntnistheorie und setzt am Paradox von Erblindung und Erkenntnis und der Luhmannschen Figur des „eingeschlossenen ausgeschlossenen Dritten“ an. „Der Weg der Erkenntnis führt nicht mehr, wie früher einmal, aus der Höhle heraus, sondern umgekehrt, in diese hinein.“⁹⁵ Das Tier schätzt die akustischen Qualitäten des Baus. Das Rauschen der Stille wird zur Verheißung, die sich aber nicht erfüllt. Die „Kathedrale der Stille“ ist so unerreichbar, wie die Stille im Inneren des Rechts. Denn die Außenwelt ist über das Ohr zu vernehmen. Der Bau wird in Kafkas Erzählung zum „komplexen Klangkörper“, zum „multiresonanten System“, das Geräusche verstärkt und filtert, sie aber nicht ausschalten kann. „Die Baumethaphorik impliziert, daß das Gehör zum eigentlichen Tor zur Welt wird.“⁹⁶

Im Recht ist es also nicht etwa still, sondern es rauscht. Wie aber kann die Musik des Rechts zum Klingen gebracht werden? Ohne einen Resonanzkörper verhallt das Rauschen. Erst wenn das Recht einen Klangkörper ausbaut, kann die Musik ertönen. Erst dann wird das Rauschen des Rechts als klangliches Ereignis erfahrbar. Resonanzfähigkeit wird dann zur Bedingung und Konkretisierung der Responsivität des Rechts. Erst eine Responsivität verstanden als Antwortverhalten, als Reaktion auf Bedürfnisse und somit als Ansprechempfindlichkeit ist der Schlüssel für ein adäquates Verhältnis des Rechts zur Außenwelt. Die Umwelt des Rechts kann im Recht Resonanzen, also Schwingungen, Töne, Widerhall, Schall erzeugen, wenn dieses Resonanzkörper bzw. sich als Resonanzraum ausgebaut hat. Resonanzfähigkeit bezeichnet dann eine Empfangsbereitschaft für diese Interdependenzstörungen, also die Bereitschaft sich an Fremdreferenz zu orientieren und gleichzeitig die Fähigkeit, selbst zu beobachten, welche Resonanzen das Recht als Klangkörper in seiner Umwelt hat. Recht wäre danach Resonanzraum und Klangkörper zugleich und würde nicht bloß passive Spiegelungen, sondern aktive Resonanzen erzeugen können. Erst in der Dopplung kann sich das Recht als Umwelt anderer Systeme begreifen.

95 Ebenda, S. 465.

96 Ebenda, S. 465. Auch in der Erzählung Franz Kafkas, *Das Schweigen der Sirenen* (1917), in: *Die acht Oktavhefte. Hochzeitsvorbereitungen auf dem Lande und andere Prosa aus dem Nachlaß, Gesammelte Werke*, hrsg. v. Max Brod, Frankfurt/M., 1996, S. 58f, macht sich das „Andere“ durch Gesang und Schweigen, also über das Ohr des Odysseus bemerkbar („Der Sang der Sirenen durchdrang alles. [...] Nun haben aber die Sirenen eine noch schrecklichere Waffe als den Gesang, nämlich ihr Schweigen.“).

Sie wäre die Voraussetzung, um mit Niklas Luhmann von einer Reflexion der 3. Stufe sprechen zu können.⁹⁷

Während Luhmann den Begriff der Resonanzfähigkeit noch eng führt und gleichartige Systemzonen und Anpasstheit der Systemmedien für den „Austausch“ im Sinne eines systeminternen, selektiven Informationsverarbeitungsprozesses voraussetzt, betont er zugleich die Möglichkeit, dass die Informationsverarbeitung hin zu einer Strukturänderung extern durch Druck motiviert werden kann.⁹⁸ Information instruiert Struktur.⁹⁹ Information verändert, reduziert, erweitert systeminterne, also selbstreferenzielle Anschlussmöglichkeiten und bringt Sinn in eine systemische Form. Aber sie verweist auf etwas jenseits des Systems. Information ist Fremdreferenz, die über die Differenz zur sich anschließenden selbstreferenziellen Mitteilung das Verstehen als Differenz von Information und Mitteilung ermöglicht.

„Man könnte auch sagen, daß die Information die Welt für das System gleichsam aufziehen läßt, aber als Projektion einer Oberfläche – inside.[...] Die Annahme ist, daß diese Verdopplung geleistet wird durch eine Codierung via Zeichen, die die Einheit der Differenz von Bezeichnendem und Bezeichneten ermöglichen [...]. Dabei vertritt das Bezeichnete die externe Referenz, ob schon kein Zeichen (also auch nicht: das Bezeichnete) irgendeine Form direkten Weltkontaktes unterhält.“¹⁰⁰

Die Forderung an das Recht, einen Resonanzkörper auszubauen, im die Informationsverarbeitung sicher zu stellen, also auf das Rauschen reagieren zu können, würde dann insbesondere bedeuten, dass das Recht seine Wahrnehmungsmechanismen durch strukturelle Kopplung mit dem biologischen System Ohr erweitern muss. Denn Hören ist als Bewusstseinsakt nur Voraussetzung aber nicht schon kommunikativer Akt.

Die Reformulierung der Wahrnehmungsergebnisse ist im Recht freilich nur in der Form der Rechtssprache möglich und dortigen Selektionen ausgesetzt. Mit dem Fokus auf das Hören kann aber das Andere der Sprache in den Rechtsdiskurs gelangen, können Geräusche, Schwingungen, Stimmungen vernommen werden, kann das Recht diese nicht mehr ignorieren. Bleiben die

97 So Niklas Luhmann, Fn. 82, S. 135 f.

98 Unter Verweis auf den dazu nötigen Redundanzverzicht, Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, 4. Auflage, Wiesbaden, 2004, S. 176, 218 (mit Hinweis auf das Ohr); ders., Fn. 81, S. 288 f.

99 So Peter Fuchs, *Der Sinn der Beobachtung – Begriffliche Untersuchungen*, Weilerswist, 2004, S. 108.

100 Ebenda, S. 109.

Körper und die stoffliche Natur für das Recht unsichtbar, so kann aber ihr Klang gehört werden. Bei Gunther Teubner klingt dies an, wenn er von dem im Recht vernommenen „Schrei“ spricht und bei Christoph Menke,¹⁰¹ wenn er auf den schreienden Philoktet verweist.¹⁰² Benjamin hört die Klage der Natur.¹⁰³ Bei Luhmann ist dies angelegt, wenn er das Potential lärmender Proteste und Skandalisierungen in der Peripherie des Rechts anerkennt.¹⁰⁴ Dies wäre auch die Chance für das Weinen im Gerichtssaal. Spätestens dann ist kein Rückzug in die Distanz mehr möglich.

6. Romantische Perspektiven des Rechts

Damit geht es nicht nur um die Rhetorik im Recht, sondern um die auch über die Stimme vermittelten Klänge und damit Materialitäten der Umwelten des Rechts – auch der Sprache. Das Rauschen der Umwelten muss als Musik im Recht ertönen. Das Recht muss ein Ohr für die Musik entwickeln, um wahrhaft empathisch sein zu können:

„Die Musik ist eine Sprache, die einer unendlichen Verdeutlichung fähig ist. Die Sprache deutet nur durch Begriffe, also durch das Medium des Gedankens entsteht die Mitempfindung. Dies setzt ihr eine Grenze. Dies gilt nur von der objektiven Schriftsprache, die Wortsprache ist tönend: und die Intervalle, die Rhythmen, die Tempi's, die Stärke und Betonung sind alle symbolisch für den darzustellenden Gefühlsinhalt. Dies ist zugleich alles der Musik zu eigen. Die größte Masse des Gefühls aber äußert sich nicht durch Worte.“¹⁰⁵

101 Gunther Teubner, Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure, in: Winfried Brugger, Ulfrid Neumann und Stephan Kirste (Hg.), Deutsche Rechtsphilosophie zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Suhrkamp, Frankfurt, 2008, S. 440-472. Vgl. auch über die „Berührung“ durch die Stimme, Dieter Mersch, Präsenz und Ethizität der Stimme; in: Doris Kolesch und Sibylle Krämer (Hg.), Stimme. – Frankfurt/M., 2006, S. 211-236, S. 212.

102 So Christoph Menke mündlich, bei der Besprechung seines Textes „Recht und Gewalt“ im Privatrechtstheoretischen Seminar in Frankfurt, Wintersemester 2012/13 zu „Recht/Literatur“. Sie auch Diana König, Das Subjekt der Kunst: Schrei, Klage und Darstellung, Bielefeld, 2011, S. 211 ff. („Der Held schreit. Die Folgen von Philoktets Emanzipation“).

103 Walter Benjamin, Über die Sprache und über die Sprache des Menschen, in: ders., Fn. 69, S. 155.

104 Siehe umfassend dazu Niklas Luhmann, Protest, hrsg. v. Kai-Uwe Hellmann, Frankfurt/M., 2006.

105 Nietzsche, KSA, VII, 2[10], S. 47 f. Vgl. auch ders., KSA X, 3[369], S. 98.

Nietzsche zieht eine deutliche Grenze und sieht zunächst nur in der Musik im Unterschied zur Sprache die Möglichkeit der Verwirklichung dieses Anderen, des „Ur-Seienden“, was mehr ist, als die Vorstellung von Gefühlen oder seine Präsentation in der Sprache.¹⁰⁶ In ihr komme die Seele ohne Begriff und Bild zum Vorschein. Nietzsche spricht von der „Menschwerdung der Dissonanz“¹⁰⁷. „Die *Musik* als *Supplement der Sprache*: Viele Reize und ganze Reizzustände, die die Sprache nicht darstellen kann, giebt die Musik wieder.“¹⁰⁸ Der Ton des Sprechens, den Nietzsche den Tonuntergrund nennt, kann sich nicht aus seinem Symbolsystem lösen und bleibt dem apollinischen verhaftet. Genau so verhält es sich mit der Sprachsymbolik in der Tragödie. In der Konsequenz spricht Nietzsche zunächst der Sprache ihre schöpferische Kraft ab. Im Gegensatz zum Musiktragödiendichter, der den Ur-Willen, die Antriebskraft zur stetigen Veränderung in sich trägt, der den Ur-Schmerz erfährt, dabei die Eindrücke der Sinneswelt ausschließen kann und dadurch eine Spiegelung erzeugen kann,¹⁰⁹ bleibt der Sprachnutzende der bildlichen und begrifflichen Welt verhaftet, ist auf Imagination verwiesen. „Da ist ein Musiker, der [...] seine Meisterschaft darin hat, die Töne aus dem Reich leidender, gedrückter, gemarterter Seelen zu finden und auch noch dem stummen Elend Sprache geben.“¹¹⁰ Wenn Nietzsche aber das schwierige Verhältnis zwischen Autor und Werk erfragt, und nicht mehr vom Schöpfer, sondern nur noch von der schöpferischen Kraft spricht, die auch der Rezipient des apollinisch-dionysischen Kunstwerkes durch das Mitleiden als Selbsterfahrung und nicht bloß als Mitempfindung entfalten kann, nimmt Nietzsche eine auditive Wahrnehmungsform ein.¹¹¹ Hören ist danach ein Verstehen, das den Verstehenden selbst verwandelt. Die Ohrmetaphorik steht für kreativen offenen Prozess des Fühlens und des Instinktes, während das Erkennen über das Auge nur Spiegelung bleibt.

Die Analogie zum Begriff des Rauschens ist greifbar. Denn dieses Rauschen trägt die Klänge der Welt in sich, ohne Abbild zu sein. „Das Gefühl ist

106 Nietzsche, KSA VII, 12[1], S. 360 ff.

107 Nietzsche, KSA I, Die Geburt der Tragödie, Kap. 25.

108 Nietzsche, KSA VII, 19[143], S. 465; ders., KSA I, Unzeitgemäße Betrachtung, S. 458.

109 Nietzsche, KSA I, 5, Die Geburt der Tragödie, S. 43 f. „Er ist zuerst Künstler, gänzlich mit dem Ur-Einen, seinem Schmerz und Widerspruch, eins geworden und produziert das Abbild dieses Ur-Einen als Musik.“

110 Nietzsche, KSA VI, Nietzsche contra Wagner. Aktenstücke eines Psychologen, S. 417.

111 Zur Ohrmetaphorik Nietzsches bspw. die Fundstellen, ders., KSA X, 7[125], S. 284 (zur Mitteilung von Tatsachen des Leibes über die Ohren); ders., KSA X, 7[192], S. 303 (zum Hören in der Stille); ders., KSA XII, 6[22], S. 240 („dem aber, der Ohren noch hinter seinen Ohren hat“); ders., KSA XI, 25[463], S. 136 f. („[...] mit dem Gehör also die optischen inneren Phänomene rubrizierte.“).

für den Verstand etwas Transscendenten, es vermag daher in gewissem Sinne die absolute Natur des Wirklichen zu repräsentieren.“¹¹² Das Rauschen wird dann als Phänomen präsent, „aus dem alle Signale stammen und an das alle sich verlieren.“¹¹³ Rauschen trägt die Dimension des Sinnlichen und ihre Gestaltung in sich. Heidegger spricht gar vom Beweis des „Grundrauschens der Existenz“.¹¹⁴ Man hört mindestens immer „das ferne Rauschen des Lebens“ und das Rauschen der Materie als „Melodie der Dinge“.¹¹⁵ „Das Wort Stimmung deutet auf musikalische Seelenverhältnisse. – Die Akustik der Seele ist noch ein dunkles, vielleicht aber sehr wichtiges Feld. Harmonische – disharmonische Schwingungen.“¹¹⁶

Die Romantik hat als Reaktion auf die Aufklärung eine Möglichkeit des Zugangs zu diesem Anderen der Vernunft gefunden. Die romantische Poetik von Eichendorff bis Novalis ist auf Entgrenzung gerichtet und zeichnet sich durch einen besonderen Modus des Hinhörens, des Lauschens auf das Rauschen der Natur und des Lebendigen aus.¹¹⁷ Sie wendet sich gegen die Vorherrschaft des Verstandes gegenüber der Sinnlichkeit und gegen ein Denken in rein rationalen Kategorien, die auf Nützlichkeit und Verwertbarkeit gerichtet sind und bestreitet, dass die Welt allein mit dem Verstand zu erklären ist. Sie versteht sich als Protest gegen totalisierende Weltansichten.¹¹⁸ Sie lehnt die Aufklärung als unkünstlich, als kunstfeindlich ab und hinterfragt und kritisiert die von Menschen gedachte Wirklichkeit indem sie ihr die Kraft und Poesie

112 Nietzsche, KSA VIII, 9[1], S. 173.

113 Bettine Menke, *Prosopopöia. Stimme und Text bei Brentano, Hoffmann, Kleist und Kafka*, München, 2000, S. 26. Vgl. Sabine Sanio, *Rauschen – Klangtotal und Repertoire. Zur Selbstreflexivität der ästhetischen Erfahrung*, in: Andreas Hiepko und Katja Stopka (Hg.), *Rauschen. Seine Phänomenologie und Semantik zwischen Sinn und Störung*, Würzburg, 2001, S. 207-224.

114 Vgl. Rüdiger Safranski, „Das Grundrauschen der Existenz. Heidegger als Anfänger, in: *Neue Züricher Zeitung* Nr. 83 vom 8./9. April 1995, S. 69.

115 Zur „mächtigen Melodie des Hintergrundes“, Rainer Maria Rilke, *Notizen zur Melodie der Dinge*, in: *Sämtliche Werke*, Bd. V, Wiesbaden/ Frankfurt/M., 1955-1966, S. 412-426, XX; ders., Bd. V, S. 162; ders., *Die Stille* (1899), Bd. I, S. 379. Katja Stopka, *Vom Rauschen umgeben. Poetisch gewonnene Unschärfen technischer Scharfstellungen in Rilkes Dichtung und Kunsttheorie*, in: Hans-Richard Brittnacher, Stephan Porombka, Fabian Störmer (Hg.), *Poetik der Krise. Rilkes Rettung der Dinge in den Weltinnenraum*, Würzburg, 2000, S. 179-194.

116 Novalis, *Die Lehrlinge zu Sais* (1802), in: ders., *Gedichte – Fragmente*, hrsg. v. Martin Kiessig, Stuttgart, 1972, S. 125.

117 Dazu Susanne Scharnowski, Fn. 1, S. 45.

118 Gegen alles Absolute beispielsweise Friedrich Schlegel, *Signatur des Zeitalters*, in: *Dichtungen und Aufsätze*, hrsg. v. Wolf Dietrich Rasch, München, 1984, S. 593-728.

des Natürlichen gegenüber stellt.¹¹⁹ Sie fordert ähnlich wie Nietzsche einen emotionalen und performativen Kunstsinn ein.

Im Prozess der Autonomisierung proklamiert die Romantik mit Poesie ein fortwährendes Nachdenken über sich selbst und trägt damit ihre eigene Kritik in sich. Die romantische Haltung, dies zeigt sich bereits in der Jenaer Frühromantik ist reflexiv und selbstbeschreibend gegenüber allen Lebensbereichen.¹²⁰ Sie bezeichnet einen unabgeschlossenen Prozess der (Selbst-) reflexion. Über einen poetisierenden, ironischen Blick stellt sie vorhandene Sinnzusammenhänge in Frage, in dem sie neue Deutungs- und Sinnzusammenhänge schafft, Wirklichkeit abstrahiert und Bedeutungen potenziert.

„Romantisieren ist nichts, als eine qualit[ative] Potenzierung. Das niedre Selbst wird mit einem bessern Selbst in dieser Operation identificirt. So wie wir selbst eine solche qualit[ative] Potenzenreihe sind. Diese Operation ist noch ganz unbekannt. Indem ich dem Gemeinen einen hohen Sinn, dem Gewöhnlichen ein geheimnißvolles Ansehn, dem Bekannten die Würde des Unbekannten, dem Endlichen einen unendlichen Schein gebe so romantisire ich es.“¹²¹

119 Zum Kraftbegriff Andreas Fischer-Lescano, Rechtskraft, i.E.; Christoph Menke, Kraft. Ein Grundbegriff ästhetischer Anthropologie, Frankfurt/M., 2008. Siehe auch das Programm und die Quellen des Privatrechtstheoretischen Seminars in Frankfurt im SS 2013 zum Thema „Rechts-Kräfte“.

120 Niklas Luhmann bezeichnet die Romantik und mit ihr die Poesie als erste theoretische Selbstbeschreibung der Moderne, ders., Die Kunst der Gesellschaft, Frankfurt/M., 1995, S. 393 ff. Vgl. auch Ulrike Schenk-Lenzen, Das ungleiche Verhältnis von Kunst und Kritik, Würzburg, 1991, S. 69; Karlheinz Barck, Poesie und Imagination. Studien zu ihrer Reflexionsgeschichte zwischen Aufklärung und Moderne, Stuttgart/ Weimar, 1993, besonders 133 ff.; sowie ders., Prosaischpoetisch, in: ders., Friedrich Wolfzettel (Hg.), Ästhetische Grundbegriffe. Historisches Wörterbuch in sieben Bänden, Bd. V, Stuttgart/ Weimar, 2003, S. 87-112; Siegfried J. Schmidt, Systemflirts. Ausflüge in die Medienkulturgesellschaft, Weilerswist, 2008, S. 35 ff.; Friedrich W. Block, Im Übergang. Notizen zur Selbstbeschreibung der Poesie, in: Christian Steinbacher (Hg.), Für die Beweglichkeit. Notizen, Ränder, Nomaden, Taugung der Poesie, Linz, 2009, S. 21-39.

121 Novalis, Blütenstaubfragmente. Nr. 1921, in: ders., Fragmente Bd. II, hrsg. v. Ewald Wasmuth, Heidelberg, 1957, S. 53. „Und doch kann auch sie am meisten zwischen dem Dargestellten und dem Darstellenden, frei von allem realen und idealen Interesse auf den Flügeln der poetischen Reflexion in der Mitte schweben, diese Reflexion immer wieder potenzieren und wie in einer endlosen Reihe von Spiegeln vervielfachen,“ Friedrich Schlegel, Athenäums-Fragment, in: ders., Charakteristiken und Kritiken I, Krit.-Friedrich-Schlegel-Ausgabe II, hrsg. v. Hans Eichner, München/ Paderborn/ Wien, 1967, S. 204 ff., S. 238.

Diese Potenzierung bewegt sich in dem Reflexionsdreieck Kunst – Welt – Poesie. Poesie hat sich dabei also stets selbst mit darzustellen und mit zu reflektieren. Sie, die Form der Darstellung und nicht das Subjekt,¹²² besitzt danach das Vermögen, sich selbst und das Andere situativ und als Umwelt zu erfassen.¹²³ Sie ist „zugleich Poesie und Poesie der Poesie“¹²⁴ und überwindet sich und ihre sprachlichen Mittel dadurch selbst. Die Selbstbespiegelung des Textes ist Selbstbegründung, Selbstbeobachtung und Weltbeobachtung zugleich. Friedrich Schlegel schlägt an dieser Stelle vor, mittels Ironie eine Ebene der (Selbst-)Reflexion in das Werk einzuführen.¹²⁵ Ironie schafft Distanz zur Welt und eine Perspektive, nach der eine Letztverbindlichkeit nicht zu erreichen ist. So stellt sie die Grundlagen für ein Weiterdenken, Potenzieren, in Frage. Sie geht damit noch über die poetische Fiktion hinaus, die schon bei Aristoteles als Darstellung dessen, was nicht wirklich, aber möglich ist, gerechtfertigt ist. Denn die Fiktion selbst wird in Zweifel gezogen, ist ein Experiment mit neuen (Ausdrucks-) Möglichkeiten.

Damit ist die Poetik Schöpfung und (Selbst-) Kritik zugleich. In Anlehnung an den zyklischen Transzendenzbegriff Fichtes spricht Schlegel von einer Dialektik von Selbstschöpfung und Selbstvernichtung oder von dem Aus-sich-Heraustreten und dem In-sich-Zurückkehren, welches ein korrigierendes, selbstbeschränkendes Streben umfasst. Durch die gedankliche Verschärfung von Gegensätzen mit den Mitteln der Sprache werden die Grenzen der Sprache und die Grenzen des Weltzugangs aufgezeigt und gleichzeitig produktiv gewendet.¹²⁶ Kritik ist im Gegensatz zum Projekt der Aufklärung kein Projekt

122 So auch Christoph Menke über Schlegels Reflexionsbegriff, ders., *Ästhetische Subjektivität. Zu einem Grundbegriff moderner Ästhetik*, in: Gerhart von Graevenitz (Hg.), *Konzepte der Moderne*, Stuttgart/ Weimar, 1999, S. 593-611, S. 607.

123 Niklas Luhmann, Fn. 120, S. 393 ff.

124 Friedrich Schlegel, *Athenäums-Fragment*, in: ders., Fn. 121, S. 204 ff., S. 238. So auch Jean Paul, *Vorschule der Ästhetik*, 1804, 2. Auflage, 1813, § 1.

125 Siehe Christoph Menke zu Adam Müllers „tragischer Ironie“ und der Verbindung von Tragischem und Ästhetischem in der Form der Darstellung der Tragödie, ders., *Ästhetik der Tragödie. Romantische Perspektiven*, in: Bettine Menke und Christoph Menke (Hg.), *Tragödie – Trauerspiel – Spektakel*, Berlin, Theater der Zeit, 2007, S. 179-198, S. 181 ff., 185, 196.

126 Eine eingehende romantische Sprachkritik bei Novalis, *Monolog* (1799), in: *Werke*, II, S. 426-427: „Der lächerliche Irrtum ist zu bewundern, daß die Leute meinen – sie sprächen um der Dinge willen. Gerade das eigentümliche der Sprache, da sie sich bloß um sich selbst bekümmert, weiß keiner. Darum ist sie ein so wunderbares und fruchtbares Geheimnis, – dass wenn einer bloß spricht, um zu sprechen, er gerade die herrlichsten, originellsten Wahrheiten ausspricht. Will er aber von etwas Be-

„von außen“, sondern dem Text, dem Gegenstand selbst eingeschrieben. Kritik ist danach keine wertende Kontrollinstitution, gerade eine solche Instanz wird in Frage gestellt, vielmehr bilden Kritik und Werk eine synthetische Einheit – sind selbstreflektierender Diskurs: „Die künftige Welt ist das [...]Chaos, das sich selbst durchdrang – in sich und außer sich ist.“¹²⁷ Die Stimmungspoesie, die „tumultuarische Buntheit“, die Schmitt noch als Entstaatlichung kritisierte, wird zum Humanisierungsprogramm.¹²⁸ Die Sprengung der Ordnungskraft der Worte wird zur Regel. Jetzt wird das Lesen mit dem Ohr möglich.¹²⁹ Bettina Menke spricht von der romantischen Stimme des Absenten und der „stimmlich vermittelten Teilhabe an einer als Naturpoesie gedachten Musik“. Aus den Texten Kafkas werde dagegen die „Paradoxie der Nicht-Stimme“ im Text lesbar, die Entwicklung von der Einzelstimme hin zum murmelnden Diskurs.¹³⁰ Und Roland Barthes nennt das die Utopie des die Sprache denaturierenden Rauschens, „die Musik der Stimme“, die eine Leerstelle des Sinns der Sprache und damit die der Stofflichkeit innewohnende Lust zu Gehör bringe.¹³¹ Die Gleichursprünglichkeit von Musik und Poesie scheint auf. Beide können die Wortgewalt der Sprache aufbrechen und zum Anderen vordringen. In dieser Wendung ist das Romantische nicht die Überwindung der Vernunft, sondern ihr Anderes. Romantik kritisiert gerade den Bruch zwischen Gefühl und Vernunft, die Entzauberung der Welt. Sie ist nicht Verheißung, sondern deren Kritik. Sie ist die Entzauberung der Entzauberung. Romantik ist nicht der Feind der Aufklärung, sondern ihr Verbündeter, die Mimesis der Aufklärung, die

stimmtem sprechen, so lässt ihn die launige Sprache das lächerlichste und verkehrteste Zeug sagen.“

127 Novalis, HKA III, S. 281.

128 Carl Schmitt, *Politische Romantik* (1919), 5. Aufl., unveränderter Nachdruck der 1925 erschienen 2. Aufl., Berlin, 1991, S. 20, 111. Schmitt kritisiert: „Semantische Markierungen des Staates werden verwischt, weil sie die Diskurse aller anderen Gesellschaftsbereiche humanitiv in sich aufnehmen.“

129 Bei Jean Paul ist die Rede davon, wie die Poesie die Zeichen der Welt lesen lehrte, ders., *Vorschule der Ästhetik: nebst einigen Vorlesungen in Leipzig über die Parteien der Zeit* (1813), in: *Werke*, hrsg. v. N. Miller, München, 1961, 1. Abteilung, Bd. V, S. 250, 447. Ähnlich auch Thomas Vesting zum besonderen Verhältnis von Oralität und Schrift im jüdischen Recht, ders., Fn. 88, S. 181ff. Nietzsche nennt es Hören mit den Augen, ders., *KSA*, 3[415], S. 103. Bernhard Waldenfels spricht vom antwortenden Hören, ders., *Vielstimmigkeit der Rede, Studie zur Phänomenologie des Fremden*, Frankfurt, 1999, S. 31 f.

130 Bettine Menke zu den Interdependenzen von Stimmen und akustischen Phänomenen, dies., Fn. 113.

131 Roland Barthes, *Das Rauschen der Sprache, Kritische Essays IV*, Frankfurt/M., 3. Aufl., 2012, S. 89, 90.

Aufklärung, über sich selbst aufzuklären.¹³² Sie ist Aufklärung mit Gefühl. Sie bricht traditionelle, einseitige Sinnzusammenhänge auf, um neue Möglichkeiten anzubieten und Möglichkeitsermöglichungsdenken im Sinne Wiethölter-Theoriearbeit als die lernende Suche nach den (Un-)Möglichkeiten des Rechts und/ über seine Wissenschaften.¹³³

Die Musik der Sprache als das was über die Mitteilungsfunktion hinausgeht, deren Sinnlichkeit,¹³⁴ scheint auch bei dem „späteren“ Nietzsche möglich, wenn er zunächst zum gesprochenen Wort schreibt:

„In der Steigerung des Gefühls offenbart sich das Wesen des Wortes deutlicher und sinnlicher im Symbol des Tones: darum tönt es mehr. Der Sprechgesang ist gleichsam eine Rückkehr zur Natur: das im Gebrauch sich abstumpfende Symbol erhält seine ursprüngliche Kraft wieder.“¹³⁵

So findet man lyrisierte, musikalisierte Sprache in „Also sprach Zarathustra“ und im „Dionysos-Dithyramben“.¹³⁶ Der ästhetische Zustand, der Laut wird als Entstehungsherd von Sprache verstanden. Er geht der Begriffsbildung voraus.¹³⁷ „Die Dichtung ist häufig auf einem Weg zur Musik: entweder indem sie die allerzartesten Begriffe aufsucht, in deren Bereich das Grobmateriale des Begriffs fast entschwindet.“¹³⁸

132 So auch Helmut Schanze, *Romantik und Aufklärung*, Nürnberg, 1966, S. 11, Gisela Dischner/ Richard Faber (Hg.), *Romantische Utopie – Utopische Romantik*, Frankfurt/M., 2. Aufl., 2003, S. 12.

133 Dieser Gedanke des Möglichkeitsermöglichungsdenkens, den Rudolf Wiethölter geprägt hat, klingt auch bei Niklas Luhmann an, wenn er vorschlägt, die Theorie als strukturelle Kopplung des Wissenschaftssystems mit den Reflexionstheorien der Funktionssysteme einzusetzen, ders., Fn. 81, S. 543 f.

134 Nietzsche, KSA 13, 16[29], S. 491. Dazu Thomas Mann, *Nietzsches Philosophie im Lichte unserer Erfahrung*, Frankfurt/M., 1948, S. 677.

135 Nietzsche, KSA I, *Nachgelassene Schriften, Die dionysische Weltanschauung* 4, S. 576.

136 Nietzsche, KSA IV, *Also sprach Zarathustra*, insb. KSA VI, *Dionysos-Dithyramben*, S. 375ff. Vgl. ders., KSA VII, 12[1], S. 360.

137 Nietzsche, KSA XIII, 14[119], S. 296 f.; XI, 25[463], S. 136 f.

138 Nietzsche, KSA VII, 2[10], S. 48. Vgl. auch Nietzsche zur Troubadour-Kunst als Musik der lyrischen Poesie, ders., KSA III, *Die fröhliche Wissenschaft*, S. 343 ff., insbesondere das Vorspiel in deutschen Reimen, S. 353 ff.; dazu ders., KSA VI, S. 345; ders., KSA VI, *Ecce Homo*, S. 255 ff.

7. Ende und Anfang

Musikalische, verstanden als poetische Kreativität im Gegensatz zum Wissen kann die Kategorien der Bedeutung und Information hinter sich lassen.¹³⁹ Kreativität darf dabei nicht als systemischer Selbstzweck gesetzt werden, mit dem fiktional die Systemfunktion aufrechterhalten werden soll. Hier kann ein Begriff von Musik als Bestandteil einer philosophischen Gesellschaftstheorie ansetzen und weiter helfen. Musik als Poesie kann das Verhältnis System/ Umwelt erfassen, reflektieren und stabilisieren. Der Ursprung des Musikbegriffs in den Musenmythologien¹⁴⁰ und in den Bildungstheorien der *artes liberales* zeigt den Zusammenhang von Musik und Philosophie, eine Numeralästhetik, auf.¹⁴¹ Die Musik als mathematische Disziplin des *quadrivium* neben Arithmetik, Geometrie und Astronomie gehört danach zum Gegenstandsbereich der Theorie und des Zahlenmäßigen. Musik ist die Lehre von den Proportionen verschiedener Größen und Zahlen zueinander. Die Betrachtung der Quantitäten bringt Wesenhaftes über die Dinge an sich zum Ausdruck. Die Zahl und damit der Klang und der Ton werden zur Ratio aller Dinge. Mit Musik als philosophischem Grundbegriff der Proportion lässt sich das Verhältnis von System/ Umwelt bestimmen und der Mehrklang der Gesellschaft erfassen. Kreativität wird damit *sozial* gewendet.

„Hören ist die Botschaft.“¹⁴² Jenseits der Sprache und des Bewertens rücken das Affektive, die Empfindungen und das Imaginative ins Zentrum. Das unwissende Hinlauschen auf den Hintergrund wird zur Voraussetzung allen Schaffens, zur Voraussetzung von Kreativität. Nietzsche schlägt eine begriffliche Dekonstruktion des herrschenden Begriffssystems vor, um der unmittelbaren Empfindung im Schöpfungsprozess näher zu kommen. Die „romantische“ Dialektik von Schöpfung und Selbstvernichtung liegt diesem Ansinnen zu

139 Zu einer Naturästhetik Gernot Böhme, Anknüpfung, Ökologische Naturästhetik und die Ästhetisierung des Realen, in: ders.(Hg.), *Atmosphäre. Essays zur neuen Ästhetik*, Frankfurt/M., 1995, S. 13 ff.; Christoph Menke (Hg.), *Ästhetisierung*, Zürich, 2010; Konrad Liessmann, *Philosophie der modernen Kunst*, Wien, 1999, S. 199-211.

140 Vgl. etwa die Übersetzung von *musiké techné* mit *Kunst der Musen*. Dazu Hermann Koller, *Musik und Dichtung im alten Griechenland*, Bern/ München, 1963; Erwin Schadel, *Musik als Trinitätssymbol. Einführung in die harmonikale Metaphysik*, Frankfurt/M., 1995.

141 Siehe Historisches Wörterbuch der Philosophie unter den Stichwörtern *artes liberales*, *quadrivium*, *Musik*, hrsg. v. Joachim Ritter, Basel, 1971 u.a.; Josef Koch, *Artes Liberales. Von der antiken Bildung zur Wissenschaft des Mittelalters*, Leiden/ Köln, 1996, S. 2 ff.

142 Peter Ablinger, Fn. 39.

Grunde. Dem alltäglichen, zwanghaften Trieb zur Begriffsbildung müsste ein schöpferischer Trieb zur Metaphernbildung gegenübergestellt werden. Nach Nietzsche ist Metapher für „den ächten Dichter nicht eine rhetorische Figur, sondern ein stellvertretendes Bild, das ihm wirklich, an Stelle eines Begriffes vorschwebt“ und damit ein ästhetisches Urphänomen.¹⁴³

Das Übermaß des Rauschens, seines Tones vermag das Bedeutungs- und Begriffssystem des Rechts aufzubrechen. Der Ton verhält sich jeder Kodierung gegenüber exzessiv.¹⁴⁴ Rauschen ist kein gemerktes Symbol wie Sprache, bei dessen Erfassung der Ton verklingt. Das Rauschen in der Poesie steht für die Abwesenheit von Bedeutung. Sinn wird suspendiert – Musik bleibt.¹⁴⁵

Diese Entlastung macht Erinnern und Reflexion möglich.¹⁴⁶ Es schafft die sensible, auditive Aufmerksamkeit für die Welt und die Klagen der Natur die Walter Benjamin im Sinn hatte – ein Wachsen im Gefühl.¹⁴⁷ Die Ambivalenz des Rauschens, seine Unbestimmtheit und Strukturiertheit, seine Einfassung und Überschreitung, sein Nichtartikulierbares und sein Artikulierbares ist gleichzeitig sinnhafte Eröffnung und Darstellung von tendenziell sich Entziehendem. Das Rauschen verweist auf den Ursprung aller Darstellung und gleichzeitig stört sie die Darstellung, macht sie undarstellbar.¹⁴⁸ Rauschen ist zugleich Komplexitätsreduzierung und Komplexitätssteigerung, Variationsdruck und Selektionsdruck. Rauschen ist die Einheit der Differenz von Materialität und Semantik, die zugleich die Voraussetzung von Sprache ist und sie suspendiert. Rauschen markiert die Grenze zwischen System und Umwelt und läuft damit der funktionalen Komplexitätsreduzierung des Codes Recht/ Unrecht entgegen. Das Rauschen verhindert, dass das Recht die für es quälere „endlose Interpretation der Welt oder der Texte“ abbricht.¹⁴⁹ Insofern hatte

143 Nietzsche, KSA 1, Die Geburt der Tragödie, 60f. Zum metaphorischen Lesen auch Bettine Menke, Fn. 113.

144 Nietzsche, KSA I, Nachgelassene Schriften, Die dionysische Weltanschauung 2, S. 565.

145 Vgl. Roland Barthes, Fn.131.

146 Susanne Scharnowski, Fn. 1, S. 54.

147 Walter Benjamin, Berliner Kindheit um 1900, in: ders., Fn. 69, Bd. VII.1, S. 406, 408 („Im guten Regen war ich ganz geborgen. Und meine Zukunft rauscht es mir, wie man ein Schlaflied in der Wiege singt. Wie gut begriff ich, dass man an ihm wächst.“), 427; ders., Proust-Essay, Fn. 69, Bd. II.1, S. 323; ders., Fn. 69, Bd. IV.1, S. 90, ders., Über die Sprache und über die Sprache des Menschen, Fn. 69, Bd. II.1, S. 155.

148 Jaques Derrida, Die différance, in: ders., Dissemination, hrsg. v. Peter Engelmann, Wien, 1995, S. 193-322. Vgl. Bettine Menke, Fn. 113, insb. S. 572ff.; Susanne Scharnowski, Fn. 1, S. 53f.

149 Niklas Luhmann, Fn. 81, S. 312.

Luhmann Unrecht, wenn er in der romantischen Bewegung die letzte Opposition gegen den Code Recht/ Unrecht sah.¹⁵⁰ Denn das Rauschen setzt die Selbstqualen fort.¹⁵¹ Luhmanns Überforderungsdiagnose¹⁵² ist kein Angriff auf den Rechtscode, sondern seine menschliche und natürliche Voraussetzung. Das Rauschen sprengt die Ordnungskraft der Worte.

Das eröffnet einem postmodernen Ästhetisierungs- als Reflexionsprogramm des Rechts neue Möglichkeiten. Die Rechtsoperation müsste ihre Formen in einem poetischen, musikalischen Sinn aus dem Hintergrundrauschen schöpfen. Erst diese Musik kann die sprachliche Gefangenheit überwinden. Dann wäre die Wiedergeburt der Tragödie in der Sprache selbst denkbar als erneute Verschmelzung von Dionysischem und Apollinischen, von Musik und Sprache, als Erleben in der Sprache. Damit könnte die doppelte Entfremdungproblematik von Recht und Sprache und Literatur überwunden werden. Die Hoffnung liegt auf Formen der Musik und tönender Sprache, in denen die Ursprünglichkeit und die Tonalität des Tones nicht verloren gehen und die das Rauschen der Umwelten in sich tragen.

Recht müsste sich vom Rauschen berauschen lassen und in diesem rauschhaften Taumel zur Unmittelbarkeit der Welt vordringen.¹⁵³ Das ist die romantische Utopie dionystischer Lebenseinheit, der Zusammenhang von Rauschen und Rausch. Das Recht hätte diese ständigen Überforderungssymptome zu ertragen. Es müsste sich berauschen lassen, ohne in einen pathologischen Gemütszustand, in eine paranoide Panik im Kafkaschen Sinn zu verfallen. Sprache im Apollonischen Sinn, also Rechtssprache, das Begriffssystem des Rechts hätte nach seinem immer wiederkehrenden Zusammenbruch die Balance neu herzustellen, den Schein der Wirklichkeit zu wahren.

Das Wiethölterische Rechtsprogramm zielt auf beides: Musik und Sprache – Arationales und Rationales. Recht als Literatur und Musik zu erfassen ist der Versuch, die Verbindungslinie zwischen Recht und Kultur nachzuvollziehen, die Beobachterblockaden der Kultur hörend hinter sich zu lassen¹⁵⁴ und mit

150 Ebenda, S. 172.

151 Zu solchen Selbstqualen Gunther Teubner, Fn. 42, S. 281 ff.

152 Niklas Luhmann, *Liebe als Passion*, Suhrkamp, Frankfurt/M., 1982, S. 199.

153 Roland Barthes spricht von halluzinierter Wahrnehmung, ders., Fn. 131, S. 90. Rauschmotive, in denen zugleich die Nähe zum Wahnsinn deutlich wird, finden sich auch bei Bertolt Brecht, *Rausch*, hrsg. v. Albert Ostermaier, 2007; Stefan Zweig, *Der Rausch der Verwandlung*, Frankfurt/M., 1982.

154 Niklas Luhmann, Eine Redeskription „romantischer Kunst“, in: Jüren Fohrmann und Harro Müller (Hg.), *Systemtheorie der Literatur*, München, 1996, S. 325-344, S. 327, 342.

Hensel

den Mitteln des Rechts und seiner Theorie „die Situation der singenden Welt festzuhalten.“¹⁵⁵ So kann es gelingen, die „versteinerten Verhältnisse dadurch zum Tanzen [zu] zwingen, daß man ihnen ihre eigene Melodie vorsingt!“¹⁵⁶

155 Nietzsche, KSA VII, 1[15], S. 14.

156 Karl Marx, Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung, in: ders./Friedrich Engels. Werke, Berlin, Bd.1, 1976, S. 378-391, 381.

Die Leiden des jungen W. – Notizen zur Geschichte der „Rechtswissenschaft“ von 1968

ERICH SCHANZE

I. Denken, Lügen, Lehren

„Politische Rechtstheorie – Revisited“ oder „Studenten belügen“, das waren die Einladungs-Stichworte für das Treffen in Bremen im November 2012. „Ita mentitur Homerus“ heißt es bei Horaz. Der Dichter weiß um die Doppelbedeutung von „mentiri“. Der legendäre Barde denkt und dichtet, er lügt, irrt sich und täuscht. „Mens“, „ménos“, ist Denkkraft, Verstand, Vernunft, aber auch Erinnerung, Meinung, Absicht. Diese Unklarheit ist für den Schulphilosophen unerträglich. Plato beschimpft die Dichter als Lügner. Doch die neuzeitliche Aufklärung hält zu Horaz. Sie macht sich über die Platoniker lustig: „pour les abstractions j’aime le platonisme“ lässt Molière eine kluge Frau sagen. Voltaire legt Candide zum Schluss aller Irrungen und Wirrungen den Satz in den Mund, dass in seinem Garten dringendere Geschäfte anstehen.

Mein Blick geht zurück in die Mentalitätsgeschichte vor 50 Jahren. Mentiri, sich des Verstandes bedienen, ist das heikle, immer wieder im Scheitern befindliche poetische Projekt der Aufklärung. Ist es da überraschend, wenn Rudolf Wiethölter gelegentlich beim Gang in die Vorlesung augural den Jüngeren mit gespitztem Mund zurief: „Ich gehe jetzt Studenten belügen“? Fabulieren ist lehrhaftes Verdichten. Es ist das Herumirren des Verstandes am Gegenstand. „Alle Welt liebt Deine Lügen“ hieß es unlängst im Refrain der Berliner Jugendzene. So hatte ich meinen mündlichen Bilderbogen für Bremen genannt und mit einem Blick aus unserem Marburger Garten an der Kirchs Spitze begonnen.

Rudolf Wiethölter ist seit einhundert Semestern in Frankfurt am Main Rechtsprofessor. Es geht hier um Erinnerung, Notizen zur Anfangszeit zwischen 1962 und 1968 aus der Sicht eines Frankfurter Studenten im einhundertsten Fachsemester. Zugegeben: es gibt im Studienbuch den furchtbaren Stempel „exmatrikuliert“, schwarz umrandet. Auch die „Rechtswissenschaft“ Rudolf Wiethölters von 1968 ist Rechtsgeschichte. Sie hat Generationen von Juristen motiviert, über Denkroutinen nachzudenken und eine bleierne Zeit aufzuarbeiten. Manches ist selbstverständlich geworden, anderes vergessen. Bedenken wir: das Projekt „Rechtswissenschaft“ im Funk-Kolleg 1967-1968, um dessen Vorgeschichte es gehen soll, sollte anders heißen. Dem Autor gelang es noch, vor dem Druck über dem Impressum die Feststellung anzubringen: „Der Verfasser legt Wert auf die Feststellung, dass der Titel des Bandes

„Recht“ lauten muss. Der Verlag konnte aus urheberrechtlichen Gründen diesen Titel nicht verwenden.“ Das Recht verbot den richtigen Titel. Andere reklamierten damals augenscheinlich „Recht“ für sich. Ein Grund für einen Neubeginn. Allerdings: selbst wenn man beim Verhältnis von Recht und Wissenschaft viele berechtigte Zweifel hegen mag: gerade dieses Buch könnte aus heutiger Sicht für sich beanspruchen, ein Beitrag zur Wissenschaftsgeschichte zu sein. Dialektik der guten Absichten.

II. Das Programm der Politischen Rechtstheorie

Den Einzelband der Fischer Bücherei Nr. 920 vom Oktober 1968 allein zu lesen reicht nicht. Das „Funk-Kolleg zum Verständnis der modernen Gesellschaft – Eine Vorlesungsreihe der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt in Zusammenarbeit mit dem Hessischen Rundfunk“ beginnt mit Band 846 „Wissenschaft und Gesellschaft – Einführung in das Studium von Politikwissenschaft, Neuere Geschichte, Volkswirtschaft, Recht, Soziologie“ vom Februar 1967. Im Abschnitt „Recht“ von Rudolf Wiethölter lesen wir im Einleitungskapitel „Wandlungen der Rechtsidee“ auf S. 217:

„Das Thema ist im Grunde vermessen formuliert. Früher wäre wohl auch nur der Rechtsphilosoph legitimiert gewesen, es anzupacken. Heute ist das im wesentlichen aus zwei Gründen anders. Einmal hat die Rechtswissenschaft die verlorenen oder zerrissenen Fäden zu den politischen, sozialen und ökonomischen Voraussetzungen des Rechts wieder angeknüpft, zum anderen ist im Recht wie in anderen Gebieten eine Art Entmythologisierung im Gange, eine Götter- und Götzendämmerung, um es zu pointieren. Die Frage, wie kann nach und muß trotz Auschwitz Recht sein, macht das Recht mehr als je zuvor auch zu einem Politikum, das jedermann angeht.“

Das Leitmotiv wird in der „Rechtswissenschaft“ im Kernbereich des Privatrechts fortgeschrieben und verheißungsvoll variiert (S. 179):

„Im Bürgerlichen Recht brauchen wir heute neue Modelle. *Franz Wieacker* spricht von der Ablösung formaler Pflichtethik durch materiale Verantwortungsethik. Ich selbst möchte die *Aufgabe* kennzeichnen als *Politisierung des Bürgerlichen Rechts*. Dabei ist ‚politisch‘ zu verstehen als Zielvorstellung von der ‚guten Ordnung‘ eines Gemeinwesens, für die Menschenbild, Geschichtlichkeit der Existenz und Verfassung die wichtigsten Leitlinien für die methodischen Wege setzen. Selbstverständlich ist auch das liberale Bürgerliche Recht politisch, aber nicht im Sinne seines Selbstverständnisses von Politik, das Politik mit Staatlichkeit verknüpft, überhaupt als Mittel, nicht als Ziel empfindet.“

III. Spurensuche

Die historische Wirksamkeit des Gedankens einer politischen Rechtstheorie steht außer Frage. Hier geht es um Beobachtungen zur Entstehung. In der Anthropologie setzt man auf „teilnehmende Beobachtung“, auf emische und etische Ansätze mit ihren Komplikationen. Gewiss ist: die Hütte Margaret Meads im Dorf verändert bei aller Assimilation Verhalten und Normen in der Gruppe. Aber immerhin, der Beobachter hat ein durchdachtes Beobachtungskonzept. Die Beobachtungen eines Studenten im dritten Semester im Jahre 1963 sind in diesem Sinne konzeptlos. Vielleicht taugen eher romanhafte Konzepte. Geht es um die Sicht des Knappen des Ritters im Roman des Cervantes? Wilhelm Meister? Oder um das Raisonnement des Blechtrommlers in der Anstalt? Immer ging es und geht es noch um die Asymmetrie des Schülers in der Studierstube. „Gönn‘ Eure Gunst mir dieses Zeichen!“ Schwarz auf weiß, als Quelle, besitze ich meine Vorlesungsmitschriften: „Erbrecht“ Sommersemester 1963, „Moderne Probleme des Delikts- und Bereicherungsrechts“, Wintersemester 1963/64, „Wirtschaftsrecht“, Sommersemester 1964, dazu vier Scheine in Seminaren vom Wintersemester 1964/65 bis Sommersemester 1966; erste Einstellung als „wissenschaftliche Hilfskraft mit Abschluss“ am Institut für Wirtschaftsrecht am 1.3.1967.

Nun zu den fußnotenfreien Bruchstücken einer Mentalitätsgeschichte des politischen Rechtstheoretikers. Sie beschränken sich auf Wahrnehmungen, die in keinem ordentlichen Verfahren verwertbar sind. In der Bremer Tischrunde hagelte es erwartungsgemäß Beweisverbots- und Befangenheitsanträge sowie sofortige entschiedene Klarstellungen *inter omnes*. Das hundertste Lehrsemester war hellwach. Alles Dichtung? Vielleicht. Die Memorabilien beginnen mit der ersten Begegnung des 20-jährigen Studenten im Hörsaal mit dem 33-jährigen Ordinarius im Frühjahr 1963. Zunächst aber zu den Zeitumständen.

1. *Annales*

Man schrieb das letzte Jahr der Ära Adenauer. Rudolf Augstein und Conrad Ahlers waren nach mehr als dreimonatiger Untersuchungshaft im Februar 1963 freigekommen. „Wir haben einen Abgrund von Landesverrat im Lande“, hatte der greise Bundeskanzler erklärt. Es sollte noch zwei Jahre dauern, bis der Beschluss des III. Strafsenats des BGH das Ermittlungsverfahren beendete. Im Januar 1966 wurde die Verfassungsbeschwerde des Spiegel-Verlags bei Stimmengleichheit abgelehnt. Keine Beendigung der causa Spiegel.

Das Frankfurter Institut für Wirtschaftsrecht liegt noch nicht im „Dritten Stock“ des Juridicums, sondern im Erdgeschoß eines von der Universität ge-

mieteten Hauses in der Schumannstrasse 69. Beste Wohnlage nahe Palmengarten, hohe Räume, Parkett. Chefzimmer, Sekretariat, vorn Seminarraum, hinten Assistentenzimmer, Küche. Die Bibliothek ist im Aufbau. Die Bücher sind mit handbeschriebenen weißen Tapes signiert. Frau Beyer arbeitet streng und geduldig an einer mittelgrau lackierten Adler-Büroschreibmaschine mit Pelikan-Bändern. 1965 wird das Tipp-Ex Papier durch Tipp-Ex fluid abgelöst, übrigens eine Erfindung aus dem Frankfurter Raum. *Genius loci*. Neben einem unauffälligen, groß gewachsenen, aus Köln stammenden Assistenten gibt es Dieter Hart. Gewinnendes Lächeln, braune Harris-Tweed-Jacke, Button down, dezenter Seidenschlips mit Papageien-Muster. Der Chef liebt Hellgrau, manchmal Pfeffer- und Salz und quer gestreifte, etwas auffälligere Krawatten. Er fährt einen Opel Kapitän, Modell P, Baujahr 57-58. „Größtes Auto der Fakultät!“ bestätigt er noch lachend in Bremen. Etwas später wird es der Ford Taunus HG-W 474 sein, gebaut in Köln. Privatwohnung in Oberursel, Henricusstraße 22, gute Taunuslage in kleinem Mehrfamilienhaus, erster Stock, Balkon, Blick in die Mainebene. Einrichtung: Typ Deutsche Werkstätten Nussbaum, Couchgarnitur. Bücherwände: kompletter Enneccerus, Soergel, NJW, Großer Brockhaus oder vielleicht auch Herder (!), Werkausgaben der Zeit, die üblichen Meiners, und Kröners, viel rororo und Fischer Taschenbücher, die ersten Regenbogen-Suhrkamps, und, teils auf dem Boden, der komplette Spiegel, sogar die ersten kleinen Hefte. In einer Ecke amerikanische Literatur, die er aus Berkeley mitgebracht hat. Bei den sommerlichen Seminar-Abschluss-Festen, verkappten Geburtstagsfeiern, gibt es „Cold Duck“. Wir halten dies für typisch amerikanisch.

Antrittsvorlesung in der Aula im Talar. Das Barrett sitzt etwas kühner als bei den Kollegen. Beim Einmarsch neben dem Dekan in der Gruppe älterer Herren lächelt der Jungordinarius etwas verlegen, aber durchaus stolz. Ich denke an das Selbstportrait des 28-jährigen Rembrandt van Rijn, der sich gerade stilistisch selbst gefunden hat. Er kennt die Kleiderordnung, weiß, dass man das Barrett erst nach der Begrüßung abzieht. Macht er mit Schwung und zeigt seine rot-blonden Locken. Sie werden sehr früh weiß sein. Klare, sympathische, gut verständliche Stimme mit kaum merklichem westfälischem Einschlag, dazu die unverwechselbare Gestik der luftdurchschneidenden flachen Hand. Thema, später veröffentlicht in der Festschrift seines Lehrstuhlvorgängers Franz Böhm unter dem Titel: „Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat“. These: Die Verfassung legt sich nicht auf ein bestimmtes Wirtschaftsmodell fest. Der moderne Wohlfahrtsstaat fordert sowohl Interventionen als auch Spielräume für die Regelung von Einzelbereichen zum allgemeinen Wohl. Es geht um eine „economy in search of a state“. Guter Freund und Stichwortgeber: Horst Ehmke. Paradigmatische Verfassungsgerichts-Entscheidungen: Investitionshilfe-Urteil, VW-Privatisierungs-Urteil, Werkfernverkehrs-Urteil. Das ist noch nicht ganz die „Rechtswissenschaft“ von 1968.

Was hat er gelesen, was liest er zwischen 1963 und 1966? Ich kann dies nur unvollständig aus Bemerkungen in den Vorlesungen und sonstigen Literaturempfehlungen rekonstruieren. Aber er sprach auch über seine Entdeckungen im kleinen Kreis. Beruht die politische Rechtstheorie Rudolf Wiethölters auf einer systematischen Rezeption der Kritischen Theorie? Immerhin ging sein Weg bei jeder Vorlesung am Institut für Sozialforschung vorbei. Max Horkheimer und Theodor W. Adorno saßen dort und im Hauptgebäude. Adorno wohnte um die Ecke im Kettenhofweg, Horkheimer, wenn er in Frankfurt war, ab 1964 in einer Suite im „Interconti“ am Main.

2. *Erbrecht*

Die Vorlesung „Erbrecht“, dreistündig, begann am 6. Mai 1963. Literaturempfehlung: Bartholomeyczik zu 12,80. Für die Vermögendere: Enneccerus-Coing zu 45, 50 oder Lange zu 40 DM. Aber auch: O. Model, Testamentsrecht für die Praxis. „Wertvoll“, so Wiethölter, Böhmer in Staudinger, Einleitung und Vor § 1922. Dies also eher für Kenner.

Standard-Gliederung: Gesetzliche, willkürliche Erbfolge, Sondererbfolge, Rechtstellung des Erben, letztwillige Verfügungen, Internationales Erbrecht. § 1 Ideengeschichte, § 2 leitende Grundsätze, § 3 Das Erbrecht in der sozialen Ordnung, dort am Ende Steuergestaltung. Ein Höhepunkt: § 11 und 12 Auslegung und Nichtigkeit, mit vielen Literaturhinweisen. Insgesamt lebendig und witzig. Zwecke der Institutionen werden anfangs erläutert, dann geht es fachmännisch in die Rechtstechnik, Auslegung der Vorschriften, darunter § 2013 (W.: „dunkelste Vorschrift im BGB“), wenige Abweichungen von der h.M., immer gut begründet. Er liebt flotte Merksprüche: „Das Gut rinnt wie das Blut“, „Vermächtnisnehmer ist kastrierter Erbe“ und natürlich: „Der Vater heiratet die Gesellschafterin, die der Vorerbe unentgeltlich verwahrt.“

Dahinter steckt ersichtlich viel Arbeit des jungen Dozenten. Wer selbst das 5. Buch gelesen hat, weiß um die Schwierigkeiten; eine komplexe Partie des BGB. Die Liebe zum Detail schlägt sich bei mir in 66 Ringbuchseiten nieder. Der ganze Text stammt direkt aus der Vorlesung. Keine Nacharbeit nötig. Das ist glockenklar und bei allem Witz ernsthaft und gekonnt. Aus der Sicht des emsigen Vorlesungsgebers dennoch bisweilen elitäre Teilnahmequote, wenn Schwimmbadwetter ist. Manche sind schon beim Repetitor. Drei Jahre später erfahre ich, dass er die Erbrechts-Bandredaktion im Soergel übernommen hat, Anlass für meine kurzfristige Beschäftigung mit den Vorschriften über den Erbschaftsbesitz.

3. Moderne Probleme des Delikts- und Bereicherungsrechts

Für den Beginn der zweistündigen Spezialvorlesung im Wintersemester 1963/64 habe ich den 8. November 1963 notiert. Ich hatte im Sommer Spiros Simitis' „Unerlaubte Handlungen“ gehört, wusste also ungefähr, worum es ging. Im Sommer 1965 werde ich Wiethölter's Vorlesung „Moderne Probleme des Bereicherungsrechts“ hören. Diese Vorlesung ist inzwischen ein Muss, Besprechung von neuen Entscheidungen und dogmatischen Ansätzen. Der Meister des Fachs, John Dawson, lässt sich 1968 in Cambridge, Massachusetts, interessiert vom student assistant berichten. Dies ist ein „Kolleg“ (Wiethölter liebt diesen etwas altfränkischen Begriff, der im „Funkkolleg“ wiederkehrt; ich vermute, das war in Köln so üblich), vielleicht im Gegensatz zur „systematischen Vorlesung“, wie jene zum 5. Buch. Natürlich hier keine Lehrbuchempfehlungen, sondern Literatur während der Vorlesung.

Er beginnt mit „methodischen Problemen“, namentlich dem „Fruchtbarmachen der Rechtsprechung als Rechtsquelle“. Es folgt ein soziologischer Exkurs: „Recht scheint Standesprodukt bestimmter Laufbahnen zu sein“, es gäbe eine „Bewegung vom empirischen zum normativen Denken“. Wechsel zurück zur dogmatischen Grundthese „Fahrlässigkeit ist reiner Schadensverteilungsschlüssel“ (wie war das noch gleich im Strafrecht und bei dem unsäglich vortragenden Georg Isele im Zivilrecht im ersten und zweiten Semester?). Als Coda der Exposition: Es gibt „eine Entwicklung von der Rechtsfindung zur Rechtsgestaltung“. Der Richter sei überfordert, da ein „Amtscharisma nicht mehr vorstellbar“ sei. Schon ein Quentchen „politische Rechtstheorie“?

Dann geht es zu den Entscheidungen. Im Grunde wissen die Richter, was sie tun. Nur bei den Begründungen liegen sie daneben. Als Beispiel gleich BGH Z 37, 363, die in der JZ besprochene Spielbank-Entscheidung. Dort wurde, so W. unerbittlich und zu unserer Freude, „an jedem Punkt vorbeigeschossen“. Anlass für einen sofortigen propädeutischen Exkurs: Wie analysiert man eine BGH-Entscheidung? *Quam dictavit sanctus spiritus*. Der Vortrag des Sachverhalts darf eineinhalb Minuten dauern, das Entscheidungsreferat genau drei. Dann folgt die Kritik: a) bisherige Rechtsprechung, b) Kritik der neuen Entscheidung. Steilpass, Doppelpass, Tor. So muss es sein.

Ein erster Schwerpunkt ist der Grenzbereich zur Vertragshaftung. Culpa in contrahendo als „Deliktsrecht im Vertragsgewand“, ebenso der Vertrag mit Schutzwirkung, dann die Produzentenhaftung, Ausgangspunkt Capuzol, Rückgriff auf den Büchsenmacherfall, dazwischen immer Anmerkungen zu § 831, „zu eng formuliert“, Teil eines „stillen Sinneswandels einer alternden Kodifikation“, „ohne“ und „mit“ BGH Z 24,21, Problem der Versicherbarkeit, Zitat von Ehrenzweig. Dann seine Domäne „Fahrlässigkeitsunrecht“ mit der notorischen Rechtsprechungskette: Notarfall, Rennfahrerfall, Kind mit Schleuder,

Gema, Mülltonne, Dentist-Nadelfall, Gewehreigentümer, Apotheke. Intensive rechtsvergleichende Hinweise: Palsgraf case (ich notiere zunächst „Pfalzgraf“, korrigiere später mit Bleistift, vielleicht hieß die schockierte Klägerin Helen P. ja ursprünglich mal so?) mit Benjamin Cardozo's foreseeability-Doktrin, das Restatement Tort und die Entscheidung des Privy Council (von mir nicht namentlich, sondern nach dem Fundort notiert) Wagon Mound No. 1, damals ziemlich neu, von 1961. These: Es gibt keinen „objektiven Sorgfaltsmaßstab“, sondern nur „abstrahierte Maßstäbe“. Zitate aller drei lebenden Kaufmänner und natürlich Esser, Grundlagen, und immer wieder von Caemmerer. Schließlich das Schema: „Gefährdungshaftung, Fahrlässigkeit, Vorsatz“ mit seinen je drei Wiethölterschen Merkmalen.

Meine Notizen enden in diesem Semester bei einer langen und subtilen Diskussion des Kausalitätsbegriffs, dabei, wiederkehrend und mit viel Literatur, der Autobahngrünstreifen-Fall. Wo blieb das Bereicherungsrecht? Ich finde auch keinen Verweis auf den Kölner Habilitationsvortrag „Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens“, der 1960 bei C.F. Müller erschienen war; Japan und Korea lebten später davon, Klaus Thiedig sei Dank. Ein Höhepunkt der Zivilrechtsdogmatik der Zeit. Ja, er sagte es nicht. „Aber wenigstens deuten hätt' er's können!“ grantelt Karl Valentin in der Szene „Beim Apotheker“. Vielleicht habe ich damals einfach nicht aufgepasst, nichts aufgeschrieben. Da war einer, dem konnte man dogmatisch nichts vormachen, h. M. im „Kolleg“.

4. *Wirtschaftsrecht*

Viele Blätter zur zweistündigen Vorlesung „Wirtschaftsrecht“ vom Sommersemester 1964. Oben am Rand des ersten Blattes steht groß „2.6.64“, kleiner darüber „25.5. eigentl.“ Der Grund ergibt sich aus meinem Notizbuch: die Hausarbeit im „Großen BGB“ bei Simitis war am 29.5. fällig. Der Protest des Professors nach 48 Jahren in Bremen war völlig berechtigt. Entschuldigung! Wie sinnlos, darüber zu sinnieren, dass er in der ersten Stunde des Semesters nicht dagewesen sein könnte! Ein Kollege hatte aufgeschrieben: Literatur: Rink, Wirtschaftsrecht, bisher einziges Lehrbuch; dazu ein merkwürdiges Notat: „Bartholomeyczik (im Ersch.)“. Die Grundthesen habe ich oben beim kurzen Referat der Antrittsvorlesung genannt. Er beginnt mit drei Problemkreisen: Kartelle, Konzerne („schlechter Ausdruck, eher ‚trust‘“) und Fusionen und geht dann zur Regulierungstechnik über: „In allen Regelungen sind verschiedene Fälle ähnlich behandelt“, etwas dunkel, vielleicht verhört. Es folgen die damals geläufigen Wettbewerbstheorien, Ende bei Clark, workable competition.

Durchweg ein Feuerwerk: Wirtschaftsverfassungsrecht (Artt. 1-12 GG) „gibt den Entscheidungen die verfassungsrechtliche Weihe“. Verfassung ist allen-

falls Rahmen, die Normen sollten restriktiv interpretiert werden. So das Bundesverfassungsgericht im VW-Privatisierungs-Urteil. Die aktuelle Situation des Wirtschaftspluralismus kennzeichnet er einmal als „komplexes Chaos mit ausführlichem Register; das Jammern wird zur Strategie“. Die häufigen Literaturangaben (Reihenfolge nach Vorkommen in den jeweiligen Zusammenhängen) sind eine Art Lesekanon für 1965-68. Im Wirtschaftsrecht gibt es „kein brauchbares Lehrbuch“, aber zu lesen wären z.B.: A. A. Berle, J. K. Galbraith, W. Friedmann, E. Salin, H. Ehmke, H. Krüger, R. Smend, R. Kaiser, F. Wieacker, H. Ridder, W. Sombart, H. Pross, K. Ballerstedt, W. Conze, Th. Schieder, W. Hennis, W. Böckenförde, und die „Standard-Kette“: Hobbes, Locke/ Kant, Rousseau – Hegel, Marx, Freud, M. Weber. Noch(?) nicht, zumindest nicht in irgendeinem Vorlesungszusammenhang, z.B. : Horkheimer-Adorno, Dialektik der Aufklärung (1947), Adorno, Minima Moralia (1951), Koselleck, Kritik und Krise (1959), Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1961), oder Theorie und Praxis (1963).

Vieles aus der Kritischen Theorie war gewiss unter Intellektuellen, wie ihm, bereits Gemeingut. Er war immer bereit, wie der Klassiker am Frauenplan, für ein Bonmot eine Börse von Gold zu geben. Ich glaube aber, dass mir eine akzentuierte Verarbeitung der Frankfurter Schule und ihrem Umfeld aufgefallen wäre, da ich mich 1963-65 eher durch eine zufällige persönliche Konstellation an diesen Texten versucht habe. Mein dreieinhalb Jahre älterer Bruder Helmut promovierte über „Romantik und Aufklärung“ bei Theodor W. Adorno und dem Germanisten Heinz-Otto Burger. Er setzte mich, wie wir das unter uns bezeichneten, als „philosophischen Holzbock“ ein. Der Kleine musste die Sachen des Großen lesen; dann wurde geprüft, ob es halbwegs verständlich war. Ich wollte mich nicht völlig blamieren. Zu Adorno, der in Hörsaal 5 die „Negative Dialektik“ vortrug, ging es, wenn nichts interessantes Juristisches anstand. Allein das Publikum, das anders als bei den Juristen aussah, lohnte schon. Die konzentrierten Zusammenfassungen der vergangenen Stunde waren rhetorische Kunstwerke. Während des Semesters steckte ich wegen der Zugfahrt aus dem Vordertaunus ohnehin den ganzen Tag in der Universität. Am Wochenende hatte ich Zeit zum Lesen zwischen den Führungen im Goethehaus. Neben den kunstgeschichtlichen Übungen Harald Kellers hörte ich Horkheimers Kant-Vorlesung. Mehr aus Neugier schlich ich mich sogar ein oder zweimal in „das“ Seminar, in dem zuerst das damals übliche Protokoll der vorangegangenen Sitzung und erst dann das neue Referat abgehandelt wurden. Dann monologisierte Adorno, bis ihn Horkheimer gütig, aber bestimmt ausbremste. Es wurde viel geraucht, was mich als Nichtraucher störte. Im Institut für Wirtschaftsrecht war die Luft besser.

5. *Seminare und Projekte 1964-66*

Im Wintersemester 1964/65 nahm ich am Seminar über Vergleichendes Vertragsrecht teil, mein Thema: „culpa in contrahendo“. Im folgenden Sommer veranstaltete Wiethölter ein Seminar für Privatrecht mit dem Klammertitel: Probleme des Wertersatzes im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, der ungerechtfertigten Bereicherung und der unerlaubten Handlung. Ich referierte über „Die geschichtliche Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes“. Im Wintersemester 1965/66, Wiethölter war inzwischen Dekan, bezog sich das Seminar auf Internationales Privatrecht. Es ging wohl auch um Vorüberlegungen für den Vortrag bei der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht über den „Internationalen ordre public“. Mir war das Thema „Der ordre public im anglo-amerikanischen Schrifttum“ zugewiesen. Daneben arbeitete er an dem ebenso beeindruckenden Beitrag über die GmbH & Co. KG.

Beide großen Arbeiten pendeln zwischen weit entfernten Polen, dem Raum in dem sich das bereits 1963 definierte Projekt seines „Wirtschaftsrechts“ bewegt. Würde man die Grundthesen des gesellschaftsrechtlichen Aufsatzes allein nehmen, so könnte man in der anklingenden Begeisterung für ein „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“ und den – wie Karsten Schmidt später Wiethölter, Mertens, Schanze einordnen sollte – „Instrumentalismus“ im Gesellschaftsrecht einen markanten Wirtschaftsliberalen vermuten. Beim internationalen ordre public spürt man den Akzent auf „good policy“. Hier geht es um eine auf Transparenz und Beteiligung gegründete politische Vermittlung von stets virulenten, unauflösbaren Konflikten in einer pluralen, auf Globalisierung gerichteten Gesellschaft. Dies ist umso erstaunlicher, wenn man den von ihm viel bewunderten Lehrer Gerhard Kegel bedenkt, dem es im IPR stets um Autonomisierung, Immunisierung und die sprichwörtlichen „Kegelleitern“ ging. Diesen Punkt hat Christian Joerges diskret in seiner fabelhaften Studie zum Funktionswandel des Kollisionsrechts aufgenommen, ohne dass auch bei ihm sich die trüg-arrogante deutsche Lehre daran gekehrt hätte.

6. *Ein politischer Jurist?*

Betrachtet man die Spuren in der Summe, so gibt es Akzente, einheitliche Linien und Stilelemente. Alles ist Wirtschaftsrecht. Auffällig ist eine hohe, künstlerisch wirkende Sensibilität, ein Sinn für Widersprüche in der wirklichen Welt und der Gegenwelt der Institutionen. Zweifellos ist aber auch eine Hingebung und Begeisterung für Technizität zu registrieren. Zivilrechtsdogmatik ist eher Heimat, keineswegs Asyl. Sein Spaß als Virtuose mit ausgefeilten Kadenzen im BGB, Gesellschaftsrecht und IPR, der spukt so hin und wieder. Aber auch das, was er gern als ein „warmes Herz“ bezeichnet, ist ein starker und echter Grund-

ton. Soziale Gerechtigkeit und Wahrhaftigkeit scheinen durch seinen Vortrag, sie stellen auch an ihn selbst die höchsten Maßstäbe.

Augenzwinkernd mag man bemerken, dass er dem wöchentlichen Erscheinen des Spiegel mit unruhigem Interesse entgegen sieht. Bei Nichtlieferung: *diem perdidit*. Adenauer soll einmal gesagt haben, dass in der Neuen Zürcher das stünde, was er denke. Manche bemerkten damals, es habe schon vorher drin gestanden. Im Spiegel wird bestätigt, was er schon vorher fühlt. Hier riskieren Redakteure etwas, wenn die Seilschaften wieder einmal zudecken und manipulieren wollen. Da ist schon etwas von latenter Empörung, allerdings immer im Gewand des „citoyen“, des streitbaren Bürgers, einer seiner Lieblingsbegriffe. Nein, Bourgeois will er nicht sein. Wagte man eine politische Einordnung, so geht es wohl eher um das Godesberger Programm. Persönlicher Held: Rudolf Augstein.

Sicher niemand, dessen morgendliches Mantra die Unmöglichkeit des richtigen Lebens im falschen ist. Aber man hat den Eindruck, er denkt auch über diesen Punkt nach.

IV. Paperback Writer 1966-68

1966 lief in den Kinos „Wenn Katelbach kommt“. Der zweite Kinofilm Roman Polanskis nach dem „Messer im Wasser“ gewinnt in Berlin den Goldenen Bären, Originaltitel: „Cul-de-sac“. Die schwarz-weiße Gangster-Komödie verbindet Elemente von „Warten auf Godot“ mit, so das Lexikon des Internationalen Films, einer „bitterböse [n] Parabel auf die Kommunikationsstörungen der bürgerlichen Gesellschaft und ihrer Disposition zur Gewalt“. Im gleichen Jahr spielt in den Jukeboxes, aber auch in bürgerlichen Heimen im Vordertaunus als Nummer eins „Paperback Writer“ von den Beatles:

Dear Sir or Madam, will you read my book?
It took me years to write, will you take a look?
It's based on a novel by a man named Lear,
And I need a job.
So I want to be a paperback writer.
Paperback writer.

Im Film kommt Katelbach natürlich nie. Aber in Frankfurt kam Gerd Kadelbach. Er war Redakteur und Abteilungsleiter beim Hessischen Rundfunk und war unter dem Motto „Bildung ist Bürgerrecht“ an den damaligen Rektor der Johann Wolfgang Goethe-Universität Walter Rüegg mit der Überlegung herangetreten, ein „Funkkolleg“ zu organisieren. Unter uns gab es nur Mutmaßungen, wie Rudolf Wiethölter in die Gruppe der überwiegend deutlich älteren anderen Dozenten gelangt sei. Gab es eine Art „Vor-Team“ aus Bildungsre-

formern, Treffen und Absprachen einer Gruppe, die sich für diese neue Volkshilfungs-aufgabe zusammengefunden hatte? Wer war der Kopf? In Bremen 2012 erfolgte die Klarstellung. „Es war sehr einfach. Ich war Dekan, wie die anderen. Nach der Senatssitzung fragte uns Rüegg, ob wir an dem Projekt interessiert seien. Ich bejahte das. Alles ging sehr schnell.“ So entstanden zwei Paperbacks – ein immenser publizistischer Erfolg. „Das war eines der besten juristischen Bücher. Ja, das hat uns alle beeindruckt“, sagte mir kürzlich der Kollege und prominente Zürcher Wirtschafts-anwalt Peter Nobel, als ich die geplante Reise nach Bremen erwähnte.

Wahrscheinlich habe ich die erste Runde, die zum interdisziplinären Sammelband „Wissenschaft und Gesellschaft“ führte, nicht recht mitbekommen. Ich war damals im Staatsexamen. Aber an den ungeheuren Produktionsdruck im Radio-Semester „Funkkolleg Recht“ 1967/68 mit der Entstehung des Textes „Recht[s-wissenschaft]“ erinnere ich mich lebhaft. Oft kamen die Manuskripte für die Sendung im HR 2 gerade aus der Schreibmaschine. Frau Beyer schaute zum Himmel. Klaus Thiedig rotierte. Er hatte die besten Nerven. Der Chef fuhr aufgelöst zum Funkhaus. „Ich habs, das reicht!“ Sie forderten eigentlich ein druckreifes Manuskript. Zu Hause war der Teppich flächig mit Büchern und Zeitschriften bedeckt. Auf vielen Zetteln die kleine flüssige Schrift, das geflügelte „Ach, Rudolf“ von Ursula Wiethölter im Ohr. Er konnte wirklich schnell arbeiten, aber ein Journalist wollte und konnte er nun wirklich nicht sein. Dazu ging es um zu viel Engagement, wissenschaftlichen Stolz, auch Künstlertum. *Muss es sein? – Es muss sein!*

V. Die Leiden des jungen W.

Am Freitag, den 2. Januar 1824 ist Goethe bestens aufgelegt. Es geht zunächst um eine hübsche junge Frau. Eckermann wendet das Gespräch auf den Werther. „Das ist auch so ein Geschöpf“, sagte Goethe, „das ich gleich dem Pelikan mit dem Blut meines eigenen Herzens gefüttert habe. Es ist darin so viel Innerliches aus meiner eigenen Brust, so viel von Empfindungen und Gedanken, um damit wohl einen Roman von zehn solcher Bändchen auszustatten. Übrigens habe ich das Buch, wie schon öfter gesagt, seit seinem Erscheinen nur ein einziges Mal wieder gelesen und mich gehütet, es abermals zu tun. Es sind lauter Brandraketen! ...“ „Brandraketen“, das ist bei Goethe nicht unterhaltsames chinesisches Feuerwerk. Es ist die gefährlichste Waffe der Napoleonischen Artillerie, der Städte und Schlösser nicht widerstehen können.

VI. Nachfragen

Die „Rechtswissenschaft“ von 1968 ist in vielen Sprachen verfügbar. Es hat eigene und fremde Digesten gegeben, denn die Funkkollegiaten hatten sicher die eine oder andere Nuss zu knacken. Da war auch die Schar der Gläubigen. Etwas schwierig für die Älteren. Wie selbstkritisch durfte eine kritische Rechtswissenschaft sein? Bemerkenswert sind zwei spätere Texte, die wichtige Thesen in gewisser Weise kanonisieren, nämlich die von Wiethölter bearbeiteten Stichworte „Bürgerliches Recht“ und „Wirtschaftsrecht“ im Handlexikon zur Rechtswissenschaft, herausgegeben von Axel Görlitz aus dem Jahr 1972. Es blieb die eine oder andere Frage.

Die Frage der unbegrenzten Sympathie für Franz Wieacker, die uns damals alle nach „Materialisierung des Rechts“ rufen und uns diese oder jene unbeachtete Attacke gegen die Formalität des Rechts reiten ließ, wurde in Bremen 2012 schnell beantwortet. Es waren die bestechende Klugheit und der umwerfende persönliche Charme des zweifellos großen Rechtshistorikers, die dem Privatdozenten in seinem Gastsemester in Göttingen entgegen traten. Verbunden ist damit die Präferenz für Rudolph von Jhering bei gleichzeitiger Kritik an Savignys latentem Formalismus und Positivismus, Kampfbegriffe der kanonisierten politischen Rechtstheorie. Ob diese Stilisierungen halten, steht dahin.

Was ist der Ort einer „politischen Rechtstheorie“? Zum Verständnis hilft mir heute die Unterscheidung zwischen drei Diskursen *über* Recht. (1) Man kann kaum leugnen, dass Recht in einem lehrhaften sprachlich-praktizierten Zusammenhang steht. Dieser *Dogmatik-Diskurs* beschäftigt sich mit den „narratives“, den Sprechweisen über Recht und deren schlüssige Organisation. (2) Davon trennbar ist, was ich als *Relativitäts-Diskurs* bezeichne. Er beschäftigt sich mit dem Bezug des Rechts zu anderen Entscheidungs-Diskursen. Ich denke an die Sprachspiele, die Werte und Normen beispielsweise in Politik, Wirtschaft, Familie, Religionsgemeinschaften betreffen und organisieren; sie stehen dem angewandten Recht gegenüber. Es geht dabei im weitesten Sinne um einen *soziologischen* Diskurs, der üblicherweise in den Rubriken „Rechtsvergleichung“, „Rechtsgeschichte“, „Rechtssoziologie“, „Rechtsphilosophie“ abgehandelt wird. Schließlich geht es (3) um einen *Effektivitäts-Diskurs*, der sich mit den Wirkungen von zu treffenden Rechtsentscheidungen und bestehenden Normierungen auseinandersetzt. Einige Stichworte sind hier „Verhaltenswissenschaft“, „ökonomische Analyse des Rechts“, „impact analysis“, „Prinzipal-Agent-Theorie“.

Diese drei Diskurse schließen sich nicht aus, sondern ergänzen sich. Die Diskurse (1) und (2) argumentieren *qualitativ*, der Diskurs (3) *quantitativ*, mit Statistik und Schätzgrößen, Hypothesen und Modellen über Wirkungen.

Die „politische Rechtstheorie“ ist ein Oxymoron. Sie gewinnt ihre kritischen Einsichten aus der bewussten Grenzüberschreitung: Recht vindiziert Politik, wie die Politik das Recht vindiziert. Macht macht Recht erst zurecht; domestiziert das Recht die Macht? Dies ist eine mögliche Heuristik als Variante des Relativitäts-Diskurses. Ich vertrete als Lehrer, dass alle drei Diskurse für das Verständnis von Institutionen kritische Aufmerksamkeit verdienen.

VII. Nachtrag

Für die Heimreise von Bremen hatte ich mich im Hotel mit Gunther Teubner verabredet. Wir trafen uns nicht, weil im Zug die Leute standen. Auf dem Bahnsteig in Frankfurt wartete Gunther auf mich mit unverwechselbar lachendem Gesicht. „Ich konnte nicht durchgehen, schade.“ „Klar.“ Rudolf Wiethölter kam von hinten und lief konzentriert nach vorne blickend schnellen Schrittes an uns vorbei. „Er hat uns nicht gesehen. Er war also doch im Zug. Eine bemerkenswerte Runde in Bremen. Er war wie immer.“ „Ja“, sagte ich, „ganz erstaunlich und rührend, aber ich habe ihn lange nicht gesehen. Immer noch der Zauberer. Bremen erschien mir wie ein Amselnest in unserem Garten. Wenn der große Vogel kommt, recken alle die Schnäbel und heischen.“ Ich fuhr allein weiter auf der alten Strecke am Westbahnhof vorbei in den Vordertaunus. Dort würde ich Rosemarie treffen und mit ihr zurück nach Marburg fahren.

Anwalt werdenden Rechts

DAN WIELSCH

I.

Wie können Juristen unter System-Bedingungen praktisch vernünftig handeln? Die Frage selbst ist das Programm des Rechtslehrers Rudolf Wiethölter. Seine Antwort liegt in der Performanz, mit der er sich zum Anwalt der Gesellschaft gegenüber ihrem Recht macht. Die Rechtsvernunft, für die er plädiert, soll der Gesellschaft experimentelle Prozesse mit sich selbst ermöglichen. Kein „Jurist als solcher“, der die Autonomie des Rechts mit reflexiver Enthaltensamkeit gegenüber der Umwelt gleichsetzt,¹ sondern ein Jurist, der „Gesellschaft als Gesellschaft“ zum Entstehen bringen möchte. Deren Allgemeinheit, in der die Parteilichkeit des Besonderen aufgehoben ist und so das Umschlagen von Freiheit (der einen) in Unfreiheit (der anderen) verhindert, soll freilich allein als „Rechtsallgemeinheit“ zu haben sein. Gesellschaftliche Veränderung ist danach gebunden an das Recht – vollzieht sich „als Recht durch Recht gegen Recht“.²

Denn am Recht kommt die moderne Gesellschaft scheinbar nicht vorbei, begreift sie sich doch wesentlich als rechtlich verfasst. Die Moderne wird sich gleichsam im Recht ihrer selbst bewusst.³ So liest man in Kants „Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht“: „Das größte Problem für die Menschengattung, zu dessen Auflösung die Natur ihn zwingt, ist die Erreichung einer allgemein das Recht verwaltenden bürgerlichen Gesellschaft.“ Denn die Absicht der Natur, alle ihre Anlagen zu entwickeln, könne nur in derjenigen Gesellschaft erreicht werden, „die die größte Freiheit, mithin einen durchgängigen Antagonismus ihrer Glieder und doch die genaueste Bestimmung und Sicherung der Grenzen dieser Freiheit hat, damit sie mit der Freiheit anderer bestehen könne“.⁴

1 Vgl. Bernhard Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft in Deutschland (1884), wiederabgedruckt in: Gerd Roellecke, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?, Darmstadt 1988, 77 (89), der „ethische, politische, volkswirtschaftliche Erwägungen“ dem Gesetzgeber vorbehalten möchte.

2 Vgl. Rudolf Wiethölter, Ist unserem Recht der Prozess zu machen? in: Axel Honneth et al. (Hrsg.), Zwischenbetrachtungen. Im Prozess der Aufklärung (Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag), Frankfurt am Main 1989, 794 (803).

3 Wie Klaus Günther kürzlich hervorgehoben hat, vgl. ders., Recht und Evolution, IVR-Tagung Münster 2012 (erscheint in: ARSP-Beiheft 2013).

4 Immanuel Kant, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht (1784), Fünfter Satz, in: Akademie-Ausgabe, Band VIII, Berlin 1912, 22.

Es kann offen bleiben, ob die in dieser Selbstbeschreibung vorausgesetzte korrespondierende Zunahme von Differenzierung und Integration sich unter Bedingungen funktional spezialisierter sozialer Autonomien und deren entfesselten Systemrationalitäten wirklich halten lässt, oder ob – in der distanzierten Analyse einer Fremdbeschreibung – die Steigerung von Entwicklungschancen eher unter der Führung von kognitiven als normativen Erwartungsstrukturen gelingt.⁵ In jedem Fall bedarf es zuvor der „Aufklärung des Rechts“ über sich selbst, ja es ist nach Auffassung von Wiethölter erst einmal „unserem Recht der Prozess zu machen“.⁶

Das unterscheidet sich deutlich von Positionen, die „Aufklärung durch Recht“ institutionalisiert sehen und dabei ganz dem Kantischen Rechtsprinzip der Kompatibilisierung äußerer Handlungssphären vertrauen.⁷ Sicherlich ist Skepsis angebracht gegenüber einem allein als „Medium“ verstandenen Recht, das den Systemwelten unmittelbar aufsitzt und sich deren (scheinbare) Notwendigkeiten als Legitimation entlehnt, sich dabei aber gerade eigener Rechtfertigung entzieht. Bei Wiethölter kommt aber ein weiteres hinzu. Leitend für die geforderte (Selbst-)Aufklärung des Rechts ist die Einsicht, dass es sein Versprechen des unparteilichen Dritten nicht halten kann. Als Formkategorie privilegiert es (inhaltlich) spezifische Freiheit; als Inhaltskategorie degeneriert es zum bloßen Vollzugsorgan von politisch programmierter Freiheit. Eine Welt von gerechten „Zuweisungen“ und „Verteilungen“ von Rechten und von Gütern lässt sich mit ihm scheinbar nicht herstellen. Kurz: eine gerechte Grundstruktur der Gesellschaft (Rawls) ist darauf angewiesen, dass die Rechtskategorie selbst rekonstruiert wird.

II.

Solche Rechtsrekonstruktionen sollen sich dann gewachsen zeigen, die gesellschaftlich getriebenen Transformationen ebenso zu verstehen wie auch sie anzuleiten und voranzutreiben.

Die (unausweichliche) eigene Parteinahme Wiethölters gilt dabei den kritischen Gesellschaftstheorien. Sie fordern geschichtliche Lernprozesse ein, indem sie die mit dem bürgerlichen Rechtsprojekt verbundenen Emanzipationserfahrungen auch unter neuen institutionellen Bedingungen nicht mehr aufge-

5 Den Übergang des Primats von normativem auf kognitiven Erwartungsstil in der sich konsolidierenden Weltgesellschaft analysiert Niklas Luhmann, *Die Weltgesellschaft* (1971), in: *Soziologische Aufklärung 2*, Wiesbaden 2005, 63 ff.

6 So der programmatische Titel des Beitrags von Wiethölter (Fn. 2).

7 Vgl. Ernst-Joachim Mestmäcker, *Aufklärung durch Recht*, in: H.F. Fulda (Hrsg.), *Vernunftbegriffe in der Moderne*, Stuttgart 1994, 55 ff.

ben wollen. Sie sind getrieben von jenem Erwartungshorizont, den einst das Vernunftrecht aufspannte, als es sich die Frage vorlegte, wie sich eine Assoziation freier und gleicher Bürger mit Mitteln des positiven Rechts herstellen ließe.⁸ Damit die Freisetzung von privater Autonomie nicht sozialpathologisch entgleist, dürfen die Bedingungen politisch autonomer Selbsteinrichtung der Gesellschaft nicht unterlaufen werden. Der Entbindung autonomer Kommunikationsmedien muss sich ein „Formwandel der sozialen Integration“ anschließen – jedenfalls nach Auffassung der Kritischen Gesellschaftstheorie, die darin ihrem Selbstverständnis als praktisch-emanzipatorische Wissenschaft Ausdruck verleiht. In den Worten von Jürgen Habermas: „Die unter Öffnungsdruck desintegrierte Lebenswelt muss sich erneut schließen, nun freilich in *erweiterten* Horizonten.“⁹ Das normative Selbstverständnis der Moderne muss sich auf abstrakterer Ebene reorganisieren, ohne hinter die Legitimitätsbedingungen demokratischer Selbstbestimmung zurückzufallen.

Das sind eben jene Lernprozesse, in die Wiethölter die Gesellschaft und ihr Recht verwickeln möchte. Ganz in diesem Sinne heißt es in einem seiner pointiertesten Sätze:

„Es soll sich kein geschlossenes, richtiges (,vernünftiges’, ,natürliches’) Konzept gegen die falsche Wirklichkeit durchsetzen, es soll sich keine Wirklichkeit eine Idee ihrer Richtigkeit anmaßen, sondern es soll sich die ,Gesellschaft’ (als begrenzt offene) auf der Grundlage ihrer bisherigen Erfahrungen neuen Erfahrungen aussetzen.“¹⁰

Die Institutionalisierung politischer Autonomie in demokratischen Staaten steht dabei keineswegs in einem inneren Spannungsverhältnis zu den mit Hilfe von privater Autonomie initiierten Veränderungsdynamiken. Die der Demokratie eigene epistemische Dimension kommt den gesellschaftlichen Experimenten mit neuen Kooperationsformen und Problemlösungen entgegen. Demokratie ist – wie Niklas Luhmann festgestellt hat – „ein ungewöhnliches Offenhalten von Möglichkeiten zukünftiger Wahl“.¹¹ Im Vergleich zu anderen Formen der Institutionalisierung des politischen Systems sorgt eine starke

8 Vgl. Jürgen Habermas, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: Die postnationale Konstellation, Frankfurt am Main 1998, 91.

9 Vgl. Habermas (Fn. 8), 127, nach dem sich eine Reorganisation der Lebenswelt in jenen Dimensionen des Selbstbewusstseins, der Selbstbestimmung und der Selbstverwirklichung vollziehen müsse, die das normative Selbstverständnis der Moderne geprägt hätten.

10 Rudolf Wiethölter, Sanierungskonkurs der Juristenausbildung?, KritV 1986, 21 (28).

11 Niklas Luhmann, Die Zukunft der Demokratie (1986), in: Soziologische Aufklärung 4, Wiesbaden 2009, 131.

strukturelle Kopplung an die Umwelt (über periodisierte Wahlen und die Transmission von Themen über die öffentliche Meinungsbildung) in der Demokratie dafür, dass sich das politische System relativ flexibel an veränderte Bedingungen seiner Umwelt anpassen kann. Demokratien sind durch die Maximalisierung von Offenheit und der Erzeugung interner Ungewissheit daher grundsätzlich geeignet, die strukturell bedingte Überproduktion von Möglichkeiten in funktional differenzierten Gesellschaften zu absorbieren.

Aber nicht jede Möglichkeit muss und soll genutzt werden. Zum „richtigen“ gesellschaftlichen Gebrauch von neuen Handlungsmöglichkeiten bedarf es einer „Veränderungsvernuft“. Diese aber wird auf dem Altar der Kontingenzen von (umweltvergessenen) Teilbereichsrationalitäten geopfert, die zwar jeweils „mit System“ produziert werden, in ihrem Zusammenwirken aber keineswegs eine selbstbestimmte Einrichtung der Gesellschaft verbürgen. Dagegen ist es die dauernde Aufgabe des „Projekts der Moderne“ (Habermas), „gleichzeitig auch die kognitiven Potentiale, die sich [im Eigensinn der Systeme] ansammeln, aus ihren esoterischen Hochformen zu entbinden und für die Praxis, d.h. für eine vernünftige Gestaltung der Lebensverhältnisse zu nützen.“¹²

Nun müssen diese kognitiven Potentiale freilich erst einmal entbunden werden. Und das werden sie maßgeblich eben in den Formen des Rechts. Die Grundbegriffe unserer Gesellschaft sind immer auch rechtliche Grundbegriffe: Freiheit, Gleichheit, Demokratie werden soziale Wirklichkeit durch ihre rechtsförmige Ausgestaltung. Die Entwicklung drängt darauf, zentrale soziale Institutionen (etwa Märkte) rechtlich zu verfassen – in der Hoffnung, die jeweiligen besonderen Rationalitäten der Systeme gegen Schädigungen durch die Umwelt wie auch umgekehrt die Umwelt vor Schädigungen durch die systemischen Rationalitäten zu schützen.¹³

Dies ist wiederum gegen die Kritische Theorie zu betonen. Es geht um die Einheit von Kritik *und* Konstruktion.¹⁴ Wer wie Wiethölter an der „Rechtsverwirklichung einer Rechts-Vernunft“ festhält, der muss sich um die Vermittlung von normativer Allgemeinheit und realen Verhältnissen bemühen: der muss eingerichteten und ausgeübten Wirklichkeiten eine Idee von Verallgemeiner-

12 Jürgen Habermas, *Die Moderne – ein unvollendetes Projekt*, in: *Kleine politische Schriften (I-IV)*, Frankfurt/M. 1981, 453.

13 Vgl. den so gefassten Begriff von „Konstitutionalisierung“ bei Gunther Teubner, *Verfassungsfragmente*, Berlin 2012, 26 (Autonomisierung und Limitierung der Funktionslogik von Teilsystemen, umgesetzt durch die Schaffung konstitutiver und limitativer Rechtsregeln).

14 Für diese Einheit steht bei Wiethölter die Kategorie der „Prozeduralisierung“, vgl. ders. (Fn. 10), 32.

barkeit abtrotzen, eben indem er „richtige“ Rechtskonstruktionen den Sozialbereichen zur Erprobung „zur Disposition“ stellt.¹⁵ Der Überschuss an idealisierter Selbstbeschreibung durch die kommunikative Vernunft, die auf ein politisch programmiertes Recht als gesamtgesellschaftlichen Integrationsmechanismus vertraut, ist in Analysen der Wirkungsweise der realen Vermittlung durch kommunikative Medien zurückzuholen und rechtsintern so in Strukturen umzusetzen, dass der Reflexionsgewinn positives Recht als richtiges konstruieren lässt. An die Seite von Dauerkritik muss Dauerkonstruktion treten.

III.

Die spannendsten Konstruktionsarbeiten ergeben sich dabei vielleicht an den Stellen, an denen die Disjunktion von richtigem und positivem Recht noch nicht festgelegt ist, weil sich Recht erst bildet. Mit solchen Stellen haben es das Arbeitsrecht und das Völkerrecht regelmäßig zu tun, wie der Schweizer Staatsrechtler Dietrich Schindler bereits 1927 vergleichend herausgearbeitet hat.¹⁶ Beides seien „Werdende Rechte“ in dem Sinne, dass ihr Gegenstand von sozialen Interessenkollisionen gebildet würde, die vom Recht (noch) nicht geregelt seien. In zwischenstaatlichen Konflikten und Arbeitskämpfen gleichermaßen suchten sich die Parteien direkt zu schädigen und sich den Gegner gefügig zu machen. Dieser Zustand, immer vorläufig und außerordentlich, diene dem Zweck der Erzeugung eines neuen Rechtsverhältnisses als eines Friedenszustandes. Die Lösung dieser von Schindler auch sog. „politischen Streitigkeiten“ gelingt mit Hilfe der rechtlichen Form des Vertrages, dessen Abschluss oft durch geregelte Verfahren der Vermittlung kollidierender Interessen vorbereitet wird. Wie aber steht das positive Recht zu den auf diesem Wege gefundenen neuen Rechtsverhältnissen?

Nach Schindler liefert allein die soziologische Betrachtung ein angemessenes Verständnis des Inhalts dieser Normen. Der Rechtsbildungsprozess lasse sich nur verstehen aus den Eigentümlichkeiten der kollidierenden sozialen Mächte – „aus der Eigenart des sozialen Substrates“¹⁷ der Konflikte –, das er auf der Grundlage einer in beiden Fällen gekennzeichnet sieht durch das „Nebeneinan-

15 Vgl. Wiethölter (Fn. 10), 33. Siehe auch Rudolf Wiethölter, *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, in: C. Joerges/G. Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*, Baden-Baden 2003, 21: „Es ‚k‘ommt drauf an‘, die bewegungs- wie differenz- wie unternehmensmethodologischen Theorie-Möglichkeiten praktisch auf Proben zu stellen.“

16 Vgl. Dietrich Schindler, *Werdende Rechte*, in: *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, Tübingen 1927, 400 ff., selbst übrigens maßgeblich beeinflusst durch Hans Heyse, *Über die geschichtlichen und soziologischen Grundlagen des modernen Schlichtungswesens*, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* XVII (1923/24), 52 ff.

17 Schindler (Fn. 16), 413

der geschlossener Gruppen“. Diese Gruppen stellen im „rechtsfreien“ Raum Normen auf. Tarifverträge wie völkerrechtliche Kollektivverträge würden an die Stelle von (fehlendem) staatlichen Recht treten.¹⁸ Überall, wo ein Recht im Werden begriffen ist – d.h. bevor ein Gesetzgeber objektive Normen setzt oder damit aufhört – kommt die Bildung von Recht durch Vertrag zustande.¹⁹ Im Arbeitsverhältnis „beginnt die Bildung des Rechts, mitten im Staat, von vorne“.²⁰

Entsprechend liegt es im öffentlichen Interesse, diese Vertragsschließung zu fördern. Die Aufgabe verschiebt sich nach Schindler damit auf die rechtliche Regelung von sozialen Integrationsprozessen, die Form annimmt in eigentümlichen Zwischenstufen zwischen Gesetzgebung und Vertragsschließung. Zugespitzt wird die Zusammenarbeit zwischen den einzelnen und der Gemeinschaft zur Erzeugung „richtigen Rechts“, wenn der Staat konkrete vertragliche Lösungen für verbindlich erklärt. Hier gilt es, Verfahren zu finden, die ein Recht von größtmöglicher materialer Richtigkeit erzeugen.²¹ Als Beispiele nennt Schindler die Erstreckung eines bestehenden Tarifvertrages auf Außenstehende im deutschen Recht. Verwiesen werden kann auch auf staatlich moderierte kontradiktorische Verfahren für die Erzeugung neuen Rechts – etwa in Kollektivklageprozessen. Hier sah Schindler die Zukunft der Rechtsentwicklung und hier liegt sie wohl auch heute: nicht nur (und vielleicht sogar weniger) in der Setzung materieller Normen mit dem Anspruch auf dauerhafte Gültigkeit als vielmehr gerade in der Suche nach geeigneten Verfahren für die Erzeugung und Änderung von Normen.²²

Wie Schindler hier scheinbar entfernter liegende Rechtsbildungsprozesse vergleicht und Rechtswissenschaft der soziologischen Analyse öffnet, dürfte Wiethölterers methodische Zustimmung finden:

1. Zunächst Schindlers Versuch einer Art Komparatistik der verschiedenen Rechtsgebiete, die Disziplingrenzen gezielt kreuzt, um ähnliche funktionale Wirkgesetze der Rechtsform zu identifizieren. Wird so nicht die sich in den spezialisierten Bereichsdogmatiken abbildende gesellschaftliche Fragmentierung im Recht gezielt nachvollzogen, um dort produktiv bearbeitet zu werden? Lebt nicht auch Wiethölterers Generalisierung der kollisionsrechtlichen Methode von der Intuition, es könnten eigensinnige gesellschaftliche Autonomien als

18 Prägnant in diesem Zusammenhang Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Vol. 1. (La règle de droit, Paris 1921), 308, der Tarifverträge als „petites lois internationales“ kennzeichnet.

19 Vgl. Schindler (Fn. 16), 421

20 Vgl. Schindler (Fn. 16), 423

21 Vgl. Schindler (Fn. 16), 425

22 Vgl. Schindler, (Fn. 16), 430 f.

Kollisionen von Teilrechtsgebieten abgebildet und nach nicht-selbstgerechten Maßstäben miteinander verträglich gemacht werden? Ist das nicht auch der Versuch, mit Hilfe des Rechts, über das Recht hinaus zu gehen, im letzten also Selbsthilfe des Rechts: „*nemo contra deum nisi deus ipse*“.²³

2. Dann Schindlers Insistieren darauf, das Rechtsprinzip bzw. die „*rule of law*“ anzuwenden „unter Berücksichtigung der soziologischen Eigenart des Stoffes“.²⁴ Mit ihrer Hilfe erkennt Schindler, dass Interessenstreitigkeiten im Arbeitskampf „privatrechtlich nicht begreifbar“ sind. Denn das Dienstvertragsrecht bleibe auf das einzelne Individuum zugeschnitten, während es doch um die Gesamtheit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern als die eigentlichen Handlungsträger und als die gesellschaftlichen Kräfte neuer Rechtsverhältnisse gehe: „ein Rechtssatz findet dort eine Grenze, wo die gesellschaftlichen Voraussetzungen, mit denen er rechnet, nicht mehr bestehen“.²⁵

Wie jede soziologische Jurisprudenz geht auch Wiethölter trans-dogmatisch vor, wenn er dazu auffordert, hinter den Zaubereien des positiven Rechts und den Entscheidungen der Gerichte die verborgene „Sache“ und die Kollisionsregeln freizulegen. Die im Syllogismus-Modell vorausgesetzte Spaltung von juristischer und sozialer Subsumtion wird zurückverwiesen an die Rechtsverhältnisse, die zu lesen seien als „immer schon vorvermittelte allgemeine Entscheidung über die Zu-Ordnungen von Sachverhalten an ein bestimmtes Recht im Wege der Anknüpfung, als Qualifikation der Rechts-Antworten auf Sozial-Fragen“.²⁶ Diese Ebene der Qualifikation von Rechtsverhältnissen gilt es zu analysieren, um aus Kritik zu (neuer) Konstruktion zu gelangen. Wesentliche Aufgabe der soziologischen Betrachtungsweise ist es demnach, den eigentlichen Grund des sozialen Konfliktes – seinen „Sitz“ bzw. die „Sache“ – zu identifizieren. Bevor der Konflikt in den Kategorien des Rechts verfremdet und dann im Rahmen seines Kalküls entschieden werden kann, muss ermittelt werden, woher genau die Handlungsbeschränkungen rühren, die Anlass zum Streit gegeben haben. Wie Gunther Teubner fragen würde: Liegen sie auf individueller, institutioneller oder gesellschaftlicher Ebene?²⁷ Nur mit Hilfe einer sich selbst durchschauenden Qualifikationstheorie kann der Rechtsanwender die richtigen – d.h. für die Umweltbelange von beanspruchter Autonomie aufnahmefähigen – Kategorien und die richtigen Vorrangregeln wählen.

23 So das Motto zum 4. Teil von Wiethölter (Fn. 15), 21.

24 Vgl. Schindler, (Fn. 16), 413

25 Schindler (Fn. 16), 417 f.

26 Vgl. Rudolf Wiethölter, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, KJ 1985, 126 (139).

27 Vgl. Gunther Teubner, in: Alternativkommentar, BGB, § 242, Rn 21 ff.

3. Schließlich die gezielte Suche nach Verfahren für die Normerzeugung und -änderung auf den Gebieten werdenden Rechts. Das Arbeitsrecht ist nur ein besonders offenkundiges Beispiel für die Neubildung von Recht „mitten im Staat, von vorne“. Rechtsordnungen sind voll von weiteren Erscheinungsformen gesellschaftlicher Rechtsbildung jenseits des Staates. Diese Phänomene werden freilich vom staatlichen Konstitutionalismus ebenso beargwöhnt wie die Entwicklung von gesellschaftlichen Eigenverfassungen als Problem übersehen wird.²⁸

Freilich: Das Nadelöhr für Konzepte von gesellschaftlicher (institutioneller/systemischer) Normativität ist die Geltungsanordnung im Recht. Hier muss den Positivisten, für die Recht nur durch staatliche Entscheidung Geltung gewinnen kann, die Gefolgschaft versagt werden. Der Radius des Geltungssymbols ist schlicht weiter zu ziehen, und zwar durch „Prozeduralisierung“ des Rechts. Diese zielt auf die rechtliche Rezeption von Umwelt-Normativitäten – auf die Permeabilisierung des Rechts gegenüber einer Vielzahl von erhobenen Geltungsansprüchen – einerseits und die „Rekonstitutionalisierbarkeit“ solcher im und vom Recht neu zugelassenen Freiheiten andererseits.²⁹ Das Recht darf sich folglich nicht verleiten lassen von teilsystemspezifischen Rationalitäten und den immanenten Teleologien sozialer Systeme.³⁰ Unnachgiebig besteht Wiethölter darauf, dass die jeweiligen Autonomien nur „in sich“ gerechtfertigt sind, wenn sie sich „extern“ behaupten lassen:

„Beanspruchte „Autonomie“ war eben nirgendwo schon Gewährleistung dezentralen und sektoralen „allgemeinen Wohls“, sondern ihrerseits Partei, der man Aktivitäten nur um den Preis „sachlich gerechtfertigter“ Maßstabbildungen, offen gehaltener Foren und eingehaltener Fairneß-Verfahren, kurzum: „relativer Unparteilichkeit“ und Verallgemeinerungsfähigkeit freigegeben kann.“³¹

IV.

In diesem Satz scheint sie wieder auf: die Einheit von Kritik und Konstruktion, die Parteinahme für eine gesellschaftliche Verständigungsverfassung als Begründungsproblem „vernünftiger“ praktischer Handlungen unter „System“-Be-

28 Zu gesellschaftlichen Teilverfassungen im Nationalstaat vgl. Teubner (Fn. 13), 18 und ausführlich 32 ff.

29 In diesem Sinne Wiethölter, (Fn. 10), 32.

30 Vgl. Klaus Günther, (Zivil-)Recht. Kann das Zivilrecht im Zuge der Globalisierung das öffentliche Recht ersetzen?, in: Joerges/Teubner (Fn. 15), 295 (306 f.)

31 Rudolf Wiethölter, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, KritV 1988, 1 (21). Deswegen „[verbleibt] allgemeines Allgemein-(nicht nur: ‚Privat‘-)Recht als ungelöstes Rätsel des unerledigten Projekts der Moderne“, vgl. ders. (Fn. 15), 17.

dingungen.³²

Kenntnis dieser System-Bedingungen kann als Zulassungsvoraussetzung für den Anwalt werdender Rechte gelten. Denn wie jeder gute Anwalt muss auch der Anwalt von gesellschaftlichen Autonomie-Experimenten, der vor der Rechtsvernunft plädiert, die Sprache seiner Mandanten verstehen. Zur Ausbildung gesellschaftlicher Juristen gehört neben der *téchne* der Dogmatik ebenso die Kompetenz sozialer Mehrsprachigkeit.³³

Wie jeder gute Anwalt darf auch der Anwalt werdender Rechte freilich die Mandanten mit seinem Wissen nicht bevormunden. Sie selbst sind es, die den „Mut zur Antizipation“³⁴ der Veränderung gesellschaftlicher Verhältnisse aufbringen müssen. Im Letzten ist es die Gesellschaft selbst, die (mit sich) prozessiert. Einer wie Wiethölter verstrickt sie „nur“ darin.

Wie die geführten Prozesse ausgehen, weiß keiner. Auch nicht die Rechtsvernunft selbst, denn sie bildet sich ja in dem vor ihr geführten Prozess ihrerseits fort. Gewiss aber ist, dass das Niveau der Prozesse abhängt von dem normativen Reichtum der erhobenen Geltungsansprüche wie eben auch von den Anwälten, die sich ihrer annehmen und zur Sprache des Rechts verhelfen.

Am Ende des großen Essays von Robert Cover über „Nomos and Narrative“ heißt es: „Legal meaning is a challenging enrichment of social life, a potential restraint on arbitrary power and violence. We ought to stop circumscribing the *nomos*; we ought to invite new worlds.“³⁵

Rudolf Wiethölter hat sich stets um die Offenheit der bestehenden Welt gegenüber der Ankunft solcher neuen Welten gesorgt. Seine Aufmerksamkeit gilt vor allem der Umverteilung von gesellschaftlichem Änderungslernen.³⁶ Damit stellt er Rechtswissenschaft ein auf eine Entwicklungsphase der Gesellschaft, in der das Problem lernender Anpassung den strukturellen Primat gewonnen hat.³⁷ Entsprechend wichtig wird es für die Praxis der Recht-Fertigung, die Voraussetzungen von Lernfähigkeit in allen sozialen Systemen normativ abzu-

32 Vgl. Wiethölter (Fn. 10), 28

33 Vgl. Rudolf Wiethölter, Rechtsstaatliche Demokratie und Streitkultur, KJ 1988, 403 (408 f.)

34 Habermas (Fn. 8), 168

35 Robert Cover, Nomos and Narrative, in: Narrative, Violence, and the Law (1983), Ann Arbor 1993, 172.

36 Vgl. Wiethölter (Fn. 15), 15: Diese Umverteilung kann das Recht insbesondere durch die Neueinrichtung von „Klagebefugnis“-„Zulässigkeiten“ wirksam werden lassen.

37 Vgl. Luhmann (Fn. 5), 78 f.

stützen. Immer aber geht es ihr darum, Zukunft offen zu halten für neue Möglichkeiten – und diese mit Hilfe des Rechts zu suchen. Ich bin dankbar, dass ich Zeuge einiger dieser Suchen sein durfte.

Teil 2

Wirkungsgeschichten

Rechtswissenschaft im dritten Stock

ANDREAS MAURER

„Die Lust der Zerstörung
ist eine schöpferische Lust

(Bakunin)¹

„Auseinandersetzungen mit Wiethölter werden nicht auf der
Diskussionsebene, sondern auf der machtpolitischen Ebene entschieden.

(iro)²

Eine ganze Reihe von Beiträgen in diesem Band verweist auf den „3. Stock“.³ In erster Linie bezieht sich diese vordergründig als Ortsbezeichnung zu verstehende Beschreibung auf die dritte Etage im Gebäude Senckenberganlage 31 in Frankfurt am Main, in die Wiethölter 1968 aus der Schumannstraße 69 – einer alten Frankfurter Patriziervilla – umgezogen ist. Das Juridicum, so die offizielle Bezeichnung des Gebäudes in der Senckenberganlage, wurde im Jahr 1967 von dem Architekten Heinrich Nietschke gebaut und 1968 fertig gestellt. Es war zu seiner Zeit ein modernes Gebäude, das den Verkehrslärm der Senckenberganlage abschirmen konnte und eine der ersten Klimaanlage in Frankfurt überhaupt besaß. Das 12-stöckige Gebäude war im Inneren getrennt: im rechten Drittel (von der Senckenberganlage aus gesehen) befand sich die Verwaltung der Universität; in den beiden linken Dritteln waren die Juristen untergebracht. Der dritte Stock war seit Ende der 1960er Jahre der Wirkungsbereich Rudolf Wiethölters. Dort war sein Lehrstuhl untergebracht, den im Jahr 1998 Gunther Teubner übernommen hat.

1 Graffito in Raum 316b, Senckenberganlage 31, 60325 Frankfurt.

2 Graffito in Raum 316, Senckenberganlage 31, 60325 Frankfurt.

3 Z.B.: Blecher, Geschichte und Eigensinn: Rudolf Wiethölters Rechts-Bewegungs-Kunst im 100. Semester, 2013, S. 35 ff., in diesem Band; Gruber, Rechtszauber, 2013, S. 49 ff., in diesem Band; Schanze, Die Leiden des jungen W. – Notizen zur Geschichte der „Rechtswissenschaft“ von 1968, 2013, S. 105 ff., in diesem Band.



Senckenberganlage 31, 60325 Frankfurt am Main

Der „3. Stock“ ist aber mehr als die dritte Etage des Juridicums in Frankfurt. Der „3. Stock“ ist ein „Stil“, ein „Reflexionslocus“, eine Denkschule und zugleich auch Mythos und Projektionsfläche. Und damit lebt er fort, auch wenn die Senckenberganlage 31 bereits seit einigen Jahren nicht mehr von den Frankfurter Juristen bewohnt wird.

Doch wo befindet sich der „3. Stock“ heute, wo die Räumlichkeiten in Frankfurt längst von anderen Wissenschaften eingenommen worden sind? Was ist aus den Ideen des „3. Stocks“ geworden? Dieser Frage will ich am Beispiel eines von Wiethölter geprägten Konzepts nachgehen: der Prozeduralisierung.

Es muss ein Paukenschlag gewesen sein, als Wiethölter im Dezember 1982 zwei Vorträge am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz gehalten hat. Die Texte „Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht“ und „Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht“ bauten aufeinander auf. Mit ihnen führte Wiethölter den Begriff der Prozeduralisierung ein, auch wenn die Grundlagen dazu bereits früher gelegt waren. In den „sozialwissenschaftlichen Modellen“ hat Wiethölter noch die Idee lediglich beschrieben: „Ich habe im Rechtsobergrundsatz der Verhältnismäßigkeit (...) das einflussreichste Transformationsinstrumentarium für die Osmose, für Übersetzungen, für Kovarianzen von Recht und Gesellschaft zu bestimmen versucht, als oberstes und allgemeinstes Produktionsprinzip einer – freilich lautlosen und durchweg unausweichlichen – Recht-Fertigung von Kollisionsregeln für die Entscheidung über rivalisierende Rechte, Interessen, Bedürfnisse.“⁴ Erst in „Materialisierungen und Prozeduralisierungen“ bekam das Kind seinen Namen: „‘Prozeduralisierung‘ von Recht ist für mich ein Problem der Recht-Fertigung von Kollisionsregeln als Verbindlichkeitsstiftung“.⁵

Zwei Jahre später, im März 1984, waren beide Texte Thema beim „Workshop zu Konzepten postinterventionistischen Rechts“ des damals gerade gegründeten Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP). Dieser Workshop fand im idyllischen Lürkropphof, einem umgebauten Gehöft in Bremen-Oberneuland, statt. In den Materialien dieses Workshops finden sich bereits

4 Wiethölter, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, 1984, 2-24, S. 23.

5 Wiethölter, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, 1984, 25-64, S. 25. Die englische Fassung des Textes findet sich in Teubner, Dilemmas of law in the welfare state, 1986, S. 221-249.

erste Reaktionen und Irritationen auf Wiethölter's Texte. Gunther Teubner reagierte auf die beiden Texte mit einer wenig schmeichelhaften Kritik. Wiethölter verwende zwei Begriffe der Prozeduralisierung, von denen der eine zu technokratisch und der andere zu idealistisch sei.⁶ Er überschätze die Steuerungsmöglichkeiten des Rechts einerseits und die Möglichkeiten der praktischen Philosophie andererseits. Er, Teubner, schlage vielmehr einen dritten Begriff der Prozeduralisierung vor, der sich auf die Institutionalisierung von Reflexionsprozessen in gesellschaftlichen Subsystemen richte⁷ und überträgt damit Wiethölter's Idee der Prozeduralisierung in systemtheoretische Kategorien. Was Teubner dabei übernimmt ist der Gedanke eines Kollisionsrechts für gesellschaftliche Konfliktlagen. Dieser Gedanke taucht bereits in „Reflexives Recht“ auf,⁸ wird aber in „Recht als autopoietisches System“ besonders deutlich in den Kern der Untersuchung gestellt.⁹ Auch hier ist Teubner wiederum kritisch im Umgang mit Wiethölter's Konzept der Prozeduralisierung. Zwar rekurriert Teubner auf die Idee, das klassische Kollisionsrecht für die Bewältigung neuartiger Konfliktlagen heranzuziehen, jedoch bleibe bei Wiethölter „merkwürdigerweise vage und offen“, welche Einheiten hier kollidierten.¹⁰ Die Texte Wiethölter's seien in dieser Hinsicht wenig konkret und die Antworten auf diese Frage an die Person Wiethölter blieben „oft kryptisch“.¹¹ Deshalb schlägt Teubner vor, die Kollisionen 1.) zwischen gesellschaftlichen Teilsystemen, 2.) zwischen staatlichem Recht und gesellschaftlichen Quasi-Rechtsordnungen und 3.) zwischen Teilrechtsordnungen innerhalb staatlichen Rechts zu suchen.¹²

Etwa zur gleichen Zeit legte Christian Joerges, der im „3. Stock“ akademisch aufgewachsen ist, seine Untersuchung zum „Verbraucherschutz als Rechtsproblem“ vor.¹³ Darin wendet sich Joerges gegen das bis dahin vorherrschende Verständnis der Rechtsordnung als einheitliche Ordnungsstruktur und identifiziert das Verbraucherrecht als Ergebnis und Symptom von Prozessen, die die klassischen Rechtsstrukturen infrage stellen.¹⁴ Das Recht sei nicht mehr

6 Teubner, Prozeduralisierung, 1984, 91-93, S. 91

7 Ebd., S. 92.

8 Teubner, Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, ARSP 1982, 13-59, S. 26.

9 Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, S. 123 ff.

10 Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, S. 132.

11 Teubner, Dilemmas of law in the welfare state, 1986, S. 132.

12 Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, S. 132f.

13 Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981.

14 Ebd., S. 127.

geprägt durch individuelle Freiheitssphären, die auf subjektiven Rechten gegründet und durch staatliche Ver- und Gebote eingeschränkt würden, sondern müsse sich auf die Koordination unterschiedlicher Sozialverfassungen einrichten.¹⁵ Vage bleibt jedoch auch er in der Beschreibung möglicher Lösungen der beobachteten Phänomene: „Die Verbraucherrechtstheorie kann nur fragen und prüfen, ob die Rechtsentwicklungen in den von ihr untersuchten Bereichen sich mit den Thesen oder Hoffnungen der Rechtstheorie zur Emergenz neuartiger, insbesondere prozeduraler Rationalitätsstrukturen des Rechts vertragen.“¹⁶

Ebenfalls ein akademisches Kind des „3. Stocks“ ist Gert Brüggemeier, der wiederum im Jahr 1982 angetreten ist, die Idee hinter dem Begriff der Wiethölter'schen Prozeduralisierung fruchtbar zu machen. Sein Ausgangspunkt ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft. Dabei vollzieht er die Epochen der Privatrechtsentwicklung nach und stellt die Bewegung „from status to contract“ über die Formalisierung des Rechts dar, um schließlich auf die sich bereits im Stadium der Krise befindlichen Materialisierung des Privatrechts zu kommen. An dieser Stelle diagnostiziert Brüggemeier erhebliche Defizite im Bereich der Gesetzgebung.¹⁷ Sie sei einerseits nicht schnell genug und beschränke sich andererseits darauf, Positionen, die von der Rechtsprechung entwickelt worden seien, zu positivieren.¹⁸ Hintergrund dieses „legal-lag“ sei die Komplexität gesellschaftsadäquater Problemlösungen, die „extrem reflexive Lern- und Kommunikationsprozesse zwischen Justiz, Wissenschaft, ‚beteiligten Verkehrskreisen‘, staatlichen Ämtern, etc.“¹⁹ erforderten. Diesen Lern- und Kommunikationsprozessen weist Brüggemeier prozedurale Qualitäten zu.²⁰

Neben Joerges und Brüggemeier gehörte auch Dieter Hart zur Generation von Assistenten im „3. Stock“ in den 1970er Jahren. Konkreter als Joerges und Brüggemeier beschreibt er die Prozeduralisierung als Form gesellschaftlicher Selbstregulierung, in der das Recht von politisch motivierter Regulierung entlastet wird.²¹ Gleichzeitig aber geht es Hart auch darum, Prozeduralisierung

15 Ebd.

16 Ebd.

17 Brüggemeier, "Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung" – "Mischverfassung des demokreatischen Interventionskapitalismus" – "Verfassungstheorie des Sozialstaats". Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft? – Eine Problem-skizze, 1982, 60-73, S. 64

18 Ebd.

19 Ebd.

20 Ebd.

21 Hart, Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts, AG 1984, 66-80, S. 75.

nicht als Neoliberales Instrument der gesellschaftlichen Selbststeuerung zu verstehen, sondern als Verfahrensform, in der Sozialverträglichkeit der gefundenen Entscheidungen gewährleistet werden kann.²² Prozedurale Rechtsstrukturen sollten, das war zumindest die Hoffnung, formale Rechtsstrukturen mit ihren sozialschädlichen Folgen ebenso überwinden wie materiale Regelungsphantasien, deren politische Motive das Recht in die (Steuerungs-) Krise geführt hatten. Soweit der „Reflexionslocus“ „3. Stock“ in den 1980er Jahren.

In den 1990er Jahren machte sich die nächste Generation der Wiethölter-Schüler im „3. Stock“ und auch in der dritten Etage des Juridicums ans Werk. Peer Zumbansen untersuchte in seiner Dissertation im Jahr 1998, die 2000 erschienen ist, das Verhältnis zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag. Das bereits in den 1980er Jahren aufgekommene Misstrauen gegen Materialisierungsprozesse des Rechts und die in diesem Zusammenhang offensichtlich gewordene Steuerungskrise des Rechts sind das Thema von Zumbansens Arbeit. Er schlägt in Anlehnung an Wiethölter und dessen Konkretisierung durch Hart vor, Prozeduralisierung als Kategorie der Selbststeuerung der Gesellschaft zu verstehen. Dabei geht es ihm nicht nur darum, Verfahren für die Problembewältigung gesellschaftlicher Konfliktlagen zur Verfügung zu stellen. Prozeduralisierung bedeutet in diesem Zusammenhang auch die „Ermöglichung der Interessenverbalisierung und Geltendmachung“ und hat damit auch eine legitimatorische Funktion.²³ Die sich Mitte bis Ende der 1990er Jahre abzeichnende Globalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft bis in die kleinsten sozialen Einheiten hinein, die sich bis heute vor allem durch die Verbreitung des Internets weltweit vollzogen hat, war damals bereits absehbar, spielte für Zumbansens Dissertation zu diesem Zeitpunkt aber nur eine untergeordnete Rolle.

Bis zu diesem Zeitpunkt war der Begriff der Prozeduralisierung eng verbunden mit den Erfahrungen des Nationalstaats. Die sozialschädlichen Externalitäten des Formalrechts und die utopischen Steuerungspläne eines materialisierten Rechts sollten zu Gunsten regulierter Selbstregulierung überwunden werden. So weit, so gut. In diesem Zusammenhang war das Konzept der Prozeduralisierung weitgehend abgearbeitet und ausbuchstabiert. Kritik war geübt worden²⁴, aber von prominenter Stelle ist Wiethölters Konzept der Prozeduralisierung auch aufgegriffen worden. Jürgen Habermas attestierte Wiethölter

22 Ebd., S. 76.

23 Zumbansen, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat: Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag, 2000, S. 274.

24 Kennedy, Comment on Rudolf Wiethölter's "Materialization and Proceduralization in Modern Law", and "Proceduralization of the Category of Law", 1989, 511-524, S. 511 ff.

aus dem Institut für Sozialforschung heraus, das dem Juridicum in Frankfurt auf der anderen Straßenseite der Senckenberganlage quasi auf Augenhöhe gegenüber lag, die Begründung einer „Schule“ und baute diese in seine Diskurstheorie ein.²⁵ Das Thema schien zunächst erledigt oder zumindest abgeebbt.

In den 2000er Jahren aber wurde die Wirtschaft und mit ihr die gesamte Gesellschaft vom Internetboom und mit ihm von der so genannten Globalisierung überrannt. Während im Jahr 2000 im Internet weltweit noch 84 Millionen Gigabyte durch Leitungen geschickt wurden, waren es im Jahr 2011 27.483 Millionen Gigabyte. Das Datenvolumen ist damit innerhalb von 10 Jahren um den Faktor 330 gestiegen. Selbst kleinste Geschäfte wie zum Beispiel Antiquariate, Schokoladenmanufakturen oder Kunsthandwerker erhielten mit dem Internet die Möglichkeit, sich einen weltweiten Markt zu erschliessen. Die Habilitationsschrift von Wiethölter aus dem Jahr 1960 habe ich zum Beispiel von wenigen Jahren bei einem Antiquariat in Japan bestellt. Wie sie dorthin gelangt ist, entzieht sich meiner Kenntnis.

Diese Entwicklungen blieben auch für das Recht nicht folgenlos. Grenzüberschreitender Handel erfordert grenzüberschreitendes Recht. Das Recht aber ist noch immer an den Nationalstaat gebunden. Die einzige Ausnahme, das Völkerrecht, bietet jedenfalls nur in sehr eingeschränktem Maße Regelungen für den grenzüberschreitenden Handel an. Folge ist, dass die Marktteilnehmer sich ihr eigenes Recht in Form von allgemeinen Bedingungen, Musterklauseln, Musterverträgen und Handelsbräuchen entwickeln. Diese Phänomene sind bereits seit längerer Zeit unter dem Begriff der Neuen Lex Mercatoria bekannt gewesen²⁶, sind aber im Rahmen der massiven Globalisierungstendenzen der letzten Jahre erneut und mit großer Wucht zurück auf die Tagesordnung gekommen. Die Debatten hierum finden unter dem Stichwort „transnationales Recht“ statt und beschäftigen eine ganze Reihe von Wissenschaftlern, die sich dem „3. Stock“ als Ort und Idee verpflichtet fühlen.²⁷

25 Habermas, Faktizität und Geltung, 1998, S. 496f. Siehe auch Fischer-Lescano/Teubner, Prozedurale Rechtslehre: Wiethölter, 2009, 75-91, S. 78, Fn. 22.

26 Goldman, La Compagnie de Suez – société internationale, 1956 Le Monde, 3; Schmitthoff, International Business Law: A New Law Merchant, 1961 CLSP, 129-142; Schmitthoff, The Unification of the Law of International Trade, 1968 J.B.L., 105-119; Langen, Vom Internationalen Privatrecht zum transnationalen Handelsrecht, NJW 1969, 358-360; Langen, Transnationales Handelsrecht, NJW 1969, 2229-2233; Goldstajn, The New Law Merchant, 1961 J.B.L., 12-17; Eörsi, Regional and Universal Unification of the Law of International Trade, 1967 J.B.L., 144-150.

27 Zumbansen, Lex Mercatoria, Schiedsgerichtsbarkeit und Transnationales Recht, RabelsZ 2003, 637-682; Zumbansen, Transnational Law, 2006, 738-754; Teubner, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, RJ

Private Regelwerke, Soft-Law, gesellschaftliche Quasirechtsordnungen – sie alle existieren bereits seit langer Zeit. Ihr Verhältnis zu staatlichem Recht ist insbesondere in der US-Amerikanischen Literatur bereits seit langer Zeit unter dem Stichwort „Legal Pluralism“ untersucht worden.²⁸ Wenig Aufmerksamkeit ist allerdings der Frage gewidmet worden, in welchem Verhältnis diese nichtstaatlichen Normordnungen zueinander und zum staatlichen Recht stehen und wie sie in Einklang gebracht werden können. Hier haben Andreas Fischer-Lescano und Gunther Teubner den Wiethölter’schen kollisionsrechtlichen Ansatz wiederum fruchtbar gemacht und zwar nicht nur für handelsrechtliche Fragestellungen, sondern für die Kollision von transnationalen Normordnungen aus vielen gesellschaftlichen Teilbereichen.²⁹ Sie sprechen von kollidierenden Regimes, die hier in Einklang gebracht werden müssten, ohne allerdings präzise zu erklären, was ein „Regime“ eigentlich ist. Regimes seien „Prinzipien, Normen, Regeln und Verfahren zur Entscheidungsfindung, um die herum die Erwartungen von Akteuren in einem gegebenen Sachgebiet konvergieren“.³⁰ Es mag die von Teubner und Fischer-Lescano diagnostizierte „radikale Fragmentierung“³¹ sein, die eine klarere Beschreibung der kollidierenden Einheiten verhindert. Jedenfalls aber schließt sich hier der Kreis und Teubner wird sich den Vorwurf gefallen lassen müssen, den er selbst rund 17 Jahre zuvor an Wiethölter gerichtet hatte, nämlich dass die Frage nach den kollidierenden Einheiten „merkwürdig vage und offen“ und geradezu „kryptisch“ bleibe.³²

Genau an dieser Stelle aber liegt wohl das große und bislang noch ungelöste Problem der Prozeduralisierung im Sinne einer kollisionsrechtlichen Betrachtung konfligierender Rechtsmassen: Es ist und bleibt unklar, was eigentlich kollidiert. Wenn im Rahmen einer Diskussion um transnationales Recht für die

1996, 255-290; Fischer-Lescano, *Transnationales Verwaltungsrecht*, JZ 2008, 373-383; Calliess/Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*, 2010; Calliess, *Reflexive Transnational Law*, ZfRSoz 2002, 185-216.

28 Moore, *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, 1973 *Law Soc. Rev.*, 719-746; Galanter, *Justice in many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, 1981 *J.Legal Plur.*, 1-47; Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, 1986 *J. Legal Plur.*, 1-55; Merry, *Legal Pluralism*, 1988 *Law Soc. Rev.*, 869-896.

29 Fischer-Lescano/Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, 2006.

30 Ebd., S. 18.

31 Ebd., S. 24.

32 Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989, S. 132.

Rechtsqualität von privat erzeugten Normen argumentiert wird³³, bleibt regelmäßig unklar, ob diese privat erzeugten Normen ihrerseits bestimmte Qualitäten aufweisen müssen, um überhaupt mit staatlichem Recht kollidieren zu können. Das in diesem Zusammenhang regelmäßig angeführte funktionalistische Argument, privat erzeugte Normen hätten den gleichen Effekt wie staatliches Recht³⁴, vermag jedenfalls nicht zu überzeugen. Denn auch privat erzeugte Normen, die die Funktion von Recht erfüllen, müssen in irgendeiner Weise legitim sein. Dieses Legitimitätserfordernis ist gerade auch Kernelement der Idee eines prozeduralen Rechts im Sinne des „3. Stocks“. Wenn also die Frage beantwortet werden soll, welche privat erzeugten Regeln wann mit staatlichem Recht kollidieren, dann muss deren Legitimität untersucht werden. Einer der vielversprechenden Ansätze hierzu ist die Frage nach der Möglichkeit von Partizipation der Betroffenen am Entstehungsprozess der jeweiligen privat erzeugten Regel.³⁵ In dem Maße, in dem die von der Regel Betroffenen an deren Entstehungsprozess mitwirken und ihre Interessen einbringen können, steigt die Legitimität der Regel.³⁶ Dies erfordert jedoch auch, dass Legitimität als graduelleres Phänomen akzeptiert wird.³⁷ So sieht es zum Beispiel auch Karsten Schmidt, der zwar einzelnen Regeln einer *lex mercatoria* Normqualität zubilligt, der *lex mercatoria* als Ganzes aber normative Defizite bescheinigt.³⁸ Das beantwortet zwar noch immer nicht die Frage, was eigentlich die kollidierenden Einheiten sind, aber zumindest ist eine Richtung vorgegeben in der die Suche beginnen kann. Zu suchen sind Normordnungen, deren Entstehungsprozess legitimatorische Kraft hat und dies gilt insbesondere für solche Regeln, die den später von ihnen Betroffenen Partizipation ermöglichen und negative Externalitäten zu verhindern in der Lage sind. Vor diesem Hintergrund ließe sich dann auch die Suche nach der Antwort auf die Frage beginnen, welchen Inhalt die Kollisionsnormen haben, auf deren Suche so viele Vertreter des „3. Stocks“ sind.

Die jüngste Generation aus dem „3. Stock“, zu der ich auch mich selbst zähle, stellt sich jedenfalls diese Fragen. Zusammen mit Moritz Renner habe

33 Siehe zum Beispiel Snyder, *Private Lawmaking*, 2003 *Ohio St.L.J.*, 371-449; Levit, *Bottom-Up International Lawmaking: Reflections on the New Haven School of International Law*, 2007 *Yale J.Int'l L.*, 393-420.

34 Snyder, *Private Lawmaking*, 2003 *Ohio St.L.J.*, 371-449, S. 405 ff.

35 Dazu insbesondere Köndgen, *Privatisierung des Rechts*, *AcP* 2006, 477-525, S. 522; Ochoa, *The Relationship of Participatory Democracy to Participatory Law Formation*, 2008 *Ind.J.Global L.Stud.*, 5-18.

36 Maurer, *Lex Maritima*, 2012, S. 69.

37 Ebd.

38 Schmidt, *Lex mercatoria: Allheilmittel? Rätsel? Chimäre?*, 2007, 153-183, S. 170.

ich an anderer Stelle³⁹ bereits versucht, zumindest vorläufig und mit allen Vorbehalten eine „kollisionsrechtliche Metadogmatik“ zu skizzieren:

„1. Kollisionsrecht beruht auf dem Grundsatz der Anerkennung ‚fremder‘ Rechtsordnungen. Für die Rechtstheorie folgt aus der Generalisierung dieses Anerkennungsgedankens, dass Normordnungen außerhalb des staatlichen Rechts grundsätzlich der Anerkennung durch das Recht und der Anerkennung als Recht zugänglich sind. Dies gilt für zivilgesellschaftliche Regelsetzung ebenso wie für gegenstandsspezifische internationale Rechtsregimes.

2. Wenn das Kollisionsrecht auf den Sitz von ‚Rechtsverhältnissen‘ abstellt, geht damit eine Perspektivenverschiebung weg von der Orientierung an Rechtsquellen und hin zu einer Orientierung an Normbereichen einher. Die Bildung von Kollisionsnormen, heißt das, hat sich an konkreten Konfliktlinien kollidierender Rationalitäten zu orientieren. In methodischer Hinsicht liegt an dieser Stelle ein Ansatzpunkt für die Rezeption sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse.

3. Die Anerkennung ‚fremder‘ Normen steht unter dem Vorbehalt des *ordre public*. Dieser verweist einerseits auf den unabdingbaren Kern einer Normordnung selbst, andererseits aber auf universelle Prinzipien, die allen Normordnungen gemeinsam sind. In der Figur des *ordre public* kommt damit die notwendige (strukturelle) Kopplung des Rechts an den politischen Diskurs zum Ausdruck.

Aus diesen Vorgaben erst entsteht der argumentative Rechtfertigungszusammenhang, der unter dem Begriff der Prozeduralisierung diskutiert wird. Als Rahmen hierfür gesetzt sind damit eine klare Verteilung der argumentativen Beweislast (in dubio pro recognitione); der Argumentationszusammenhang (Sozialbereichsspezifität) und eine Rückkopplung des rechtlichen an den politischen Diskurs (*ordre public*).“⁴⁰

Das Verständnis von Prozeduralisierung als Konzept eines Kollisionsrechts, das nicht nur im Sinne des internationalen Privatrechts die Entscheidung über das anwendbare Recht trifft, sondern das widerstreitende Interessen aus allen gesellschaftlichen Bereichen mit dem Recht kompatibelisiert, ist heute vielleicht wichtiger und relevanter, als je zuvor. Gleichzeitig aber wirft dieses Konzept noch immer ungeklärte Fragen auf. Vielleicht handelt es sich hierbei tatsächlich um das (noch) unvollendete Projekt des „3. Stocks“.

Die dritte Etage in der Senckenberganlage 31 in Frankfurt mag keinerlei Bedeutung für die Rechtswissenschaft heute haben. Der „3. Stock“ aber lebt

39 Maurer/Renner, Kollisionsrechtliches Denken in der Rechtstheorie: Eine Skizze, 2010, 207-223.

40 Ebd., S. 220.

weiter – als Stil, Reflexionslocus, Denkschule, Mythos und Projektionsfläche. Rudolf Wiethölter hat Gedanken gesät, die wachsen und sich fortentwickeln. Als er den Gedanken der Prozeduralisierung entwickelt hat, hat er vermutlich nicht an die Globalisierung oder das Internet gedacht. Er hat vielleicht auch nicht erwartet, dass Graf-Peter Calliess knapp 20 Jahre später seine Dissertation über „Prozedurales Recht“⁴¹ schreiben würde. Und gewiss hat er nicht erwarten können, dass die im Zeitpunkt der Veröffentlichung des Papiers zu „Materialisierungen und Prozeduralisierungen“ 3 und 7-jährigen Moritz Renner und Andreas Maurer etwa 25 Jahre später einen Vortrag über „Kollisionsrechtliches Denken in der Rechtstheorie“ halten würden, in dem Rudolf Wiethölter und seine „Schule“ Gegenstand der Überlegungen sein würde.

Der „3. Stock“ ist mit vielen Orten und Namen verbunden. Die Ausgangsfrage, wo der „3. Stock“ heute liegt, kann nicht ohne weiteres beantwortet werden. Er liegt in Bremen, Toronto, Hamburg, Fribourg, Florenz, Köln und vielen anderen Orten. Die Frage nach dem Stand der Ideen des „3. Stocks“ aber lässt sich beantworten. Sie sind noch immer aktuell, haben sich weiterentwickelt und mittlerweile auch verselbständigt. Und selbst wenn sie nicht immer auf die Person Rudolf Wiethölter zurückgeführt werden, wirken sie doch mit großer Macht fort. Nachdem ich mit Moritz Renner im Jahr 2008 den Vortrag über „kollisionsrechtliches Denken in der Rechtstheorie“ beim Treffen des Jungen Forums Rechtsphilosophie in Tübingen gehalten hatte, war eine der ersten Reaktionen eines Kollegen: „Das ist doch alles Zukunftsmusik“. Unser Hinweis, dass diese Ideen bereits 25 Jahre alt waren, haben ungläubiges Stauen hervorgerufen. Vielleicht ist der „3. Stock“ in der Tat keine Zukunftsmusik mehr. Aber der „3. Stock“ hat Zukunft!

41 Calliess, Prozedurales Recht, 1999.

Literaturverzeichnis

- Blecher, Michael*, Geschichte und Eigensinn: Rudolf Wiethölter's Rechts-Bewegungs-Kunst im 100. Semester, in: *Joerges, Christian/Zumbansen, Peer* (Hrsg.), Politische Rechtstheorie Revisited - Rudolf Wiethölter als Lehrer, Anstifter, Freund, 2013 (i.E.),
- Brüggemeier, Gert*, "Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung" – Mischverfassung des demokratischen Interventionskapitalismus" – Verfassungstheorie des Sozialstaats". Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft? – Eine Problemskizze, in: *Gessner, Volkmar/Winter, Gerd* (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Opladen 1982, Westdeutscher Verlag, S. 60-73
- Calliess, Graf-Peter*, Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999, Nomos
- :, Reflexive Transnational Law, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2002, S. 185–216
- Calliess, Graf-Peter/Zumbansen, Peer*, Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law, Oxford 2010, Hart Publishing
- Eörsi, Gyula*, Regional and Universal Unification of the Law of International Trade, Journal of Business Law (1967), S. 144-150
- Fischer-Lescano, Andreas*, Transnationales Verwaltungsrecht, Juristenzeitung 2008, S. 373-383
- Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt am Main 2006, Suhrkamp
- :, Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter, in: *Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas* (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2009, Lucius & Lucius, S. 75-91
- Galanter, Marc*, Justice in many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law, 19 Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law (1981), S. 1-47
- Goldman, Berthold*, La Compagnie de Suez – société internationale, Le Monde (1956), S. 3
- Goldstajn, Aleksander*, The New Law Merchant, Journal of Business Law (1961), S. 12-17
- Griffiths, John*, What is Legal Pluralism?, 24 Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law (1986), S. 1-55
- Gruber, Malte*, Rechtszauber, in: *Joerges, Christian/Zumbansen, Peer* (Hrsg.), Politische Rechtstheorie Revisited – Rudolf Wiethölter als Lehrer, Anstifter, Freund, 2013 (i.E.),
- Habermas, Jürgen*, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1998, Suhrkamp
- Hart, Dieter*, Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts, Die Aktiengesellschaft 1984, S. 66-80
- Joerges, Christian*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, Heidelberg 1981,

Verlagsgesellschaft Recht u. Wirtschaft

- Kennedy, Duncan*, Comment on Rudolf Wiethölter's "Materialization and Proceduralization in Modern Law", and "Proceduralization of the Category of Law", in: *Joerges, Christian/Trubek, David M.* (Hrsg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden 1989, Nomos, S. 511-524
- Köndgen, Johannes*, Privatisierung des Rechts, *Archiv für die civilistische Praxis* 2006, S. 477-525
- Langen, Eugen*, Transnationales Handelsrecht, *Neue Juristische Wochenschrift* 1969, S. 2229-2233
- ; Vom Internationalen Privatrecht zum transnationalen Handelsrecht, *Neue Juristische Wochenschrift* 1969, S. 358-360
- Levit, Janet Koven*, Bottom-Up International Lawmaking: Reflections on the New Haven School of International Law, *32 Yale Journal of International Law* (2007), S. 393-420
- Maurer, Andreas*, *Lex Maritima*, Tübingen 2012, Mohr Siebeck
- Maurer, Andreas/Renner, Moritz*, Kollisionsrechtliches Denken in der Rechtstheorie: Eine Skizze, in: *Schramm, Edward/Frey, Wibke/Kähler, Lorenz/Müller-Mall, Sabine/Wapler, Friederike* (Hrsg.), *Konflikte im Recht – Recht der Konflikte*, Stuttgart 2010, Franz Steiner, S. 207-223
- Merry, Sally Engle*, Legal Pluralism, *22 Law & Society Review* 5 (1988), S. 869-896
- Moore, Sally Falk*, Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study, *7 Law & Society Review* 4 (1973), S. 719-46
- Ochoa, Christiana*, The Relationship of Participatory Democracy to Participatory Law Formation, *15 Indiana Journal of Global Legal Studies* 1 (2008), S. 5-18
- Schanze, Erich*, Die Leiden des jungen W. – Notizen zur Geschichte der „Rechtswissenschaft“ von 1968, in: *Joerges, Christian/Zumbansen, Peer* (Hrsg.), *Politische Rechtstheorie Revisited – Rudolf Wiethölter als Lehrer, Anstifter, Freund*, 2013 (i.E.)
- Schmidt, Karsten*, *Lex mercatoria: Allheilmittel? Rätsel? Chimäre?*, in: *Murakami, Junichi/Marutschke, Hans-Peter/Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), *Globalisierung und Recht*, Berlin 2007, de Gruyter, S. 153-183
- Schmitthoff, Clive M.*, *International Business Law: A New Law Merchant*, *129 Current Law and Social Problems* (1961), S. 129-142
- ; The Unification of the Law of International Trade, *5 Journal of Business Law* (1968), S. 105-119
- Snyder, David V.*, Private Lawmaking, *64 Ohio State Law Journal* (2003), S. 371-449
- Teubner, Gunther*, Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1982, S. 13-59
- ; Prozeduralisierung, in: *Brüggemeier, Gert/Joerges, Christian* (Hrsg.), *Workshop zu Konzepten postinterventionistischen Rechts*, Bremen 1984, Zentrum

Maurer

für Europäische Rechtspolitik, S. 91-93

–:, Dilemmas of law in the welfare state, Berlin 1986, de Gruyter

–:, Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main 1989, Suhrkamp

–:, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, Rechtshistorisches Journal 1996, S. 255-290

Wiethölter, Rudolf, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, in: *Brüggemeier, Gert/Joerges, Christian* (Hrsg.), Workshop zu Konzepten postinterventionistischen Rechts, Bremen 1984, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, S. 25-64

–:, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, in: *Brüggemeier, Gert/Joerges, Christian* (Hrsg.), Workshop zu Konzepten postinterventionistischen Rechts, Bremen 1984, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, S. 2-24

Zumbansen, Peer, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat: Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag, Baden-Baden 2000, Nomos

–:, Lex Mercatoria, Schiedsgerichtsbarkeit und Transnationales Recht, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2003, S. 637-682

–:, Transnational Law, in: *Smits, Jan* (Hrsg.), *Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham 2006, Edward Elgar Publishing, S. 738-754

Studenten Belügen.

Anmerkungen zu Rudolf Wiethölter's 100. Semester

PEER ZUMBANSEN

I.

Der den folgenden Zeilen vorangestellte Titel war vielleicht nie für die Öffentlichkeit gedacht. Er ergibt sich aus einer Bemerkung, mit der sich Herr Wiethölter, zweimal in der Woche, kurz nach acht Uhr morgens, an meiner Zimmertür im dritten Stock vorbeigehend, in den Hörsaal verabschiedete. „Ich geh' mal Studenten belügen.“

Genauso war es.

Woran aber bestand die Lüge? Zum Beispiel könnte sie im – falschen, oder irreführenden – Inhalt des anschließend dargestellten Lehrstoffs bestehen. Das erste zu vermuten wäre haltlos, das zweite interpretationsfähig. Wer schon einmal Studentenevaluationen in den Händen gehalten hat, kennt das eigenartige Gefühl, die dort evaluierte Veranstaltung nicht wiedererkennen zu können. Die dort wiedergegebenen Testate mögen reichen von „Schrecklich angezogen“ zu „Interessanter Stil“, von „Geradezu inakzeptabel“ zu „Sehr witzig“, von „Ist nie vorbereitet“ zu „Kenne keinen Professor, der immer so hervorragend vorbereitet ist“, von „Grund für den Niedergang der Fakultät“ zu „Hervorragendes Herstellen von Praxis-Theorie Bezügen“, von „Zu theoretisch“ zu „Wunderbar anschaulich und umfassend“. Wer lügt hier?

Vielleicht soll ‚belügen‘ aber auch wirklich etwas ganz anderes heißen, nämlich die Wahrheit zu sagen. Keine aber, die man möchte, noch die man erwartet hätte. Wenn in den vom kommerziellen Anbieter in obszön-farbigen Regalen in der Bibliothek bereitgestellten Skripten der Lernstoff in kompakter Form präsentiert werden kann, sollte das der zur Lehre verpflichtete Hochschullehrer auch können, nicht wahr? Aber wenn dieser stattdessen mit BGHZ-Bänden unter den Armen den Hörsaal betritt und dann nicht nur aus diesen zitiert, sondern die zum Thema gemachten Probleme anhand von Rechtsprechungsketten unter Orts-, Anlass- und Geschichtsbezug entfaltet, dann mag das vielleicht noch keine Lüge sein und auch keine Irreführung. Aber irritierend, für viele. Die Wahrheit dieser Problemstellung, -behandlung und -entfaltung besteht in der Darstellung und einer damit verbundenen Betonung ihrer Unvermeidbarkeit. Den Kontext einer Entscheidung zu beleuchten und zum Gegenstand nicht nur der Faktenanalyse sondern auch – im besten rechtspluralistischen Sinn – der Quellenauswahl und Entscheidungsbegründung zu machen, darum geht es. Nichts geschieht einfach so, eine gerichtliche Entscheidung auch nicht. Worin aber besteht der ‚Hintergrund‘, der ‚Zusammenhang‘, den

man vor Augen haben muss, um den ‚Kontext‘ einer Entscheidung zu erfassen? Sich dieser Frage zu stellen und sie gemeinsam mit allen im Hörsaal ernst zu nehmen, darin liegt die Kunst.

Worin aber besteht die Irreführung, wenn nicht sogar die Lüge?

Wahrscheinlich im Vorspiegeln falscher Tatsachen, was dann eher auf eine Täuschung hindeuten würde. Aber worin liegt die Täuschung, wenn nicht im Darstellen von Tatsachen, die es so nicht gibt? Die Entscheidungsbände, die Erkundung von Argumentationsfolgen in einem vielgefächerten historischen Zusammenhang und der Hinweis auf die teils geschlossenen, teils geöffneten Zukunftsperspektiven – all das sind keine vorgetäuschten Tatsachen. Also kann die Lüge, Irreführung und Täuschung nur in der Vorgabe liegen, dass das, was da geschieht nicht nur möglich ist – und das ist es von 8:15-9:45 – sondern auch richtig sein soll. Darin besteht das Vergehen! Denn das, was es im Hörsaal gibt, das gibt es nur dort, und nur dann. Die Brücke zu schlagen von dieser Umgangsform mit Recht hin zur von der Praxis gewollten, eingerichteten und ausgeübten Professionalität ist die Ungeheuerlichkeit, es ist das, was die gewollte Lüge zum Inhalt hat und was der Lügende sich und den Studierenden als dringende Frage zur Lösung aufgibt.

II.

Wie steht es um die Lösung?

Anzufangen wäre mit der Auslotung von Prämissen, also von impliziten und expliziten Grundannahmen. Das hört sich schön klar und eindeutig an, aber es ist natürlich nur genauso klar wie auch der Kontext einer Entscheidung jemals „klar“, „eindeutig“ oder „bekannt“ sein kann. Das kann er nur dann sein, wenn schon geklärt ist, was der Kontext selbst ist. Aber genau darin, nämlich in der *Problematisierung* seiner Definition besteht das Interessante am *Kontext*. Die Herstellung des Kontexts eines juristischen Falls besteht in einer umfangreichen Sondierung der relevanten Fakten, aber genau die Unbestimmtheit dieser beiden Elemente enthält den Schlüssel zum Rätsel des juristischen Falls. Wenn es darum geht, juristische Normen auf soziale Sachverhalte anzuwenden, besteht die Herausforderung weder im positivistischen Beharren auf der Norm, noch in der Ergänzung des juristischen Instrumentariums (und, Vokabulars) durch andere Disziplinen, manchmal ‚Nachbardisziplinen‘ genannt. Vielmehr ist das Verhältnis insgesamt zwischen Recht, seiner Form und Sprache, und gesellschaftlicher Kommunikation das zu thematisierende Problem.

Sich dieser Unbestimmtheit zu nähern, ist Gegenstand unterschiedlicher Theorieunternehmungen, was im Wiethölterschen Hörsaal und Seminar besonders hieß, *kritische*, *ökonomische* und Systemtheorien in Beziehung zu bringen. Die Nähe dieses so gearteten rechtswissenschaftlichen Interesses an kritischer Gesellschaftstheorie zu progressiver, linker Politik wurde früh mit dem

Etikett ‚politische Rechtslehre‘ gekennzeichnet, wobei es wichtig ist zu sehen, dass diese sich keineswegs in einfach zuzuordnenden Assoziationen von Recht ‚hier‘, Politik, Macht, Wirtschaft ‚da‘, erschöpfen würde.

In seinem Beitrag ‚Themen der Zeit‘ aus dem Jahre 1969 schreibt Wiethölter: ‚Politisches Recht für unsere Gesellschaft würde mithin bedeuten, dass sich unsere Gesellschaft als politische begreift, als handelndes Subjekt mithin organisiert und *ihr* Recht gewährleistet.‘

Im Kern geht es um eine Rechtslehre als Gesellschaftstheorie – gleich und durchgehend. Aber es wird keiner Hegelschen Totalisierung oder Gesamtschau das Wort geredet, sondern es werden die untereinander widerstreitenden Dynamiken solch ambitionierter Gesellschaftstheorie ernst genommen. Gesellschaft *als solche* ist nicht zu haben, weder aus einer abstrakten Höhe noch von einer desinteressierten Warte aus sind sinnvolle Aussagen zu machen. Denn nach der rechtssoziologischen ‚Öffnung‘ des Rechts für die Gesellschaft herrscht großes Gedränge: Weder bildet sich ein Primat des ‚Politischen‘ aus, noch ein solcher des ‚Öffentlichen‘: Die *ökonomische Analyse des Rechts* geht als erfolgreichste ‚Law and Society‘ Bewegung aus der Transformation des Wohlfahrtsstaats hervor. Die expansive, hegemoniale Rationalität des Wirtschaftlichen im systemtheoretischen Gesellschaftsspiel ist und bleibt der Grund andauernder Existenzangst einer jeglichen Gesellschaftstheorie des Rechts, sei es auf nationaler Ebene oder im global-transnationalen Raum.

In seinem Beitrag von 1989 für die erste Habermas-Festschrift formuliert Wiethölter eine Antwort auf die Angreifbarkeit, die Usurpierbarkeit des systemtheoretischen Kommunikations- und Rationalitätengeflechts durch eine ‚realistische‘ ökonomische Rechtslehre, die weder mit *agency* noch mit *institution* Probleme hat, weil sie die systemtheoretischen Abstraktionen zielsicher in Handlungsrisiken übersetzen kann. ‚Springpunkt solcher Sichtweise ist die radikale Lösung des – bislang ungelösten – ‚bürgerlichen‘ Rechtsgrundlagenproblems.‘ [Ist unserem Recht der Prozess zu machen?, FS Habermas, Ffm 1989] Eine Erfassung dieses Rechtsgrundlagenproblems setzt eine umfassende historisch informierte, theorie- und politökonomisch ausgerichtete Analyse voraus, gerade weil sonst die vorgebliche Einfachheit des wirtschaftlichen Kalküls nicht begriffen werden kann. Gerade weil sich ‚[d]ie ursprüngliche Vorstellung, alles könnte Datum für Recht sein (zB ‚Ökonomie‘), wie umgekehrt auch vieles für Ökonomie (z.B. ‚Recht‘), [...] zur Vorstellung von diffusen Variablen-Unmengen für eine Einheit von ‚Ökonomie‘ und ‚Recht‘, steigert, ist eine Distanzherstellung notwendig. Aber mit welchen Eckpfeilern und Bezugspunkten?

„»Richtiges« Sparen von Möglichkeiten, die zukunftsstabile Vorsorge wird fortentwickelt zur allgemeinsten Funktion aller Systeme und zugleich »ver-

rechtlich«. »Selbstreflexion« (im systemtheoretischen Sinne) hat – dauerhaft und lernfähig – Dispositionen über knappe Güter und Leistungen. Sie fordert eine soziologisch belehrte Einheit von Wirtschaftswissenschaft (als Systemtheorie) und Ökonomischer Rechtstheorie. Weil alle Entscheidungen unter Risiken fallen, wird die Differenz von akzeptablen und nicht akzeptablen Risiken zum allgemeinen »unternehmerischen« Schlüsselproblem: die Bürger (ihrerseits als »Unternehmer«) müssen vor allem lernen, »das mögliche Mißlingen zu ertragen« (Luhmann im Anschluss an Fichte). Das ist - als generalisiertes Systemvertrauen – die neue Zivilreligion. [...] Konkret setzt Systemtheorie auf Schleusenwärter (zwischen Codierung und Programmierung), Kritische Philosophie auf Verfassungspatrioten (für politische Kämpfe über den Grenzverlauf zwischen System und Lebenswelt), politische Ökonomie auf das Glück des Tüchtigen (in der erfolgreichen Präferenzentscheidung).“

Dagegen setzt Wiethölter:

„Der Rechtsprozeß über Recht ist so offen wie die richtenden und zu richtenden Theorien ihrerseits auch. Ein Rechtsstreit als Streit nach Recht (als Streit über dieser Theorien »Recht« nach verbindlichem Meta-Recht) ist nicht möglich, nicht einmal zu wünschen. Immerhin: Allgemeines und neues »Bürger-Recht« könnte anfangen, mit Systemtheorie, Kritischer Philosophie und Politischer Ökonomie den veränderten Zustand (und Begriff) von »Gesellschaft« ernst zu nehmen. Es bliebe dabei (sonst freilich erst recht) kaum ein Stein auf dem anderen.“

Wieviel davon und wie überhaupt ist das im Hörsaal vermittelbar? Zumal ja der Druck des Marktes, der Studenten, der Profession – gestern wie heute – auf ein streamlining der Juristenausbildung, auf ‚skill-training‘ und Vermittlung von ‚Schlüsselqualifikationen‘ abzielt. Während die nordamerikanische juristische Fakultät ihre Studentenschaft in der Regel aus individuell ausgewählten UniversitätsabsolventInnen mit oftmals sehr weitreichender Berufs- und Praxiserfahrung zusammensetzt, steht der juristische Fachbereich zwischen Hochschulreife und Berufsleben. Welche Sprache eignet sich hier am besten zur Lehre? Welche Fächer, welche Perspektivöffnungen sind notwendig – und hinreichend – zur dauerhaften Bildung angehender JuristInnen?

1973 [*Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik*] heißt es, es gehe um eine (Wieder-) Inbesitznahme des Kontexts durch Konkretisierung der Norm hinsichtlich des Sachverhalts auf der einen Seite und Abstrahierung des Sachverhalts hinsichtlich der Norm, auf der anderen. Im selben Beitrag heißt es weiter: „Die vorausgesetzte Spaltung von juristischer und sozialer Subsumtion (Interpretation), auf der die Möglichkeit beruht, Recht vom sonstigen Sozialraum überhaupt zu trennen, verlangt eine Leistung, die *professionelle Schizophrenie* bedeutet.“ Mit anderen Worten handelt es sich bei der Juristenausbildung und – praxis um eine sich verstetigende Einübung von „Sachverständigenelend“.

Grund dafür ist die Abgrenzung eines Kernbestands von Recht *hier* von sozialen Fakten *da*. Das macht aber (dem Juristen) anscheinend nichts, denn „[d]ie Trennung von Sozialproblembereich und Rechtsproblembereich ermöglicht es, alle kontroverse Urteilsbildung im Sozialbereich zum *Sachverhalts-*(„Tatsachen“-) Element nicht kontroverser Urteilsbildung im Rechtsbereich zu stilisieren.“

Das mag alles sein, aber was hilft?

Denn es bleibt dabei: „Rechtswissenschaft hat es indes nicht so sehr mit Texten (allenfalls mit Kontexten) als mit (textfreien) Handlungs- und Entscheidungsorientierungen zu tun in gesellschaftspolitischen Wirkungszusammenhängen“, geht es doch um „... Konfliktregulierungen in antagonistischer, jedenfalls inhomogen-pluralistischer Gesellschaft, also um Planungstechnologien, Interessendurchsetzung, soziale Auseinandersetzung.“ Mit anderen Worten, um Arbeit die auf ... Ableitungszusammenhänge einer Theorie der Gesellschaft [zielt], die sich praktisch legitimieren muss.“

III.

Dass und wie die Frage nach Legitimation Grundbestandteil von jeglicher Rechtsdefinition ist, hat Wiethölter immer wieder hervorgehoben. Im Anschluss an die Abschiedsvorlesung Luhmanns im Jahr 1993, sollte es immer heißen: „Was also ist der „Fall“ und Was steckt dahinter?“

Dieses Interesse am „Fall“ wirkte ansteckend. Back to the Future, oder: *exempla trahunt*, verführen aber auch... [RW, *Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht* 1982 (1986)].

Ein Fall, der heute in der westlichen juristischen, trotz des Absturzes und der Ernüchterung der New Economy weiterhin ökonomisch ausgerichteten juristischen Vorstellungswelt prägende Wirkung hat, ist der Konflikt zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, zwischen Gesetzgeber und Gericht, zwischen Konservativen und Progressiven, wie er sich in der Entscheidung aus dem Jahre 1905 in *Lochner v New York* des US-amerikanischen Supreme Court zum Ausdruck kam. Worum es vordergründig – damals wie heute – ging, ist die scheinbare Frontstellung zwischen den Richtern Peckham und Holmes, die verallgemeinert wahrgenommen und perhorresziert wurde als ein Konflikt zwischen Laissez Faire Ökonomismus und „Formalismus“ auf der einen und *Legal Realism* und streitbarer Demokratie auf der anderen Seite. Weil die *Lochner*-Entscheidung schon immer ganz „klar“ war, war es auch seine Botschaft: Im Kern ging es um die Rolle der Justiz in der Zurückdrängung staatlicher Freiheitsbeschränkungen im Namen der Vertragsfreiheit, mit anderen Worten also um die Justiz als Freiheitsbewahrerin vor Staatsinterventionismus und Autonomiebegrenzung.

Die Lautstärke, mit der regelmäßig zentrale Lehren aus der Entscheidung

des obersten amerikanischen Gerichts gezogen wurden, hat allerdings zur Folge gehabt, die Stimme des zweiten abweichenden Richters nicht zu hören. Justice Harlan aber sollte gehört werden, denn in seiner kurzen, aber konzisen Stellungnahme finden sich zwei Weichenstellungen, die zunächst für die Strukturierung juristischer Streitfragen im nationalen, langsam hervortretenden wohlfahrtsstaatlichen Rahmen von großer Bedeutung sein sollten, die aber auch heute im Rahmen transnationaler Rechtsfragmentierung an Ausstrahlungskraft nicht verloren haben. Zum einen betont Harlan die grundlegende Richtigkeitsvermutung zugunsten des auf solider Informationsbasis handelnden Gesetzgebers. Hieraus folgert er, dass Gerichte eben nicht aufgrund eigenen Gutdünkens den Willen des Gesetzgebers beiseite schieben dürfen, außer wenn ein Verfassungsverstoß offensichtlich erkennbar ist. Zweitens stellt Harlan die Bedeutung wissenschaftlicher ‚Fakten‘ zur Unterstützung juristischen Urteilens heraus. In dem Maße in dem der (New Yorker) Gesetzgeber seine gesetzgeberische, freiheitsbeschränkende und formierende Tätigkeit auf solide Wissensgrundlagen gestützt hat – was das Gericht durch sehr kursorische Informationsbeschaffung und -auswertung bestätigt – ist das Gericht an diese Einschätzungsprärogative gebunden. In der abweichenden Meinung des Richters Harlan findet sich, wie unter einem Vergrößerungsglas, eine Rechtsstrukturanalyse des ‚Rechts in der Risikogesellschaft‘ des zwanzigsten Jahrhunderts. Eine feine Austarierung des Verhältnisses zwischen Gericht und Gesetzgeber und Verwaltung, aber auch Bürger, bedarf der andauernden Anpassung des Rechts, seiner Texte und Quellen und Terminologien, aber auch seiner Verfahren, auf sich verändernde Sachlagen. Dabei ist aber ein besonderes Augenmerk auf die Fragilität des Zusammenhangs zu richten, der sich immer wieder verändern, erneuern und anpassen muss. Weil mit einer schlichten Betonung des formalen Gewaltenteilungsprinzips nicht weit zu kommen ist, geht es um die Analyse der Form/Funktion des Gewaltenteilungsschemas, aber eben auch um die Identifizierung normativer und funktionaler Entsprechungen im transnationalen Raum.

Diese Analyse orientiert sich – von innen heraus – zunächst an Bekanntem, um auf dieser Grundlage die Reichweite gewohnter Kategorien und Zuschreibungen zu erkunden. In *Lochner* handelte es sich, etwa aus Sicht von Studierenden, die diesen Fall in der Lehre vermittelt bekommen, um einen Konflikt zwischen einem Fabrikbesitzer/Arbeitgeber und den Arbeitern. Gleichzeitig ging es um den Gegensatz einer ‚privaten‘ wirtschaftlichen Unternehmung und dem staatlichen Steuerungsanspruch, im Namen des öffentlichen Interesses an der Aufrechterhaltung von als öffentliches Gut erkannten Gesundheitsstandards verbindliche Rahmenregeln für den privaten Vertragsschluss zu schaffen. In diesem Sinne ging es in *Lochner* um das Aufeinanderprallen vermeintlich privater Wirtschaftsbeziehungen und öffentlicher Regulierungsmandate,

aber eben auch um das Verhältnis von Justiz und Gesetzgeber.

Nun haben sich unternehmerische Tätigkeit und Arbeitsmärkte entscheidend über die nationalstaatliche Grenzen hinausbewegt. Lochner als juristisches Lehr- und Lernstück ist, um mit Polanyis Sprachfigur zu arbeiten, ‚entbettet‘. Egal wo wir hinschauen, scheinen sich die Konturen des einstmals scharf akzentuierten Konflikts verzerrt zu haben. In global tätigen Unternehmen haben Anwälte aber auch Arbeitssoziologen, Anthropologen und Sozialgeographen schon lange ein dramatisches Auseinanderklaffen zwischen Beschäftigungskonditionen und arbeits- und vertragsrechtlichem Regelwerk festgestellt. Viele Unternehmen treten nurmehr mit Intermediären, meistens global agierenden Zeitarbeitsfirmen in vertragliche Beziehungen, um von diesen je nach Bedarf und sehr einsatzbezogenen Arbeitskräfte ‚vermittelt‘ oder ‚zugewiesen‘ zu bekommen, für die das beschäftigende (aber nicht einstellende) Unternehmen meist keine Sozialabgaben oder sonstige Beiträge leisten muss. Eine andere Form der entbetteten Arbeitsbeziehung, die eine anwaltliche Interessenvertretung vor lokal und global immense Herausforderungen stellt, sind die prekären und oftmals horrenden Arbeitsverhältnisse im Rahmen von in der Entwicklungsländern tätigen Multinationalen Unternehmen. So verdeutlichen die derzeit vor beim US-amerikanischen Supreme Court in Washington anhänglichen Verfahren vor allem die Reichweite der unbeantwortet bleibenden Fragen. Diese berühren unter anderem das Problem der rechtlichen Qualifizierung der manchmal über Generationen reichenden Arbeitnehmerschaft von Unternehmen, die in den Gastgeberstaaten, besonders aber in den lokalen Orten, zahlreiche Versorgungs- und Infrastrukturaufgaben übernommen haben. Mit anderen Worten greift der arbeitsrechtliche Begriff des Arbeiters oder Angestellten viel zu kurz, um die Komplexität der über lange Zeit gewachsenen Rechts- und Sozialbeziehungen zwischen dem Unternehmen und den bei ihm tätigen und in der ‚company town‘ lebenden Menschen adäquat zu erfassen. Mit anderen Worten: wie kann das arbeitsrechtliche Konzept des Arbeitnehmers in Richtung einer umfassenderen Stakeholder-Perspektive erweitert werden, die hinsichtlich der weitreichenden lokalen Integration und Serviceerbringung des Unternehmens angemessener erscheint, um die Beziehungen zwischen Unternehmern und den Menschen besser abzubilden?

Eine weitere Frage, die trotz ihrer Zentralität in der Fallkonstellation nicht thematisiert wird, ist die rechtliche Einordnung des Unternehmens als vermeintlich „privater Wirtschaftsakteur“. Es muss also geklärt werden, wie das Recht die tatsächliche Rolle erfassen und juridifizieren kann, die das Unternehmen in dem jeweiligen Gastgeberkontext spielt.

Von diesen Elementen abgesehen stellen sich drängende Fragen nach Forum, Rechtsweg und Rechtsgrundlage. Allerdings werden die derzeit in den USA anhängigen Klagen anlässlich von Menschenrechtsverletzungen durch

Multinationale Unternehmen in Nord-Afrika und Lateinamerika allgemein als letzte Phase in der auf die 1789 geschaffene Norm des Alien Tort Statute gestützten Klagen angesehen, sodass die Hoffnung auf eine Konsolidierung einer derart mobilisierten transnationalen Menschenrechtsjudikatur am Schrumpfen ist. Das ist umso tragischer, als die bisher in diesem Rahmen initiierten Klagen wenigstens die Problematik einer zu eng-legalistischen Sichtweise auf komplexe transnationale Sachverhalte deutlich gemacht haben. Gerade hierin etwa könnte man die Bedeutung eines im Ergebnis abweisenden Urteils des Seventh Circuit Court im Jahre 2011 erkennen, das die vermeintliche Sklaven- und Kinderarbeit in einer liberianischen Kautschukplantage zum Gegenstand hatte. Der berichterstattende Richter Richard Posner stellte an mehreren Stellen fest, dass das Gericht über zu wenig Information verfüge, um die Allegationen hinsichtlich der geltend gemachten Menschenrechtsverletzungen entweder zu bestätigen oder zu widerlegen. Die zur Widerlegung der von den Klägern erhobenen Vorwürfe mobilisierten Argumente zeigen in erster Linie die relative Unfähigkeit des Rechts, einen über sich über Generationen erstreckenden sozialen Sachverhalt in den Griff zu bekommen. Die Tatsache, dass die auf der Plantage beschäftigten Arbeiter eine über dem Landesdurchschnitt liegende Entlohnung erhalten, verstellt im Ergebnis den Blick darauf, dass das Recht im Grunde nicht weiss, wie es mit der Tatsache umgehen soll, dass die auf der Plantage tätigen Menschen in vielen Fällen dort geboren wurden und aller Wahrscheinlichkeit nach auch dort sterben werden. Die Untersuchungsperspektive des Rechts sieht einen Mangel an Fakten, wo es um die Qualität der zur Entscheidungsfindung herangezogenen Informationen geht.

In einem Aufsatz aus dem Jahre 1971 mit dem Titel „Die Wirtschaftspraxis als Rechtsquelle“ nahm Wiethölter die sich schon früher andeutende Suche nach einer Lösung oder Analyse des Rechtsgrundlagenproblems wieder auf. Dort plädierte er für eine an historischen Formationsbedingungen und polit-ökonomischen Entwicklungen orientierte Analyse, die das Verhältnis von ‚Recht‘ und ‚Wirtschaft‘ auszuleuchten in der Lage wäre. Dass es einer besonderen Anstrengung bedarf, sah Wiethölter besonders der Sachlage geschuldet, wonach sich in diesem Verhältnis „die gesamte problematische Beziehung von Staat und Gesellschaft, Politik und Recht, Allgemeinheit und Individuen“ spiegelt, die die deutsche Entwicklung geprägt hat. Diese national orientierte, potentiell aber zu leichtfertig als eurozentrisch zu vernachlässigende Problemeinschätzung ist nun aber als genau das zu nehmen, was sie zu leisten vorgibt: nämlich als eine Tiefenanalyse wohlfahrtsstaatlich-institutionalisierter Wirtschaftsverfassung. Und eine solche muss lokal als auch historisch informiert sein. Die hieraus für die kurz zuvor beschriebene Fallkonstellation zu ziehende Lehre ist, dass es um die Kontextherstellung geht, die alleine den Zugang zum „Fall“ und dem, was sich hinter ihm verbirgt, gewähren kann. Um die Er-

schöpfung juristischer Kategorien wie „Arbeiter“, „Vertragsfreiheit“ oder (privates) „Wirtschaftsunternehmen“ im Kontext der Kautschukplantage erfassen zu können, muss die Sachverhaltsbeschreibung verdichtet und konkretisiert werden. Auf dieser Grundlage dann würde der Fall zunächst vom „Fall“ befreit werden, um ihn dann, unter Zuhilfenahme von nicht-parteilichen Feldstudien-daten anthropologischer und ethnographischer Natur als „Fallkonstellation“ wieder herzustellen. Der Gewinn einer solchen De- und Rekonstruktion liegt in der Offenlegung nicht nur einer erheblich erweiterten Palette relevanter Tatsachen, sondern auch der sich im herkömmlichen Fall oftmals unbemerkt ereignenden intentionalen Auswahl von Fakten als entweder relevant oder irrelevant.

Wie aber kann das erlernt und praktiziert werden?

Es muss klar werden, dass sich für den Juristen sich die Frage nach den *relevanten* Fakten zu einem Zeitpunkt stellt der vor dem Moment liegt, wo sie zu legalen „Tatsachen“ werden. Mit anderen Worten geht es um die *Entrechtlichung* des den Blick verstellenden juristischen Falles, so wie er im antagonistischen Streitverfahren vor Gericht kommt, um stattdessen eine umfassender fundierte und viel weiter ausdifferenzierte Fallkonstellation aus der Problemlage zu schöpfen. Angesichts dieser muss dann die Frage nach adäquaten juristischen Antworten gestellt werden. Es geht also darum, die vermeintliche Souveränität des Juristen in seiner Beherrschung des Sachverhalts und des „Problems“ gegen die Unsicherheit einzutauschen, dass ‚hier‘ vielleicht gar nichts so ist, wie es uns – aus der Perspektive unserer gewohnten juristischen Expertise – scheinen mag. Es ist die Verführbarkeit des einen Sachverhalt beherrschenden Juristen, vor dem Wiethölter warnt: „Recht tritt in allen Kontexten als eine undeutlich-eindeutige, unbestimmt-bestimmte Invarianz auf, Invarianz eines Ganzen im Verhältnis zu seinen Teilen, von Zwecken (Zielen) und Mitteln (Wegen), von oben und unten, kurzum als ein „proprium“, das vor allen den (uns) Juristen „zu allem fähig“ macht.“ [RW, *Politik und Aufklärung*, 1988].

Eine Aufklärung über diese Verhältnisse setzt das Verständnis derselben voraus: „Unsere Gesellschaften sind für die Lösung ihrer Probleme auf sich selbst, für die Orientierungen, Legitimationen und Sanktionen dieser Lösungen aber auf übergreifende, freilich wiederum selbst hervorgebrachte Bezüge verwiesen.“ Für die hier thematisierten Rechtsverhältnisse gilt, dass sie ... immer schon vorvermittelte allgemeine Entscheidung über die Zu-Ordnungen von Sachverhalten an ein bestimmtes Recht im Wege der Anknüpfung, als Qualifikation der Rechts-Antworten auf Sozial-Fragen, [sind].“ Mit anderen Worten: „Rechtsverhältnisse setzen nicht (schon) bestimmte Rechtsätze voraus, sondern sind (produzieren) diese Rechtsätze...“. [RW, *Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht*, 1982 (1986)].

Wie aber ist diese Perspektivenumstellung zu bewerkstelligen?

IV.

Zu denken wäre an eine Weiterbildung von „Maßstäben, Foren und Verfahren“ durch *Akteure, Normen* und *Prozesse*. Während die erste Trias ihre Signifikanz im Durchgang von Materialisierung über Prozeduralisierung hin zum Kollisionsrecht als Recht-Fertigungsrecht erhält, führt die zweite Trias zur Konzeption eines transnationalen Rechtspluralismus, oder zum Transnationalen Recht als *Rechtsmethodik des Rechts in der Weltgesellschaft*. Vor dem Hintergrund einer Fortentwicklung des früheren Interdisziplinarisierungsgebots der Rechtssoziologie der 1970er Jahre hin zu einer transnationalen Rechtsmethodik können Akteure, Normen und Prozesse als Übersetzungskategorien verstanden werden, die eine Inbeziehungssetzung nationalstaatlich gelernter Rechtstheorie und -dogmatik mit transnationalem Rechtspluralismus ermöglichen sollen. Weder geht es also um die Abschottung oder Autonomisierung eines sogenannten transnationalen Rechts noch um die gradlinige Übertragung nationalstaatlicher Kategorien auf globale Steuerungs- und Governanceprobleme. Stattdessen ist das Ziel der hier vorgeschlagenen Perspektivenumstellung die ‚Provinzialisierung‘ nationalstaatlich gewachsenen Rechts, um zum einen ein besseres Verständnis der Alternativen zu gewinnen, zum anderen aber auch der Dynamiken und Wechselbeziehungen zwischen dem Recht der Peripherie und des Zentrums.

V.

Die immer wieder von Wiethölter aufgegriffene Zielbeschreibung der deutschen Juristenausbildung mit dem Ziel eines habilitationsfähigen Richteramtswärters diente ihm als Negativfolie, vor deren Hintergrund eine ungemein ambitioniertere Perspektive kenntlich wurde. Diese sollte sich, dreidimensional, folgendermaßen umorientieren:

1. Verklammerung von Theorie und Praxis (»Einquasenausbildung«!),
2. bb) Umstrukturierung der Juristenarbeit in den angedeuteten Zusammenhängen (»Sozialwissenschaften« in der Juristenausbildung!),
3. Umsetzung von Zielvorstellungen über juristische Berufsfelder in Ausbildungsprogramme (»Berufsfeldforschung«, »Curriculum«, »Didaktik«!) Eindrucksvoll finden sich schon hier die Grundeinstellungen einer juristischen Forschungs- und Ausbildungsmethodik, die eine Provinzialisierung der gewohnten Juristenarbeit herbeiführen könnte, um auf diese Weise die Einbettung des Rechts in das Projekt einer Gesellschaftstheorie zu verdeutlichen. Das Versprechen dieser Umstellung liegt in der dichten Verbindung des Gelernten, *Eingerichteten und Ausgeübten* mit der tastenden, aufmerksamen Suche nach dem Recht unter dem Pflasterstein, den verstaubten Aktendeckeln oder den Berichten der Menschenrechtsaktivisten in vielen Tei-

Zumbansen

len der Weltperipherie heute. Im Verheimlichen der Tatsache, dass dies weder im Hörsaal noch ‚da draußen‘ so ohne weiteres möglich ist oder gar „einfach“, darin bestand vielleicht die Lüge.

Rechtsprechung als Gesetzgeber – nicht nur Patientenrechtegesetz

*Für Rudolf Wiethölter zur 100. Vorlesung am 2. November 2012 in
Bremen*

DIETER HART



Ein möglicher Anfang:

„Die Einwilligung ist eingeholt, wenn der Patient einwilligt. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt und führt der Behandelnde die Maßnahme ohne eingeholte Einwilligung durch, so verletzt er dadurch seine vertraglichen Pflichten im Sinne des § 280 Absatz 1.“

Man kann diese Sätze aus der Begründung zum Regierungsentwurf eines Patientenrechtegesetzes (PatRG) als die Usurpation des Vertragsrechts durch das Deliktsrecht oder als Vermeidung begründeter politischer Entscheidungen oder als die Angst des Gesetzgebers (?) vor der eigenen Verantwortung (?) interpretieren.

Das folgende Zitat stammt aus Rudolf Wiethölter, Zur politischen Funktion des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, KritJ 1970, 121, 135:

„Der Referentenentwurf eines neuen Schadensersatzrechts von 1967 hat die illiberale Rechtsprechung normativ eingefroren, will also durch Gesetzgebung die längst überholte Constanze-Doktrin verewigen. Der zuständige Referent im Bundesjustizministerium hat auf entsprechende Kritik geäußert (...), der Referentenentwurf sei vor der Höllenfeuer-Entscheidung formuliert worden. Dieser Hinweis wirft Licht auf das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung und hilft zugleich, den heutigen Gesetzesbegriff zu erarbeiten. Ist etwa Art. 20 III GG neu zu lesen: Die Gesetzgebung ist an die Rechtsprechung gebunden?“

RW hat sich diesem Genre einer rechts- und gesellschaftspolitisch motivierten Rechtsprechungsanalyse als perspektivischer Kärnerarbeit leider zu selten zugewendet – die Brillanz hielt sich mit der Abneigung die Waage und doch ist der Aufsatz ein Stück Hauptwerk.

Das Zitat RW nehme ich als Ausgangspunkt für die Analyse eines Gesetzgebungsaktes, der sein Ende am 1. Februar 2013 nach dem zweiten Durchgang durch den Bundesrat (BR) gefunden haben wird: **Wir haben ein PatRG!**

Ich gliedere folgendermaßen.

- I. Zum Gegenstand
- II. Zum Inhalt
- III. Was geschieht?
- IV. Was wäre sinnvoll?
- V. Warum nicht? Ein Rätsel?

I. Zum Gegenstand

Die Diskussion um ein Patientenrechtegesetz (PatRG) wird in Deutschland seit über 20 Jahren kontrovers geführt.¹

Es ist die Geschichte der verschiedenen Dokumente über Patientenrechte in

1 Überblick und Entwicklung von der Charta zum Gesetz bei Hart, Patientenrechte – Belastung der Arzt-Patient-Beziehung? Ein Plädoyer für gute Organisation und Gesetzesregelung, in: Hoepfert (Hrsg.), Der Wandel der Patientenrolle, 2011, S. 117-131; ders., Patientenrechte, in: Rieger/Dahm/Steinhilper (Hrsg.), Heidelberger Kommentar – Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht [HK-AKM]), Stand Mai 2009, BVZ 4015; Kubella, Patientenrechtegesetz, 2011, S. 15 ff.

Deutschland, die durch „Patientenrechte in Deutschland“, hrsg. durch die Bundesministerien für Justiz und für Gesundheit vom Oktober 2002 (inzwischen unveränderte Auflage 2007) einen gewissen Abschluss gefunden hat.² Es war zu hoffen, dass durch die Verbreitung dieser Dokumente der Kenntnisstand bei Patienten, Versicherten und Heilberufen erhöht und die Diskrepanz zwischen Normativität und Normalität verringert wird. Allerdings ist die Umsetzung nicht nur ein Kenntnisproblem, sondern ebenso eines der persönlichen Bereitschaft und deren institutionell-systemischen Bedingungen. Jene Hoffnung hat sich nicht erfüllt.

Seit 2007 wird an einem Gesetz gearbeitet. Nach der Verabredung in der Koalitionsvereinbarung zwischen CDU/CSU und FDP (2009) wurde ein Grundlagenpapier (Eckpunktepapier) eines solchen Gesetzes vorgelegt.³ Am 25. Mai 2012 ist der im Januar 2012 vorgelegte Referentenentwurf (RefE)⁴, der hinter dem Grundlagenpapier zurückblieb, mit geringfügigen Änderungen zum Regierungsentwurf (RegE PatRG)⁵ geworden. Über den Regelungsansatz, die Regelungsmethode und den Regelungsumfang wurde noch zu diesem Zeitpunkt intensiv diskutiert.⁶

Die 1. Lesung des PatRG im Deutschen Bundestag (BT) fand nach der Befassung des Bundesrates (BR) am 28.9.2012 statt. Am 22.10.2012 gab es eine öffentliche Anhörung gemeinsam durch den Rechtsausschuss und Gesundheits-

2 Zur Entwicklung Hart, Patientenrechte, in: Rieger/Dahm/Steinhilper (Hrsg.), HK-AKM, Stand Mai 2009, BVZ 4015; siehe auch Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, 1999; Hart/Francke, Patientenrechte und Bürgerbeteiligung. Bestand und Perspektiven, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 1/2002, 13-20.

3 Siehe <http://www.patientenbeauftragter.de/front_content.php?idart=56>; dazu Hart, Für ein Patientenrechtegesetz!, DKG Forum 4/2011, 27-31.

4 BMJ/BMG, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz), <http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Laufende_Verfahren/P/Patientenrechte/Referentenentwurf_Patientenrechte_BMJ_BMG_Endfassung_120116.pdf>; dazu Spickhoff, Patientenrechte und Gesetzgebung, ZRP 2012, 65-69.

5 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten BT-Drs. 17/10488 v. 15.8.2012 mit Stellungnahme des Bundesrates (BR).

6 Dazu Hart, Ein Patientenrechtegesetz ohne Eigenschaften – Über den Mangel an legislativer Eigenständigkeit GesR 2012, 385 ff. Der Gesetzentwurf ist ebenfalls kommentiert worden von Katzenmeier, Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie, MedR 2012, 576 ff; ders., Das Patientenrechtegesetz auf dem Prüfstand – Transparenz, Versorgungsqualität, Rechtsdurchsetzung im Gesundheitswesen, SGB 2012, 125 ff; Wagner, Kodifikation des Arzthaftungsrechts? Zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, VersR 2012, 789 ff.

ausschuss des BT, der dort am 28.11.2012 die abschließende Ausschussberatung mit der Beschlussempfehlung (BT-Drs. 17/11710) folgte. Die 2. und 3. Lesung des Gesetzes erfolgte am 29.11.2012 im BT.⁷ Der BR war am 1. Februar 2013 erneut mit dem Gesetz befasst. Das Gesetz wird demnächst in Kraft treten.

Schon die zeitliche Abfolge der Beratungen lässt vermuten, dass der Unterschied zwischen dem RegE PatRG und dem späteren PatRG nur marginal sein könnte. Die Relevanz der Anhörung und der Ausschussberatungen ging gegen Null; vor der Null stand eine Änderung zum Nachteil einer adäquaten Patienteninformation (Änderungsantrag der Koalition eingebracht am 28.11.2012) und eine zum Vorteil der allgemeinen Patientensicherheit. Da sich der RegE am status quo orientierte, ist das Gesetz insgesamt: siehe Zitat Rudolf Wiethölter.

II. Zum Inhalt

Die Ziele Rechtssicherheit und Transparenz stehen im Vordergrund. Sie definieren den Charakter und den Regelungsumfang des PatRG und begrenzen gleichzeitig seinen Plan. Das PatRG enthält folgende Regelungsbereiche:

- Kodifizierung des *Behandlungs- und Arzthaftungsrechts* im Bürgerlichen Gesetzbuch,
- Förderung der *Fehlervermeidungskultur*,
- Stärkung der *Verfahrensrechte* bei Behandlungsfehlern,
- Stärkung der Rechte gegenüber *Leistungsträgern*,
- Stärkung der *Patientenbeteiligung* und
- Stärkung der *Patienteninformation*.

Die Schwerpunkte liegen umfangmäßig und sachlich bei den ersten beiden Themen. Die §§ 630a-h BGB/PatRG regeln den Behandlungsvertrag als Unterfall des Dienstvertrages im Wesentlichen durch die Wiedergabe von Grundsätzen der ständigen Rechtsprechung des 6. Senats des BGH. Auf diesen Teil beschränken sich die weiteren Ausführungen. Als Beispiel einer Regelung sei § 630a BGB/PatRG genannt:

„(1) Durch den Behandlungsvertrag wird derjenige, welcher die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt (Behandelnder), zur Leistung der versprochenen Behandlung, der andere Teil (Patient) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist.

(2) Die Behandlung hat nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehen-

7 BT-Drs. 17/11710 v. 28.11.2012.

den allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist.“

Alle diese Formulierungen kann man mit der Rechtsprechung in Einklang bringen. Allerdings wird keine der offenen Fragen zu den Varianten des Behandlungsvertrages mit Krankenhausträgern angesprochen, geschweige denn beantwortet. Dasselbe gilt für alle Standardfragen: weder erfolgt eine grundsätzliche (Anforderungen an Wissen und Bewertung sowie deren Relation) noch eine „insbesondere“-Präzisierung. Was also wird geregelt? Es bleibt, wie es war; es kann gestritten werden.

Dass ein PatRG aber auch dazu taugt, bestehende Regeln zu verschlechtern, zeigt der Schnellschuss vom 28.11.2012 auf den 29.12.2012, nämlich § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB/PatRG. Die Regelung betrifft die Anforderungen an die Durchführung der Selbstbestimmungsaufklärung. Sie lautet:

„Die Aufklärung muss

1. mündlich durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt; ergänzend kann auch auf Unterlagen Bezug genommen werden, die der Patient in Textform erhält;“

Bis zu diesem Zeitpunkt hieß es statt „Ausbildung“ „Befähigung“. Der Ausschussbegründung ist zu entnehmen, dass den Bedürfnissen der Praxis Rechnung getragen werden soll.⁸ Es ist zu befürchten, dass diese Änderung zu einer Beeinträchtigung der Qualität und Sicherheit der Selbstbestimmungsaufklärung führen wird. Die Änderung gegenüber dem Regierungsentwurf und der 1. Lesung im BT bedeutet, dass der Aufklärende nicht selbst in der Lage sein muss, die Behandlung durchzuführen. Durch den Wortlaut „über die notwendige Ausbildung verfügt“, kann nunmehr jede Person aufklären, die eine entsprechende Ausbildung hat, auch dann, wenn sie die Behandlung noch nicht selbständig, sondern nur unter Aufsicht durchführen und damit die notwendige Vertrautheit mit Nutzen und Risiken nicht gewährleisten könnte.

8 BT-Drs. 17/11710, S. 38 f; Es heißt dort: „Die Regelung entspricht den Anforderungen aus der bisherigen Praxis und trägt insbesondere den Bedürfnissen des Krankenhausalltags Rechnung, um eine gute medizinische Aufklärung und Behandlung von Patientinnen und Patienten mit dem vorhandenen ärztlichen Personal zu gewährleisten.“

Man sieht, Detaillierung ist möglich, wo einflussreiche Lobby mahnt. Im RefE PatRG hieß es übrigens noch, dass der Behandelnde die Aufklärung durchzuführen habe. Das wurde schon im RegE PatRG korrigiert.

III. Was geschieht?

Folgende Stichpunkte fassen das Geschehen zusammen:

- Die Erwartungen des Publikums an das Gesetz sind hoch, weit gespannt und durch Interessengegensätze der Anspruchssteller charakterisiert – also nicht alle zufrieden zu stellen.
- Das BMJ setzt mit dem BMG die Rechtsprechung des 6. Senats des BGH als Regelung des Behandlungsvertrags um.
- Es wird weder akzentuiert noch fortgebildet.
- Das Gesetz ist Rechtsprechungs- und status quo-Gesetz.
- Gerichte als Vormund des Gesetzgebers?
- Die Rechtsprechung bestimmt den Konsens.
- Die Gerichtsbarkeit hat auf Kosten des Gesetzgebers und der Verwaltung erheblich an Normierungskompetenz gewonnen. Das gilt im Bereich des gesamten Medizin- und Gesundheitsrechts (Sozialrechts).

Jenseits dieser allgemeinen Aussagen kann man die Regelungen des Behandlungsvertrages so kommentieren:

- Die Rechtsprechung schwerpunktmäßig zum Deliktsrecht wird als Behandlungsvertragsrecht kodifiziert.
- Die Körperverletzungsdoktrin wird konstruktiv ins Vertragsrecht transferiert.
- Information *und* Aufklärung als vertragliche Hauptpflichten bleibt unentschieden.
- Es bleibt offen, ob das Verhältnis von Vertrags- und Deliktsrecht zukünftig von ersterem dominiert werden und ob der Grundsatz der Pflichtenkongruenz weiter bestehen soll.
- Eine Kommunikation mit der Medizinrechtswissenschaft findet nicht statt.
- Kein Anschluss an die Methodik der modernen Medizin: Evidenzbasierte Medizin und Standardbegriff.
- Keine Perspektivenergänzung von Ausgleich zu Prävention = von Be-

handlungsfehler zu Patientensicherheit.

- Betonung der Individualhaftung statt moderner Organisationshaftung; eine Differenzierung zwischen Behandlungsfehler und Organisationsfehler findet nicht statt.

Die Grenzen der Rechtsprechung sind die Grenzen der Gesetzgebung. Aber: das könnte auch anders sein, wenn der Gesetzgeber respektive die Regierung weitergehenden Zielen verpflichtet wäre: Schwarz/Gelb gegen Rot/Grün? Das wäre wohl zu einfach! Obwohl: eine Reformneigung kann man beiden Ministerien sicher nicht bescheinigen, eher schon eine Nähe zu bestimmten Interessengruppen. Aber auch dann bleibt der Rechtsprechung eine gewisse Kompetenz zur Normierung.

Man kann im Medizin- und Gesundheitsrecht drei Typen solcher Normierungskompetenz unterscheiden:

- Rechtsprechung definiert den *Konsensrahmen*:
Beispiel: BGH zu Behandlungsvertrag PatRG; Rechtsprechung war und bleibt auch zukünftig der Akteur;
- Rechtsprechung definiert gesetzliche *Leistungskriterien*:
Beispiel: BVerfG zu Leistungsausweitungen in der GKV („Vormund“);
- Rechtsprechung definiert Leistungs- bzw. *Entscheidungskriterien* für den G-BA („untergesetzlich“):
Beispiel: BSG zu Leistungsbegrenzungen und -ausweitungen (mangels gesetzgeberischer Konsensfindung).

Im ersten Falle heißt das: Die Rechtsprechung definiert den Konsens und bleibt auch der zukünftig – im doppelten Sinne – entscheidende Akteur. Das ist unser Beispiel: die Fortentwicklung des PatRG liegt in der Hand der Rechtsprechung – weiter so!

IV. Was wäre sinnvoll?

Ein einheitliches bereichsübergreifendes prinzipien- und verfahrensorientiertes Gesetz:

- Gebietsübergreifende Harmonisierung
 - Kongruenz Zivilrecht, Berufsrecht, Sozialrecht
- Leitlinien für Entscheidungen über
 - Autonomie
 - Information + Transparenz

- Qualität und Sicherheit
 - Qualitäts-, Sicherheits- und Beschwerdemanagement
 - Schnittstellenorganisation
- Verfahren
 - Verfahren für Fortentwicklungen.⁹

Solche Vorschläge sind kaum „rechtsprechungsfähig“. Der Konsensrahmen der Rechtsprechung wird überschritten. Die Wahrscheinlichkeit ihrer Realisierung durch die Regierung und den Gesetzgeber ist gering. Vielleicht ist aber ein „Rechtsprechungsgesetz“ der Ausgangspunkt für Überlegungen zu seiner Fortbildung?

V. Warum nicht? Ein Rätsel?¹⁰

Die Rechtsprechung oder
Höhepunkte des 20. Jahrhunderts



9 Eine Langfassung ist Hart/Francke, Rechtsgutachten zum Inhalt und zur Machbarkeit eines Patientenrechtegesetzes (PatRG) in Deutschland, 2005; Kurzfassung unter <http://www.igmr.uni-bremen.de/> → Forschungsprojekte → Francke oder Hart.

10 Das Bild hängt im Frankfurter Städel, unten im Neubau: Walter Dahn, Die Höhepunkte des 20. Jahrhunderts.

Die „politische Verwaltung“ Europas

CHRISTIAN JOERGES

Was konnte man bei Wiethölter eigentlich zu lernen? Dass es Antworten auf diese Frage gebe, stand im Titel unserer Einladung. Und es lässt sich in der Tat mancherlei anführen. Die Fähigkeit, mit so vielen so verschiedenen akademischen Nachrückern über derart lange Zeiträume so umzugehen, dass daraus eine andauernde Ver- und Gebundenheit entsteht? – Freilich ist diese Gabe nicht übertragbar. Waren es dann die Denkanstöße, Theorievergleiche, literarische Fundstücke, Gedankenblitze? – Durchaus; allerdings kann niemand diese Fülle insgesamt aufnehmen und so synthetisieren, dass eine Handreichung daraus würde. Da gibt es noch etwas: Ich habe gelernt, Fälle zu lesen! Nachschauen, was da „eigentlich“ zur Entscheidung anstand, was „stattdessen“ entschieden wurde, ergründen, was die Diskrepanz zwischen Entscheidungsproblem und Entscheidungsdarstellung und Entscheidungsherstellung bedeutet. Dies habe ich mein Leben lang geübt und will die Art des Übens im Rückblick auf einen einzigen Fall erläutern: der Teerfarben-Entscheidung des BGH.¹ „Verträge sind Verträge“, hat der BGH gefunden, als er sah, dass die Akteure in einem engen Oligopol ihre Preisabstimmungen zustande brachten, ohne Angebot und Annahme i.S.d. § 151 BGB auszutauschen – und deshalb einen Verstoß gegen § 1 GWB nicht erkennen können. Diese Art von Gehorsam vorspiegelnden Ungehorsam ist eine Juristenübung bis heute geblieben. Im heutigen Europa wird sie mit dem Recht so geübt, wie der Werwolf es am Grab des Dorfschulmeisters wollte: „Bitte beuge mich“. Wie ist mit Derartigem zu Recht zu kommen?

Explikationen

Zum Teerfarben-Urteil hat Rudolf Wiethölter damals angemerkt: In Gesetzen wie dem GWB gehe es um „ein spezifisches Inhaltsprogramm“; „solche Gesetze sind deshalb nicht Teil vom Bürgerlichen Recht, sondern Teil von ‚politischer Verwaltung‘“.² Der Begriff der „politischen Verwaltung“ taucht in einer zur gleichen Zeit entstandenen Schrift nochmals auf.³ Diese Art Recht sei Lebenslexier des demokratischen Rechtsstaats, heißt es dort. Das Bezeichnende: Verwiesen hat Wiethölter am Beispiel des Kartellverbots auf ein anderes als das

1 BGH7 55, 104/BGHSt 24, 54.

2 Art. Wirtschaftsrecht, in: A. Görnitz, Hrsg., *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, München: Ehrenwirth, 1972. 531-539, 532.

3 *Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik*, Mainz: Universitätschriften, 1973.

überkommene Recht. Eine Methodik, die eine Entdeckung jenes anderen Rechts anleiten würde, eine dogmatische Sistierung, eine Anweisung zum richtigen politischen Verwalten fehlt. Immerhin und allerdings ist viel erkennbar:

Es handelt sich um ein Gegen-Konzept, rechtlich und auch institutionell. Die politische Verwaltung habe es mit politischen Zwecken und Zielen zu tun, nicht mit Recht als Grenze und Form. Sie entwickle ihre Orientierungen im Rahmen sozialer Bewegungen. Sie bleibe als Kritik *Recht* und verwehre sich gegen die Auslagerung sozialer Handlungsbereiche an Politiker und Ökonomen, gegen die Ausschaltung des Rechtlichen durch Wirtschaftspolitik und naturwüchsige ökonomische Entwicklungen.

In diesen Aussagen angelegt sind Weiterentwicklungen der politischen Rechtstheorie, die über das am Teerfarben-Urteil illustrierte Dual hinausreichen. Sie finden sich z.B. in dem Vortrag über den Sanierungskonkurs der Juristenausbildung vom Januar 1985,⁴ der den Begriff der politischen Verwaltung nicht verwendet, aber sich doch als dessen weitere Entfaltung verstehen lässt. Dort finden sich die Formeln von der „gesellschafts-geschichtlichen Rechtfertigung“, der „Recht-Fertigungs-Arbeit“ von Juristen, die sich über Genese und Geltungsbedingungen ihres Gegenstandes vergewissern und sie in ihre Entscheidungsarbeit einbeziehen, von den „gesellschaftlichen Verständigungsverfassungen als Begründungsproblem ‚vernünftiger‘ praktischer Handlungen“, der „Prozeduralisierung als Rekonstruktionsarbeit“.

Applikationen

Wie trifft man diese Intuitionen in der Arbeit am Recht. Dieter Hart hat den Begriff der politischen Verwaltung zur Entwicklung einer sozialstaatlichen Perspektive für das Privatrecht benutzt⁵ – die dann in das „Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts“⁶ und das „Soziale Schuldrecht“⁷ einging und in dem Graduiertenkolleg über „Risikoregulierung und Privatrechtssystem“ über lange Jahre weiter entfaltet wurde.⁸ Diese Linie verfolge ich hier nicht weiter, weil es nun endlich, wie im Titel angekündigt, um Europa gehen soll, zunächst einmal in einer gewagten konstruktiven, dann in einer betrübten kritischen Einstellung.

4 Sanierungskonkurs der Juristenausbildung?, KritV 1986, 21.

5 Vom Bürgerlichen Recht zur Politischen Verwaltung, KJ 1974, 274-283.

6 H.-D. Assmann, G. Brüggemeier, D. Hart, Ch. Joerges, 1980.

7 Gert Brüggemeier/Dieter Hart (Hrsg.), 1987.

8 Die Gründungsmanifestationen finden sich in KritV 1991, 207-440.

Anders als dies die Apologeten und Kritiker der Europäischen Integrationspolitik wahrhaben möchten, ging es weder bei dem alten „Gemeinsamen Markt“ noch bei dem neueren „Binnenmarkt“ bloß um eine Freisetzung von Marktkräften oder solche Kräfte entfaltende evolutionäre Prozesse; es ging vielmehr um politische Projekte. Die Märkte, die diese Politik etablierte, mussten vielfältigen regulativen Belangen insbes. des Verbraucher-, Umwelt- und Arbeitsschutzes Rechnung tragen, um „funktionsfähig“ werden zu können. Für deren Abarbeitung waren transnational operierende Institutionalisierungen eine unabdingbare Notwendigkeit. Dass es hier um eine „politische Verwaltung“ ging, ist augenscheinlich und einfach zu erklären. Moderne Märkte müssen allenthalben institutionell abgesichert werden. Bei transnationalen Märkten kommt diese Notwendigkeit sogar stärker als in nationalen Kontexten zur Geltung, weil hier all jene informellen und halb-formellen Mechanismen, die zu einer soziale Einbettung der Märkte in den Kapitalismen der nationalen Volkswirtschaften beitragen, sorgen, „künstlich“ geschaffen werden müssen. Gestaltende Politik ist allenthalben angesagt. Handelt es sich dabei um „politische Verwaltung“ im emphatischen Sinn von Wiethölters Kritik am Teerfarben-Urteil?

Das europäische Projekt ist zutiefst technokratisch-funktionalistischen Traditionen verpflichtet. Die Art der Politik, die es in dieser Tradition befördert, setzt auf eine transnationale Fachbürokratie, die sich mit Expertenstäben aller Art ausstattet, um das zu tun, was sie für richtig hält. Kann das gut gehen? Eine Nagelprobe bilden die Lebensmittelmärkte. Das ist nur auf den ersten blick überraschend. Lebensmittel, nicht etwa Automobile, sind nämlich der ökonomisch gewichtigste Wirtschaftsfaktor Europas. Dabei sind nun allerdings Lebensmittel Waren besonderer Art. Sie haben Eigenarten über die politisch gestritten wird und/oder gestritten werden sollte: Gesundheits- und ernährungs-politische Weichens müssen gestellt, ökologische Probleme bedacht, distributive Implikation verarbeitet werden. Auch von Kultur ist die Rede. Über all dies wird denn auch offen oder heimlich gestritten und jedenfalls entschieden. „And how can you know it is ‚politische Verwaltung‘ when you see it?“ Eine wichtige Unterscheidung ist gut beobachtbar, wenn auch nicht trennscharf. Werden jene Entscheidungen „technokratisch“ durch sog. Experten oder „politisch“ im Sinne von Arendt, Dewey, Habermas herbeigeführt?

Um dies in Erfahrung zu bringen, hat sich das ZERP seit etwas 1994 über einige Jahre hinweg mit der Europäischen Komitologie gefasst. Dieses dem Namen nach seltsame Gebilde ist mit der Freigabe des Warenverkehrs für Produkte durch ein Geflecht von Ausschüssen befasst. Es geht dabei um die Vermittlung von Nationalstaatlichkeit und Europäisierungprozessen, um das Verhältnis von Rechtsarbeit und Expertenwissen, um den Umgang mit komplexen Konfliktlagen. Etwas kleinformatiger: Die Komitologie operiert unter einer

Geschäftsführung (ausgeübt von der Europäischen Kommission), die nur koordinieren, aber selbst sachlich nicht entscheiden darf; sie integriert in ihren Entscheidungsprozesse Expertenwissen verschiedener Disziplinen und Kulturen; sie kann den wirtschaftlich-sozialen Kontext ihrer Entscheidungen reflektieren; sie ist nur funktionsfähig, wenn die Vertreter der Mitgliedstaaten sich einigen und generiert eben dadurch sachhaltige Beratungsprozesse; einmal getroffene Festlegungen sind im Lichte neuer Einsichten und Erfahrungen revidierbar. So haben wir das damals gesehen und sehen wollen. „Deliberativer“ statt orthodox-hierarchischer Supranationalismus; „politische Verwaltung“ statt technokratische Marktregulierung – dies war eine Vision, mit der auf ein Potenzial der Komitologie verwiesen wurde, das rechtlich stabilisiert („konstitutionalisiert“) werden sollte, um sich seine Anerkennung zu verdienen.⁹

Erosionen

Dahin sollte es freilich nicht kommen, im Kleinen nicht, im Großen erst recht nicht. Unsere Vision einer konstitutionalisierten Komitologie ist aus vielen Gründen gescheitert. Zu ihnen gehört, keineswegs paradoxerweise, die Dynamik der Binnenmarktentwicklung selbst. Die Lebensmittel vermehren und verändern sich unablässig. Der Binnenmarkt expandierte seit 1994 gewaltig. Aus all dem resultierte ein enormes Wachstum des Entscheidungsbedarfs. In dessen Abarbeitung kam und kommt die Binnenmarktlogik mit ihren beiden Lebenslügen voll zur Geltung: (1) Der Binnenmarkt hat ein einheitlicher zu sein. (2) Deshalb müssen den Binnenmarkt betreffende Entscheidungen überall in gleicher Weise gelten, also grundsätzlich nach der fatalen Devise „one size fits all“ gefällt werden. Wer Integrationspolitik so vorantreibt, betreibt gewiss „politische Verwaltung“ – freilich eine, die mit der Politik der politischen Verwaltung Wiethölters nichts zu tun hat, sondern aus selbst geschaffener Not notgedrungen technokratisch verfahren und an die Stelle solcher Politik die vermeintliche Objektivität von Expertenwissen setzen muss. Diese Entwicklung bestimmt inzwischen den gesamten Bereich der Binnenmarktpolitik.

9 Dazu gibt es Sammelbände (z.B. J. Falke und Ch. Joerges (Hrsg.), *Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung*, Baden-Baden: Nomos 2000) und eine Art Programmschrift: Ch. Joerges/J. Neyer, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, *European Law Journal* 3 (1997) 273.

Politische Verwaltung in der Krise Europas

Die Transformationsprozesse, die sich in den Feldern der regulativen Politik beobachten lassen, haben nach dem Ausbruch der sog. Staatsschuldenkrise in sehr schnellen Schritten Europa insgesamt ergriffen. Die Union hat dabei in Windeseile ein Regelwerk erstellt, das alles wirtschafts- und sozialpolitische Handeln neu programmiert.¹⁰ Der – vorläufig – letzte Baustein war der Fiskalpakt vom März 2012 und sein Gebot einer Schuldenbremse in den Staaten, „deren Währung der Euro ist“. Der Pakt ergänzt das zuvor beschlossene Verfahren zur Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte, das der Kommission die Beaufsichtigung aller Mitgliedstaaten ermöglicht und ihr entsprechende Weisungsrechte gibt. Jürgen Habermas, ein besonders prominenter 29er, hat für diese Praktiken das Wort vom „postdemokratischen Exekutivföderalismus“ in Umlauf gebracht.¹¹ Fritz Scharpf, der den 29ern sachlich und zeitlich sehr nahe steht, ist, was Rechtsstaat und Demokratie betrifft, noch defätistischer: Europa hat sich in der Krise derart verfasst, dass es jedem einzelnen Mitgliedstaat Direktiven vorgeben und Sanktionen auferlegen kann, die weder in allgemein geltende Regeln gefasst, noch durch die Bürger der Gläubiger- geschweige denn die der Schuldnerländer autorisierte werden müssten oder kontrolliert werden könnten.¹²

Griechenland als Exempel

Das drastischste Beispiel einer politisch derart verwalteten Republik, die dabei zu einer Art Protektorat geworden ist, bietet sicher Griechenland. Dieses Land gehört nicht etwa nur dank allerlei Tricks, die ihm durch hochrangige Vertreter von Goldman Sachs beigebracht wurden, sondern auch dank der Bereitschaft so vieler, die Kriterien für den Beitritt zur Eurozone, auf die leichte Schulter zu nehmen, zu den Ländern, „deren Währung der Euro ist“ – mit den bekannten Folgen kurzfristiger Kapitalzuflüsse und günstiger Kreditbedingungen und den

-
- 10 Einen Eindruck vermittelt die vom Bundesfinanzministerium zusammengestellte „Chronologie der Stabilisierung der Wirtschafts- und Währungsunion“, die im Oktober 1999 einsetzt und 9 Seiten mit einschlägigen Ereignissen und Maßnahmen füllt, ist zugänglich unter <http://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Themen/Europa/Stabilisierung_des_Euroraums/stabilisierung_des_euroraums.html>.
- 11 Die Krise der Europäischen Union im Lichte der Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas, in: J Habermas, Zur Verfassung Europas, 2011, S. 48, S. 81.
- 12 Legitimacy Intermediation in the Multilevel European Polity and Its Collapse in the Euro Crisis, MPIfG Discussion Paper 12/6, 2012, 28-29.

langfristigen Folgen eines Verlustes wirtschaftspolitischer Autonomie.

Die unsäglichen Folgen sind inzwischen bekannt. Hier interessiert die Art und Weise, in der Europa Griechenland verwaltet. Eine Momentaufnahme: Am Sonntag, den 28.10.2012 meldete Der Spiegel, „die Troika“ – EU-Kommission, Europäische Zentralbank (EZB) und Internationaler Währungsfonds (IWF) – werde einen weiteren Schuldenschnitt für Griechenland vorschlagen. Diesen Vorschlag hatte die Troika drei Tage zuvor bei einer Vorbereitungssitzung für das nächste Finanzministertreffen der Euro-Zone unterbreitet. Teilnehmer waren Spitzenbeamte aus den Finanzministerien der Mitgliedstaaten. Wer regiert und wer verwaltet in welcher Weise und mit welchem Mandat? Die Troika selbst ist ein Verbund von Institutionen, die jeweils einen Unabhängigkeitsstatus genießen. EZB und Kommission gehören zur EU, wengleich mit konstitutionell separatem Status. Der IWF ist eine internationale Organisation. Der Verbund „prüft“, was im Krisenland geschieht,¹³ „verhandelt“ mit der griechischen Regierung, spricht „Empfehlungen“ aus. Es handelt sich dabei um ein Glied in der Kette von Maßnahmen seit dem 2. Mai 2010 ergriffen wurden und darauf gerichtet sind „to support the Greek government’s efforts to get its economy back on track“.¹⁴

Getragen und begleitet wurden und werden diese Aktivitäten von der gerade angesprochenen Re-Programmierung der Wirtschaftsverfassung Europas durch das neue ökonomische Regieren. Wie sich diese Programmierung darstellt, veranschaulicht ein Ratsbeschluss vom 12. Juli 2011, der die seit dem 19. Mai 2010 gefassten Beschlüsse resümiert und ergänzt.¹⁵

Dort wird daran erinnert, dass der Rat am 27.4.2009 in Griechenland ein übermäßiges Haushaltsdefizit bemerkt und empfohlen habe. „dieses Defizit bis spätestens 30.10.2010 zu beenden“, um dann am 30.11.2009 feststellen zu müssen, „dass Griechenland keine wirksamen Maßnahmen ergriffen hat“. Dies soll nun alles anders werden. Auf 15 eng bedruckten Amtsblatt-Spalten steht, was Griechenland zu tun hat. Die Maßnahmen reichen von der „Abschaffung des Oster-, Urlaubs und Weihnachtsgelds für Rentner“ (Art. 2 (1) g), die Veröffentlichung von Preislisten für Arzneimittel (Art. 2 (3) i) bis zur „Reform der Ergänzungs-

13 ESFS/ESM-Chef Reichenbach im Focus Interview: „Die Experten der Troika überwachen im Auftrag von EU, Europäischer Zentralbank (EZB) und Internationalem Währungsfonds (IWF) die Reformbemühungen in dem Krisenland.“

14 So die von der Kommission verbreitete Meldung über die die gemeinsam Erklärung von EU-Kommissar Olli Rehn und dem (damaligen) Direktor des IWF Dominique Strauss-Kahn, <<http://ec.europa.eu/economy.finance/articles/eu.economic.situation/2010-05-03-state.#>>.

15 ABl. L 296/38 v. 15.11.2011.

/Zusatzaltersversorgungssysteme“ (Art 2 (8) a). Rüstungslieferungen sind um 500 Mio. € zu kürzen (Art: 2 (3) m), die Sozialleistungen um 1188 Mio. € im Jahr 2011 sowie um weitere 1230 Mio. € im Jahr 2012 ... (Anhang I).

Die Troika hat danach viel zu tun. Ihre Aufgabe ist derart unmöglich, dass sie in der Tat nur im Verhandlungsweg angegangen werden kann. Irritierend bleibt jenseits dieser einprogrammierten Diskrepanz von hyperlegalistischen Vorgaben und deren Implementation im Unschärgemodus die oben schon notierte Ankündigung: es gehe bei all dem um eine Unterstützung der griechischen Regierung in ihren Bemühungen, „die Wirtschaft wieder in Fahrt zu bringen.“¹⁶

Die Verwaltung Europas

Was am Beispiel Griechenland so drastisch zutage tritt, gilt nach der Transformation der vormaligen Europäischen Wirtschaftsverfassung durch das neue wirtschaftliche Regieren für Europa insgesamt.¹⁷ Im vorliegenden Kontext einer Rekonstruktion von Wiethölters Kategorie einer „politischen Verwaltung“, die das Lebenselixir demokratischer Sozialstaatlichkeit ausmachen sollte, und unseren Versuchen, dieser Kategorie in der europäischen Komitologie eine transnationale Gestalt zu verleihen, sei das Spannungsverhältnis demokratischer Politik und Expertenwesen in Erinnerung gerufen. Wenn schon der politische, wenngleich vor allem intergouvernemental generierte Input nicht legitimationswirksam werden kann, wie soll dann die Qualität des Wissens, das im europäischen Regieren zum Einsatz kommt, Besseres verheißen? Wolfgang Streeck, seinerzeit Rudolf Wiethölters planende Hand im (Vize-) Präsidialamt der Frankfurter Universität, glaubt das nicht. Der Umgang der Troika mit den Bemühungen und Nicht-Bemühungen Griechenlands um sein wirtschaftliches Überleben diskreditiere die Geltungsansprüche des Kommissions-Wissens. Die Expertise der Experten des internationalen Finanzwesens sei von einer anderen Art: „Das zeigt sich spätestens dann, wenn die Wirtschaftsexperten aus ihrer technizistischen Ingenieurs- in eine Psychologen- oder Psychiatersprache

16 Fn. 12. – Sehr viel mehr ist leicht zugänglich, z.B. European Commission (Directorate-General for Economic and Financial Affairs), *The Economic Adjustment Programme for Greece*, European Economy Occasional Papers 61, Brüssel 2010; sodann der Report from the Commission to the European Parliament and the Council – Interim Progress Report on the implementation of Council Directive 2011/85/EU on requirements for budgetary frameworks of the Member States – COM(2012) 761 final, 14.12.2012.

17 Näher dazu Ch. Joerges, *Europas Wirtschaftsverfassung in der Krise*, *Der Staat* 51 (2012), 357; ders., *Recht und Politik in der Krise Europas. Zur Wirkungsgeschichte einer verunglückten Konfiguration*, *Merkur* 66 (2012), 1013.

wechseln und statt von ‚der Wirtschaft‘ von ‚den Märkten‘ sprechen, die misstrauisch, ängstlich oder gar panisch geworden seien und schnellstens wieder optimistisch gestimmt werden müssten. An dieser Stelle entpuppen sich die selbststilisierten Wirtschafts- und Sozialmaschinisten der Mainstream-Ökonomie als sensible *Hermeneutiker des Kapitals*, deren besonderes Know-how darin besteht, den Eigentümern von Produktionsmitteln ihre Wünsche von den Lippen abzulesen und sie in ‚Sachzwänge‘ zu übersetzen“.¹⁸

Rudolf Wiethölter, der Erbe des Lehrstuhl von Franz Böhm, hat sich sein akademisches Leben mit den Ordoliberalismus auseinandergesetzt und dabei die anspruchsvollste und schönste Würdigung zustande gebracht, die Franz Böhm je widerfahren ist.¹⁹ Er hat uns alle sehr früh auf die paradigmatische Wende in dieser Tradition hingewiesen, die Friedrich August von Hayek nach seiner Rückkehr eingeleitet hat und der dann in der Rechtswissenschaft und der Politikberatung so einflussreich zur Geltung kommen sollte. Auch damit scheint es vorbei zu sein. Das europäische Krisenmanagement zeigt sich von Friedrich von Hayeks gegen die Anmaßung von Wissen und den rationalistischen oder konstruktivistischen Interventionismus²⁰ gänzlich unbeeindruckt. Damit erledigt sich dann gleichzeitig die Hoffnung auf eine an Recht und justiziable Kriterien gebundene Wirtschaftspolitik wie sie die Ordoliberalen der 2. Generation immer gefordert haben.²¹ Soweit die Klassiker des Ordoliberalismus damit gerechnet, dass man das Recht mit der Anleitung der Wirtschaftspolitik überfordern könnte, haben sie an die Stelle des Rechts die Wissenschaft und deren Repräsentanten setzen wollen²² – sie glaubten an die Ökonomie als Wissenschaft aber nicht an die Art von Expertise, die Streeck vorführt. So ist Europa dabei, seinem ordo-liberalen Vermächtnis und dessen Kritikern gleichzeitig den Prozess zu machen.

18 W. Streeck, Wissen als Macht, Macht als Wissen Kapitalversteher im Krisenkapitalismus, *Merkur* 66 (2012), 776, 779.

19 Franz Böhm (1895-1977), in: B. Diestelkamp/M. Stolleis (Hrsg.), *Juristen an der Universität Frankfurt a.M.*, Baden-Baden 1989, 208.

20 Z.B. in: *Die Irrtümer des Konstruktivismus und die Grundlagen legitimer Kritik gesellschaftlicher Gebilde*, 1970.

21 E.-J. Mestmäcker, Macht-Recht-Wirtschaftsverfassung, Vortrag auf der Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik in Bonn i.J 1972 (*Schriften des Vereins für Socialpolitik*, NF Bd. 47/I, 183) und ganz genau so 27 Jahre später: *Private Macht – Grundsatzfragen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft*. Vortrag zum erstes Treffen des Netzwerks „Private Macht und privatrechtliche Gestaltungsfreiheit“ am 14./15.5.2009, HU Berlin.

22 M. Wörsdörfer, *Die normativen und wirtschaftsethischen Grundlagen des Ordoliberalismus*, Diss. Frankfurt a.M., 2011, 94 ff.

Gesetzgebung und Maßstäbe

VOLKER KRÖNING

In der Einladung zu dieser Ehrung unseres philosophischen Rechtslehrers Rudolf Wiethölter wird gebeten, kleine Beiträge zu liefern: Sie sollen sich auf sein *œuvre* beziehen und deutlich machen, „ob und ggf. wie“ seine Anregungen sich ausgewirkt haben. Für die ersten zwanzig Jahre, seit wir uns kennengelernt hatten, habe ich diese Frage bereits 1989 beantwortet, als der Fachbereich Rudolf Wiethölter die Ehrendoktorwürde verlieh. Am Zentrum für Europäische Rechtspolitik, dem ich mich ebenso verbunden fühle, reizt es mich, für noch einmal zwanzig Jahre zu einem Fall Stellung zu nehmen, der mich als Politiker und Juristen seither am meisten beschäftigt hat. Es handelt sich um keinen alltäglichen Fall; die Krise der Staatsfinanzen und ihre rechtliche Bewältigung ist ein Dauerthema. Mir ging und geht es um das Verhältnis von Recht und Politik und um die zugrundeliegenden Maßstäbe.

Der Fall besteht aus dem Kampf des Zwei-Städte-Staates Bremen um Fairness in den Bund-Länder-Finanzbeziehungen, aus den Bundesstaatsreformen in den beiden Dekaden nach dem Ende der Teilung Deutschlands und aus den Versuchen dieser Dekade, die andauernde Finanz- und Wirtschaftskrise zu bewältigen, die etliche Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Not gestürzt hat (I, II). Das Interesse an den Maßstäben, die bei den Entscheidungen eine Rolle spielten und spielen (III, IV), rührt daher, dass ich als Schüler Rudolf Wiethölters, den es in die Praxis gezogen hat, nach einer Ebene suche, auf der sich Auftraggeber und -nehmer bei der Lösung eines solchen Falles verständigen können.

I

Nach vergeblichen Anläufen Bremens über die 80er Jahre hinweg, die Finanzreform der späten 60er Jahre zu korrigieren, entschied das Bundesverfassungsgericht 1992 auf Antrag Bremens und des Saarlandes:

„Befindet sich ein Glied des bundesstaatlichen Gemeinschaft – sei es der Bund, sei es ein Land – in einer *extremen* Haushaltsnotlage, so erfährt das bundesstaatliche Prinzip seine Konkretisierung in der Pflicht aller anderen Glieder der bundesstaatlichen Gemeinschaft, dem betroffenen Glied mit dem Ziel der haushaltswirtschaftlichen Stabilisierung auf der Grundlage konzeptionell aufeinander abgestimmter Maßnahmen Hilfe zu leisten ...“(BVerfGE 86, 148 Leitsatz 6)

Berichtersteller war Ernst-Wolfgang Böckenförde, Vorsitzender des Zweiten Senats Ernst-Gottfried Mahrenholz.

Zusammen mit der Einbeziehung der ostdeutschen Länder in das bis dahin in Westdeutschland geltende bundesstaatliche Finanzsystem wurde die Sanierung des Zwei-Städte-Staates eingeleitet. Zehn Jahre später gelang dies Berlin nicht mehr. In der Zwischenzeit hatten das Maßstäbe-Urteil des Bundesverfassungsgericht und der Doppelschritt eines sog. Maßstäbegesetzes und eines neuen Finanzausgleichsgesetzes die Anforderungen an Hilfen verschärft, die der Überwindung von Haushaltsnotlagen gelten.

Zugleich wurde der Solidarpakt zwischen Ost und West von 2005 bis 2019 verlängert; das gesamte einfachgesetzliche System der Einnahmen- und Ausgabenverteilung im deutschen Bundesstaat läuft dann aus. Dagegen ist es bei den verfassungsrechtlichen und gesetzgeberischen Leitlinien der Einheitlichkeit bzw. Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet (Art. 106 Abs. 3 und 72 Abs. 2 GG) geblieben.

Mit diesen Entscheidungen im Gefolge der Wiedervereinigung war jedoch das Potential des **sog. bündischen Prinzips** nicht ausgeschöpft. Bundestag und Landesregierungen einigten sich auf eine Modernisierung der Staatsorganisation, und zwar weiter Teile der Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen und vor allem des Kerns des gesamtstaatlichen Schuldenregimes. Die Reform griff ältere und jüngere Diskurse der Verfassungspolitik auf und nutzte in breitem Umfang rechts-, wirtschafts- und politikwissenschaftlichen Sachverstand.

Die Vorsitzenden waren bei Stufe 1 (2003-2006) Franz Müntefering (SPD) für die Bundes- und Edmund Stoiber (CSU) für die Länderseite, bei Stufe 2 (2006-2009) Peter Struck (SPD) und Günther Oettinger (CDU). Das Ergebnis waren zwei Pakete von Verfassungsänderungen und Ausführungsgesetzen, die gleichzeitig und allesamt mit Zwei-Drittel-Mehrheit verabschiedet wurden. Sie sind inzwischen hinreichend kommentiert, Gegenstand von Monographien und Studien und von internationalen Vergleichen, z.B. durch das Forum of Federations, und lassen eine Agenda 2019/2020 erahnen.

Mehr oder weniger deutlich waren die einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Reformen motiviert durch das Hineinwachsen Deutschlands in das verfasste und sich weiter entwickelnde Europa. Die Änderung der Präambel des Grundgesetzes in Verbindung mit dem Einigungsvertrag und die Ersetzung des Artikels 23 GG im Zusammenhang mit dem Vertrag von Maastricht stellten die innen- und außenpolitischen Weichen in die Richtung eines Vier-Ebenen-Systems. Das Bundesverfassungsgericht hat dies 2009 mit seinem Lisbon-Urteil gebilligt.

Die Bundesstaatsreformen schufen Haftungsregelungen für die Fälle der Verletzung supranationaler und völkerrechtlicher Verpflichtungen (Art. 104 a

Kröning

Abs. 6 GG) und vor allem des Stabilitäts- und Wachstumsregimes der EU (Art. 109 Abs. 5 GG) sowie zu einer gesamtstaatlichen Schuldenregel, die auf diesem Regime aufsetzt (Art. 109 Abs. 2 GG). Sie wurde zur „Blaupause“ für den inzwischen von 25 der 27 Mitgliedstaaten der EU vereinbarten, ergänzenden sog. Fiskalpakt. Beide Regelwerke gelten einheitlich für Bund und Länder; im deutschen Fall ist die Regel um Anpassungshilfen ergänzt (Art. 109 Abs. 3 und 143 d Abs. 1 und 2 GG). Dabei ist von Sanierung nicht (mehr) die Rede, sondern von Konsolidierung; die gesamtstaatliche Überwachung gilt nur noch der Vermeidung von Haushaltsnotlagen (Art. 109 a GG), d.h. akute Notlagen sollen bis 2019 überwunden sein. Die Regeln sind justiziabel.

II

Die Europabereitschaft und -fähigkeit Deutschlands schien damit gesichert. Doch gerade in Kraft getreten, ist die Modernisierung des Bundesstaates und der Bund-Länder-Finanzbeziehungen schon auf die Probe gestellt: Die Kaskade von Hilfen für Mitglieder der Eurozone, von neuen Instrumenten wie zuletzt dem Europäischen Stabilitätsmechanismus, und von neuen Aufgaben und Befugnissen der Europäischen Zentralbank zwischen 2010 und 2012 macht deutlich, dass eine extreme Notsituation auch für Deutschland nicht mehr auszuschließen ist. Zwar war die neue Regel auf die Konjunkturkrise 2008/2009 gemünzt, aber sie trifft auch Vorsorge für Strukturkrisen der Haushaltswirtschaft:

„... Die Haushalte von Bund und Ländern sind grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen. Bund und Länder können Regelungen zur im Auf- und Abschwung symmetrischen Berücksichtigung der Auswirkungen einer von der Normallage abweichenden konjunkturellen Entwicklung sowie eine Ausnahmeregelung für Naturkatastrophen oder außergewöhnliche Notsituationen, die sich der Kontrolle des Staates entziehen und die staatliche Finanzlage erheblich beeinträchtigen, vorsehen. Für die Ausnahmeregelung ist eine entsprechende Tilgungsregelung vorzusehen.“ (Art. 109 Abs. 3 Sätze 1 bis 3 GG; vgl. auch Art. 115 Abs. 2 Sätze 6 bis 8 GG)

Den Chancen und Risiken der **Stabilisierungspolitik** in der Europäischen Union haben Bundestag und Bundesrat am 29. Juni und das Bundesverfassungsgericht am 12. September 2012 im Innen- und im Außenverhältnis der Bundesrepublik Rechnung zu tragen versucht – durch Mitverantwortung für notleidende Mitgliedstaaten und zugleich durch Haftungsbegrenzungen:

Im ersten Fall ging es um die synchrone Verabschiedung des ESM und des Fiskalpaktes. Dabei stützten sich beide Häuser übereinstimmend auf eine zuvor zwischen Bund und Ländern getroffene Vereinbarung („Eckpunkte“), die u.a. besagt:

„Durch den Fiskalpakt sowie die noch anstehende Konkretisierung bestimmter Vorgaben durch die Kommission werden keine Anforderungen begründet, die über die Vorgaben des verfassungsrechtlichen Rahmenwerks zur Begrenzung der Neuverschuldung in den Haushalten von Bund und Ländern hinausgehen ... Die Länder treffen keine darüber hinausgehenden Verpflichtungen ... Der Bund haftet im Außenverhältnis. Er ist bereit, für den Zeitraum bis 2019 das Risiko etwaiger Sanktionszahlungen ... zu übernehmen ...“

Im zweiten Fall ebnete das höchste deutsche Gericht zwar dem ESM den Weg, aber nur unter den beiden Maßgaben, dass „... völkerrechtlich sichergestellt wird, dass

- die Regelung des Artikels 8 Abs. 5 Satz 1 des Vertrages zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus sämtliche Zahlungsverpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus diesem Vertrag der Höhe nach auf die in Anhang II des Vertrages genannte Summe in dem Sinne begrenzt, dass keine Vorschrift dieses Vertrages so ausgelegt werden kann, dass für die Bundesrepublik Deutschland ohne Zustimmung des deutschen Vertreters höhere Zahlungsverpflichtungen begründet werden;
- die Regelungen der Artikel 32 Abs. 5, Artikel 34 und Artikel 35 Abs. 1 des Vertrages ... nicht der umfassenden Unterrichtung des Bundestages und des Bundesrates entgegenstehen“ (2 BvR 1390/12 u. a., Tenor)

Am 29. Juni 2012 gab es freilich nicht nur auf der deutschen, sondern auch auf der europäischen Bühne eine Weichenstellung für die Zukunft der Union. Offenkundig hat die Krise einen Grat erreicht, auf dem sich Aufstieg oder Fall des verfassten Europas entscheiden. Dem Rat der Staats- und Regierungschefs lag ein Bericht vor, den sein Präsident zusammen mit seinen drei Kollegen von der Kommission, der Euro-Gruppe und der EZB unter dem Titel „Auf dem Weg zu einer echten Wirtschafts- und Währungsunion“ vorgelegt hatte.

Der Gipfel beauftragte die Gruppe, die „vier wesentlichen Bausteine“ des Berichts bis zum Ende des Jahres zu konkreten Vorschlägen – auch Terminvorschlägen – auszuarbeiten, und stellte klar, es bedürfe noch der Prüfung, ob die Schaffung einer „echten“ Union mit oder ohne Vertragsänderungen möglich sei. Die „Bausteine“ sind: ein „integrierter“ (!) Finanz-, Haushalts- und wirtschaftspolitischer Rahmen sowie „mehr demokratische Legitimität und verschärfte Rechenschaftspflicht.“ Im Übrigen hieß es wie als Selbstdefinition des leitenden Unionsverständnisses:

„Zur Gewährleistung ihrer Eigenverantwortlichkeit werden die Mitgliedstaaten eng einbezogen und regelmäßig konsultiert. Auch mit dem Europäischen Parlament werden Konsultationen durchgeführt.“

III

Rekurriert man auf Maßstäbe, so findet man in der Staatspraxis – gewaltensübergreifend – zwei Grundtypen von Maßstäben, nämlich explizite und implizite Maßstäbe. Das Bundesverfassungsgericht verwendet den Begriff des „Maßstabs“ in expliziter Weise, und zwar

- zum einen für Vorgaben, die auf die Verfassungsgrundsätze oder auf unbestimmte Rechtsbegriffe des Grundgesetzes gestützt sind und die der Gesetzgeber zu konkretisieren hat,
- zum anderen für Kriterien, die ebenfalls auf Verfassungsgrundsätze – wie das Bundesstaats- und das Demokratieprinzip – gestützt sind und nach denen Entscheidungen des Gesetzgebers beurteilt werden.

Der Gesetzgeber hat den Begriff aus dem Maßstäbe-Urteil in das Maßstäbegesetz übernommen, wenn auch mit einer auffälligen Inkonsequenz, nämlich der Befristung des Gesetzes bis 2019 analog dem Finanzausgleichsgesetz. In der Regel verwendet er den Begriff jedoch nicht, nicht einmal in der Begründung von Gesetzentwürfen. Vielmehr spricht der Gesetzgeber von „Zielen“, die sich die Politik selbst gibt und die Maßstäbe allenfalls implizieren, so gerade bei den Bundesstaatsreformen. Die Ziele waren in den textgleichen Einsetzungsbeschlüssen der aufeinanderfolgenden, paritätisch besetzten Kommissionen als Aufträge formuliert:

- zunächst: „... die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit von Bund und Ländern zu verbessern, die politischen Verantwortlichkeiten stärker zuzuordnen sowie die Zweckmäßigkeit und Effizienz der Aufgabenerfüllung zu steigern ...“ und
- sodann: „... die Bund-Länder-Finanzbeziehungen ... den verstärkten Rahmenbedingungen innerhalb und außerhalb Deutschlands, insbesondere für Wachstums- und Beschäftigungspolitik, anzupassen ...“

Liest man die Protokolle von Bundestag und Bundesrat nach – um im Beispiel zu bleiben –, so entdeckt man weitere – rechtliche wie politische – Maßstäbe; während die einen der Verfassung folgen, gehen die anderen weiter. Im Namen des Rechts wird die Form beschworen, in der Gewählte und Wähler agieren, nämlich der „demokratische und soziale Bundesstaat“ (Art. 20 Abs.1 GG; vgl. auch Art. 79 Abs. 3 GG); im Namen der Politik – d.h.: ihres demokratisch legitimierten Mandats – sind es Inhalte, eben jene Ziele bzw. Aufträge. Bei der Form fällt auf, dass man sich weniger auf das Rechtsstaatsprinzip bezieht; die Neigung der Politik, die Klärung der Vereinbarkeit ihrer Entscheidungen mit dem Recht auf die Justiz abzuwälzen, vor allem die Verfassungsgerichtsbarkeit, ist unübersehbar. Bei den Inhalten ist vielfach zu registrieren, dass sich die Ziele, vor allem die Prioritäten, im Laufe eines Prozesses verändern und

dass neue Ziele an die Stelle von alten treten, wenn die Lage es erfordert.

Die inhaltlichen Spielräume, die der politische Prozess für sich in Anspruch nimmt, zeigten sich im Falle der Bundesstaatsreformen an den Akzentveränderungen im Verlauf der beiden Stufen: von De- zu Re-Regulierung, von machtpolitischen Eigenansprüchen („schulischer Bildung“ – vgl. Art. 23 Abs. 6 Satz 1 GG) bis zur Offenheit für neue Regeln des Zusammenwirkens (Bildungsberichterstattung – Art. 91 b Abs. 2 GG) und schließlich – unter dem ökonomischen Druck der jahrelangen Krise – von sachpolitischen Einzelfeldern zum alles übergreifenden Finanzwesen.

Bei den gegenwärtigen Versuchen in Europa, der Krise durch weitere Schritte der „Unionsbildung“ Herr zu werden – von der gemeinsamen Bankenaufsicht bis zu einer Fiskalunion, von einer Wirtschaftsregierung bis zu gemeinschaftlicher Haftung –, fällt ein Gegentrend zur Staatsreform in Deutschland auf: War sie durchaus ein Stück Re-Föderalisierung und Re-Parlamentarisierung, drohen nun eine Verschärfung der Zentralität und ein Stil des Regierungshandelns, der EU-Parlament und nationale Parlamente ins Hintertreffen geraten lässt. Betrachtet man die Debatte, die wie üblich vor dem (Zwischen-) Gipfel am 18./19. Oktober 2012 im Deutschen Bundestag geführt wurde, so stellt man fest, dass man sich von der Floskel „echt“ zu einer Fehleranalyse der bisherigen Integrationspolitik durchringt – so die Bundeskanzlerin –, während ihr Herausforderer zu einer Neubegründung Europas aufruft. Regierungshandeln stößt auf Verfahrenskritik der Opposition, doch im Grunde herrscht Konsens. Allenthalben fällt es schwer, Europa verständlich zu machen.

Dabei sind Ziele und Grundsätze geregelt, ebenso die Prozeduren von Änderungen oder Ergänzungen der Verträge. Nicht um das „Ob“, sondern das „Wie“ von „mehr“ Europa geht es. Die rechtlichen und politischen **Maßstäbe und Spielräume** nach dem Europarecht sind genauso evident wie diejenigen nach nationalem Recht. Für die deutsche Mitwirkung ergibt sich dies aus Artikel 23 Abs. 1 Satz 1 GG; der Vergleich mit Artikel 20 Abs. 1 GG lehrt, dass dieser Rahmen viel Raum – und Zeit – für Alternativentwürfe und die Weiterentwicklung von Prioritäten lässt. Auch die juristischen Kontroversen, die inzwischen in Europa an der Tagesordnung sind, und die justiziellen Lösungswege, die dafür bereitstehen, zeigen keinen Ausnahme-, sondern einen Normalzustand, nicht zuletzt das noch ausstehende Hauptverfahren des Bundesverfassungsgerichts in Sachen ESM und die anstehenden Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof in gleicher Sache. Nach den schlecht verhandelten und kontrollierten Erweiterungen ist nun ein Höchstmaß an Präzision der Vertiefung gefragt, wobei der Macht- und Interessenkampf von Politik und Wirtschaft in Europa und weit darüber hinaus schärfer geworden ist. Dies stellt die politischen und juristischen Leitorgane eines Mitgliedstaates wie Deutschland vor eine unerhörte Herausforderung.

Krönung

An der Weggabel zu mehr Integration oder Desintegration stellt sich mehr denn je die Frage nach Maßstäben nicht kodifizierter, kommunikationsstarker Orientierung. Sie müssen innerhalb des selbstgesetzten Regelwerks unterschiedliche Politikentwürfe für Wahloptionen der Bürgerinnen und Bürger eröffnen. Die Beschwörung der Erfolgsgeschichte der Römischen Verträge, der Rückgriff auf die konfliktreiche, meist durch Gewalt entschiedene Geschichte der Nationen und Nationalstaaten Europas, oder Forderungen nach einer neuen Weltmachtrolle in einer multipolaren Welt helfen ebenso wenig weiter wie die Delegation von Verantwortung an Konvente, sei es auf europäischer oder auf nationaler Ebene.

Auch die Übertragung des bündischen Prinzips von der Verfassung Deutschlands auf das Europa der unterschiedlichen Rechtstraditionen muss zu kurz greifen, so verlockend der Dreisatz: weder Staatenbund noch Bundesstaat, sondern Verbund klingt. Das Beispiel des Funktionenwandels des bündischen Prinzips in Deutschland vor und nach der Wiedervereinigung und im Kontext der sog. Schuldenbremse des Grundgesetzes zeigt, wie viele Hürden Europa noch bis zu einer funktionierenden Verantwortungsgemeinschaft nehmen muss. Dazu gehört nicht nur die Finanzarchitektur, sondern auch schlicht: gutes Regieren und Verwalten.

IV

Ich vermute, entscheidend für die „Verfassung Europa“ sind eine Verständigung auf das Maß an Zentralität und Dezentralität, von kultureller Vielfalt und politischer Gesamtsteuerung und eine Koordinierung der internen und externen Beziehungen an seinen „offenen Grenzen“ – nicht zuletzt für und durch das Recht. Europa selber, zu dem mehr als nur die Mitglieder der Eurozone und der EU gehören, muss maßstabsbildend bleiben. Doch zunächst wird alles davon abhängen, ob es innen- und außenpolitisch gelingt, erkannte Fehler zu korrigieren.

Verrätselungen und Verhexungen: Von einem neuerdings erhobenen enigmatischen Ton in der Rechtswissenschaft

GUNTHER TEUBNER

Rudolf Wiethölter ist kein Wissenschaftler. Er ist Rechtsdidaktiker, Lehrer und Erzieher. So lautet jedenfalls sein verblüffendes Selbstzeugnis. Also lasse ich mich darauf ein und berichte von den Wirkungen, die seine rechtsdidaktischen Exerzitien auf mich hatten. In erster Linie lösten sie bei mir Schocks aus: Verunsicherung, Verwirrung, Selbstzweifel, ja schlaflose Nächte – und das bis in meine späten Jahre. Es waren gleich mehrere Schocks, deren Wirkung sich zudem dadurch steigerte, dass ich den je folgenden Schock als eklatanten Widerspruch zu dem vorangehenden empfand. Eine besonders heillose Verwirrung ging von den Verrätselungen des Rechts aus, mit denen Wiethölter seinen Hörern Verständnisschwierigkeiten schaffte und sie unter Lösungsdruck setzte.

Schock I: „Entzauberung der Rechtswelt“

In den späten sechziger Jahren gehörte ich zu einer Truppe agiler Zivilrechtsdogmatikakrobaten, die unter Joachim Gernhubers strenger Disziplin in den Trapezen des damals führenden Tübinger Rechtszirkus kunstvoll herumzuturnen gelernt hatten, als mich Wiethölters schneidende Kritik der Rechtsakrobatik traf und mich in der Zirkuskuppel ratlos zurückließ. Wiethölter kritisierte besonders die Verrätselungen der Rechtsdogmatik, „in oft sogar gigantischen, strahlkräftigen Leerformeln, bloßen Tautologien, kurzum: in reinem *Gerede* Scheinbegründungen anzubieten“. Er veranstaltete die gnadenlose „Entlarvung eines deutschen Götzendienstes“, in dem juristische Rätselformeln nichts als „Zirkel, Leerformeln, Alibis, Tabus“, pathetische und ethische Verklärungen, „künstliche Tarnungen“ waren, mit denen die „nackte Politik übertüncht“ wird. Und im Namen einer politischen Vernunft forderte er uns auf zum Ausgang aus selbstverschuldeter Dogmatikgläubigkeit.¹ Die Entmythologisierung des Rechts sollte dadurch gelingen, so seine Empfehlung, dass das Recht den „Anschluss an die Wissenschaftstheorie, Theoriebildung und Methodenlehren der Sozial- (genauer: Demokratie-)wissenschaft“ findet.

Doch kaum war ich in dieser Zeit, in der wir atemlos und mit glühendem Kopf die grauen Manuskripte studierten, die uns studentische Geheimkuriere

1 Rudolf Wiethölter (1968) *Rechtswissenschaft*, Frankfurt: Fischer. Die Zitate finden sich auf S. 9 f., 17 f., 26, 28 f.

aus Frankfurt heranschafften, der subversiven Botschaft gefolgt und hatte mich redlich bemüht, die zivilrechtlichen Generalklauseln als falsche Verrätselungen zu enttarnen und sie als Standards und Direktiven an die modernen Sozialwissenschaften anzuschließen, da traf mich

Schock II: Neuerliche Verrätselung und Lösungsverheißung

Ich empfand dies als eine radikale Wende. Rudolf Wiethölter, der Entmythologischer des Rechts im Namen aufklärerischer Vernunft, begann nun selbst und mit zunehmender Intensität, das Recht zu verräteln. Er enigmatisierte Rechtsfragen mit undurchsichtigen Verfremdungstechniken und stellte einen – wenn auch recht steinigen – Weg zur Suche nach Lösungen in Aussicht. Pars pro toto: „Selbstgerechtes Rechtsverfassungsrecht“² – wenn dies nicht eine provokative Verrätselung ist, in der Recht und Verfassung in mehrfacher Verschachtelung als *genitivus subjectivus* und *genitivus objectivus* einander traktieren, was dann noch dadurch überboten wird, dass sie mit der Anforderung ihrer Selbstgerechtigkeit konfrontiert werden.

Das einzig Beruhigende an dieser Wende vom exzessiven Entmythologischer zum exzessiven Verräteler des Rechts war die Lösungsverheißung, die Wiethölter uns auf den Weg gab. Die Rechtsrätsel sind lösbar – dies war die konstruktive Botschaft. Seine Verrätselungen wollten kein esoterisches Geheimwissen produzieren, sie forderten zur Enträtselung auf und regten Fantasie, Innovation, Einbildungskraft, Kreativität an. Adornos Kunsttheorie dürfte die Inspiration gegeben haben: „Es sind eher gekritzelte Vexierbilder als gleichnishafte Beschwörungen des in Worten Unsagbaren. Sie wollen nicht sowohl dem begrifflichen Denken Einhalt gebieten als durch ihre Rätselgestalt schockieren und damit Denken in Bewegung bringen, weil es in seiner traditionellen begrifflichen Gestalt erstarrt, konventionell und veraltet dünkt.“³ Und Wiethölter gab die Enträtselungsrichtung an. Er verwies auf eine trinitäre Autorität, auf das magische Dreieck der großen Gesellschaftstheorien – Kritikphilosophie, Systemtheorie, Institutionenökonomik.⁴ Es sollte gelingen, rechtliche

2 ders. (2003) „Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts“, in: Christian Joerges und Gunther Teubner (Hrsg.) *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 1-21, 18.

3 Theodor W. Adorno (1968) „Benjamins Einbahnstraße“, in: Rolf Tiedemann (Hrsg.) *Über Walter Benjamin: Aufsätze, Artikel, Briefe*. Frankfurt: Suhrkamp, 55 f.

4 Rudolf Wiethölter (1994) „Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?“, in: Gunther Teubner (Hrsg.) *Entscheidungsfolgen als Rechts-*

Normkollisionen mit Hilfe einer transversalen Rationalität in die drei dominanten gesellschaftstheoretischen Entwürfe zu übersetzen. Hier vermutete Wiethölter die große Chance, für die Enträtselung der Rechtskollisionen normative Kriterien zu produzieren. Und er äußerte die gewagte Vermutung, dass in dieser Übersetzung das Recht eine neue Autonomie gewönne: „'Recht' beugte sich dann nicht den Gesellschaftstheoriesdesign, sondern wäre selbst eines, jedenfalls nicht ‚System‘, nicht ‚Diskurs‘, nicht ‚Unternehmen‘.“⁵

Mit solchen hochambitionierten Direktiven zur Lösung der Rechtsrätsel läutet er freilich in Wahrheit eine weitere Runde der Verrätselungen ein. Denn das Verhältnis der Großtheorien zueinander wird zum neuen Enigma. Es entsteht eine rätselhafte Leerstelle im Dreieck der Sozialtheorien, ein Suspensionsraum, innerhalb dessen Schranken die Aufhebung der Geltungsansprüche der rivalisierenden Theorien die Bedingung dafür ist, dass „dem Recht der Prozeß gemacht“ werden kann.⁶ Die heilige Dreieinigkeit der Großtheorien verwandelt sich jedoch, und hier liegt das Problem, unter der Hand zu einem Bermudadreieck, dessen Leere wächst und wächst und wächst.

Im gleichen Ausmaß steigert sich das Interesse Wiethölters am „Faktor X“, an dem nicht rational bestimmbar Element der Rechtsentscheidung.⁷ Habermas glaubt, dies noch als einen vernachlässigbaren „dezisionistischen Rest“ des diskursiven Verfahrens marginalisieren zu können. Doch Wiethölter widerspricht: Die Rätselelemente der juristischen Entscheidungsfindung sind kein marginales, sondern sind das zentrale Phänomen der „Rechtsfindung“. Wenn der Argumentationsprozess der Rechtsvernunft „am Ende“ ist, dann wird der Faktor X zum „Mehr-Wert“ des Rechts. Da hilft auch keine Diskursrationalität. „Das Rechtsmodell eines Gerichtshofes der Vernunft – die Geschichte hat uns eines Besseren belehrt“. So löckt Wiethölter wider den Stachel und dies in der Festschrift Habermas.⁸ Was soll man jedoch dann davon halten, dass sich Wiethölter immer wieder nachdrücklich als ein „in der Wolle eingefärbter Habermasianer“ selbstbezeichnet? Ist er nicht eher ein derridisierender Wolf im

gründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden: Nomos, 89-120, 95 f.

5 Ders. (Fn. 2) 20.

6 Ders. (1989) „Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?“, in: Axel Honneth, Thomas McCarthy, Claus Offe und Albrecht Wellmer (Hrsg.) *Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, Frankfurt: Suhrkamp, 794-812.

7 ders. (1988) „Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers“, 3 *Kritische Vierteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1-28, 1.

8 Ders. (Fn. 6) 812.

Habermasschen Schafspelz? Das wäre dann schon

Schock III: Die absolute Unlösbarkeit der Rechtsrätsel

Den Faktor X gibt es, aber wir können ihn nicht identifizieren. Wiethölter's ultimative didaktische Botschaft lautet: Der Sinn des Rätsels ist seine Unlösbarkeit. Der dritte Schock ist, dass Wiethölter die aufklärerische Hoffnung, die Rechtsrätsel ließen sich mit Mitteln diskursiver Vernunft lösen, endgültig verwirft. Damit nähert sich Wiethölter einem Denkstil, den er sonst stets auf Distanz gehalten hatte: „Der Anspruch liegt fern, das Rätsel zu lösen. Zur Aufgabe steht, das Rätsel zu sehen.“⁹ Im Unterschied aber zum existentialistischen oder zum poststrukturalistischen Quietismus bedeutet dies für Wiethölter einen ganz anderen Umgang mit dem Unbekannten: Aussichtslosigkeit der Rätsellösung – dennoch nicht Resignation oder Zynismus oder gar platter Positivismus, der die Rätsel Rätsel sein lässt, sondern: „Weitermachen!“ Weitermachen trotz (oder gar wegen) der Unlösbarkeit. Man muss sich der Unlösbarkeitserfahrung aussetzen, nicht *sub specie eternitatis*, auch nicht *societatis*, sondern *sub specie enigmatis*, und dennoch im Recht argumentieren, entscheiden und sich der Verantwortung stellen.

Wiethölter entwickelt ein immer stärkeres Interesse am Numinosen im Recht, aber wohlgerichtet: am nicht-religiösen Numinosen. Wiethölter sucht nicht nach einem religiösen Element im Recht, sondern eher wie Ernst Bloch nach einer Transzendenz in der Immanenz. Er hat „nicht ein anderes Recht, auch nicht ein Anderes als Recht, sondern das Andere (ein mögliches Andere) des Rechts vor Augen, seine einlösbaren Ermöglichungs- eher mehr noch als seine uneingelösten Verheißungsüberschüsse“.¹⁰ Auch in der Verrätselung ohne Lösungschance bleibt es bei der Säkularisierung des Rechts: kein religiöses Naturrecht, sondern ein streng säkulares laizistisches Recht, das aber nach dem Unbekannten in der Realität des Rechts sucht.

Das ist der Leidensheroismus Wiethölter's: „Sisyphos, nicht (mehr) Prometheus, (noch) nicht Cassandra“ ist das Vorbild.¹¹ Handeln im Recht trotz der Erfahrung des Scheiterns, Scheitern der Rechtsvernunft am Enigmatischen.

Doch am Ende bleibt es das Rätsel des Sisyphos: Warum weitermachen? Warum den Stein immer wieder hochwuchten, wenn er doch immer wieder herunterrollt? Im Mythos ist Sisyphos, der den Göttern gefrevelt hat, durch

9 Martin Heidegger (1960) *Der Ursprung des Kunstwerkes*, Stuttgart: Reclam, 83.

10 Wiethölter (Fn. 2) 18.

11 Ders. (Fn. 6) 812.

Götterurteil dazu verurteilt. Wird dies Götterurteil heute durch das individuelle Gewissen ersetzt? Oder gibt es ein Diktat der Institutionen? Eine Verpflichtung zum Weitermachen trotz des Scheiterns, der man sich mit dem Eintritt ins Recht unwiderruflich unterworfen hat? Wenn Derrida recht hat, dass das rationalisierte positive Recht der Moderne ein uneingelöstes Versprechen auf Gerechtigkeit enthält, das aber dennoch stets wirksam bleibt, dann darf man dem Recht keine Möglichkeit geben, sich seiner Gerechtigkeitspflicht zu entziehen.¹² Recht hat sich selbst verurteilt zum Festhalten an seiner Gerechtigkeitsbemühung?

Oder sollte man, wie es Anton Schütz empfiehlt, eher dem französischen Philosophen Michel Serres folgen? Er fordert, die Aufmerksamkeit zu verschieben, weg von Sysiphos hin auf den Stein. Dieser rollt nicht jedesmal an den gleichen Ort zurück, sondern – angesichts der *variatio temporum* – jeweils an einen anderen Ort und ermöglicht damit die erforderliche Variation des Rechts, das Experimentieren mit anderen Möglichkeiten. „Der gewitzte Stein, also nicht der verschwitzte Steinroller befindet sich, so gesehen in der Rolle des generator of diversity G.O.D. God“.¹³

12 Jacques Derrida (1991) *Gesetzeskraft: Der 'mystische Grund der Autorität'*, Frankfurt: Suhrkamp.

13 Anton Schütz (2009) „Sisyphos und das Problem“, in: Galf-Peter Callies, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch und Peer Zumbansen (Hrsg.) *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, Berlin: De Gruyter, 165-178, 177.

»L'essentiel est invisible pour les yeux«¹

RUDOLF WIETHÖLTER²

Mein Jahrgang 1929 ist ein Thema nicht ohne Bedeutung. DIE ZEIT hat 2009 ein Bild mit hochrepräsentativen Personen des Jahrgangs 1929 gebracht. Da war natürlich Rudolf Wiethölter nicht dabei, aber 16 andere, von Dahrendorf über Habermas bis zu Christa Wolf. Meine Frau hat damals eine Fotografie dieses Bildes aus der ZEIT vergrößern lassen und dann von einem Spezialisten in dieses ZEIT-Großgemälde in die Mitte Rudolf Wiethölter eingesetzt. Dieses Bild ist jetzt eines von denen, die mein Arbeitszimmer schmücken.

Seriös gesprochen: Betroffen ist die historische Chancen- und Nichtchancen-situation dieses Jahrgangs. Er war einer der ersten, der vom Krieg verschont blieb. Ich selbst war ein ganz junger Pimpfenführer. Das lag ja auf der Hand. Ich war Klassenprimus und gut im Sport. So wurde man Pimpfenführer. Man war deshalb nicht nazistisch durch und durch verseucht. Aber für die Adolf-Hitler-Schule in Sonthofen und für die Napola in Bensberg bin ich (1942 und 1943) vorgeschlagen worden. Das heißt, man weiß nicht, was aus einem geworden wäre, wenn man ein paar Jahre älter gewesen wäre oder ein solches Angebot akzeptiert hätte. Und die Ablehnung meiner Eltern, das habe ich erst nach dem Kriege erfahren, war nicht etwa politisch motiviert. Meine Eltern waren keine Widerstandstäter. Die Ablehnung hatte relativ private Gründe.

Zurück zum Jahrgang 1929: Wir waren nicht mehr richtig nazistisch vorgebildet, hatten aber enorme Vorurteile gegen die neue Demokratisierung. Ich weiß noch ganz genau, als in einer Schüleraufführung, es war 1946 oder 47, die Zeile vorkam: „Umgürte dich mit dem ganzen Stolz deines Englands – Ich verwerfe dich – ein deutscher Jüngling!“ Da sind wir aufgestanden und haben gebrüllt. Der Regisseur hatte 1946/47 einfach nicht aufgepasst und die Stelle nicht herausgeschnitten. Was ging im Publikum vor? Man kann sich das vorstellen, auch wenn es nicht der Alltag kurz nach 1945 war, der war vor allem Hunger und Aussichtslosigkeit.

1 Die Einsicht des Kleinen Prinzen betrifft, was sich neben unseren Reden während des Symposiums begeben hat. Die Schlussrede Rudolf Wiethölters war komponierte Spontaneität, eine Summa, vielfach durchdachte Aphorismen, sehr Persönliches, erklärende Reflexionen, all dies durchsetzt mit Selbstironie und Witz. Die wurde aufgenommen, transkribiert, ediert, aber nicht geglättet. Wir nehmen die Diskrepanzen zwischen lebender Rede und unserer Textfassung in Kauf, um zu vermeiden, dass in der Ehrung Rudolf Wiethölters der Geehrte nicht selbst zu Wort kommt.

2 Rudolf Wiethölter, Jahrgang 1929, Rede vom 02.11.2012.

Lehrer und Schüler

Von Belang ist dann auch die Frage des Jahrgangs 1929 im Verhältnis zu den Jüngeren. Sie empfinden sich immer als meine Schüler. Ein kleiner Umweg. Karl-Heinz Ladeur hat mir einmal gesagt: „Ich bin Ihr ältester jüngster Schüler.“ Er bezog sich dabei auf das Jahr 1961 oder 62 in Köln und eine Übung für Anfänger oder Vorgerückte im Bürgerlichen Recht. Da saßen um die 500 Menschen. Ich selbst war hoch entzückt, wenn ich dann die Abrechnung bekam. Denn es gab ja Kolleggeld. Privatdozenten bekamen an sich kein Kolleg, das Geld einbrachte. Das hatten sich immer die Ordinarien geschnappt. Aber manchmal bekam ich über Kegel, meinen verehrten Lehrer, Vorlesungen zugebracht. Auf diese Weise habe ich das ganze BGB durchgehechelt.

Was heißt nun „Schüler“? Jetzt einen wirklich seriösen Satz: Ich habe immer gesagt, ich empfinde mich selbst als Lehrer, nicht als Wissenschaftler, jedenfalls nicht als Produzent. Ich habe immer – mit Marx formuliert – an Überkonsumptions- und Unterproduktionskrisen gelitten – das Gegenteil von dem, was sonst im Kapitalismus der Fall ist. Ich nehme viel auf, auch von Ihnen, und ich gebe verhältnismäßig wenig und manchmal nicht für alle etwas wieder. Ich will auch nicht die Geschichte der gescheiterten Arbeiten erzählen, die ich in meinem Leben hinter mich gebracht habe. Dazu könnte ich stundenlang referieren, und Sie würden staunen: Das hätte ich aber gar nicht von ihm vermutet, dass er so verlustreich gelebt und gewerkelt hat. Ich will Ihnen das ersparen.

Als Lehrer habe ich mich definiert, obwohl ich gerade dabei wohl die größten Schiffbrüche erlebt habe. Ich kann mich noch gut erinnern an die Bandbreite der Befragungen. Eine einzige Evaluation war damals offen und darüber wurde ein ganzes Buch (hauptsächlich von Wolfgang Kilian) geschrieben. Sie betraf den Studienjahrgang 69, das Reformprojekt mit Erhard Denninger. Viel später gab es die anonymisierten Evaluationen. Darin bewegte ich mich Semester für Semester in einer Bandbreite von „Ein Tag ohne Wiethölter ist ein verlorener Tag“ bis „Sammelt Geld, damit er endlich aufhört“.

Das Seriöse, das ich zu einer potenziellen Lehrer-Schüler-Beziehung sagen möchte, darüber habe ich immer offen gesprochen, auch zu Ihnen – ich belüge ja keine Schüler. Vor allem: Wenn Schüler nicht besser werden als ihre Lehrer, hat der Lehrer versagt. Es ist eben nicht so, wie wir es immer hören, dass dann der Schüler versagt habe. Dies also ist das Ziel, das ich erreichen wollte: Sie sind besser. Das sage ich jetzt nicht als *façon de parler*. Es besagt eigentlich, dass ich ein guter Lehrer war. Soviel Selbstlob muss sein.

Gründungsgeschichte der Bremer Universität

Ein großes Stück Lebensgeschichte besetzt zweifellos die Universität Bremen – mit allen damit verbundenen historischen Kontingenzen, Zufälligkeiten, wie sie schon in die Rekrutierung des Gründungssenates hineinspielten. Geschichte, Planung, politische Perspektiven. In so einer Geschichte der Gründung der Bremer Universität finden Sie den kompletten Koselleck und noch viel mehr wieder. Diese Gründung war mein einziger politischer Erfolg. Mit allem anderen, was ich politisch versucht habe, bin ich eigentlich aufgelaufen. Zumeist habe ich selbst den Versuch, politischer Versuchung nachzukommen, unterlassen, d.h. ich habe der Versuchung nicht nachgegeben, wissend, dass ich scheitern würde. Um das einzige von mir in Bremen Erreichte in einem Satz zusammenzufassen: Es besteht darin, dass es hier einen juristischen Fachbereich gibt. Nach dem Rücktritt Killys (1970) wurde die Professorengruppe im Gründungssenat verkleinert; es kamen einige neue Professoren hinzu. Ich war der einzige Ordinarius und der einzige Jurist, und mir ging ein gewisser Ruf voraus, der eines verlässlichen Reformers aus Frankfurt. Und diese Doppelung – Ordinarius und Jurist – hat mir in der Bremer Bürgerschaft viele Vorschusslorbeeren eingetragen. Nie in meinem Leben habe ich in kürzester Zeit so viele Vorträge gehalten.

König Rudolf von Bremen: Eine Erfolgsgeschichte

Wirklich faszinierend fand ich die Gründungsgeschichte seit der neuen Zusammensetzung des Gründungssenates um Pfingsten 1970. Im Herbst 1970 – es handelte sich eben um eine etwas gebrochene Entwicklungsphase – kam als zweiter Ordinarius Walter Jens hinzu. Mit Jens habe ich mich sehr gut verstanden. Wir sind auch oft gemeinsam bis Frankfurt zurück geflogen. Wir waren in jenen Jahren häufig dreimal in der Woche in Bremen zusammen. Walter Jens hat das Wort geprägt: „König Rudolf“. Das habe ich damals als Stichelei empfunden, aber dies war sein Eindruck: „Er regiert auf seine Weise“.

Drei Wochen könnte ich frei assoziativ über diese Phase reden. Als Kostprobe eine Erinnerung an die Oberlandesgerichtsräte in der ersten Jura-Gründungskommission. Dort hieß es: „Wissen Sie, wir sind ganz offen. Sollte ein kommunistisches Konzept von Juristenausbildung stimmig sein und uns überzeugen, dann werden wir das selbstverständlich vertreten. Sollte ein anderes uns mehr überzeugen, dann werden wir ein anderes vertreten“. So offen ging es zu. Und wenn ich dann diese offene Geschlossenheit in der Beratung zum Thema machen wollte, war sofort wieder Funkstille, und dann hieß es: wir müssen den Mann erst einmal ausbooten. Der kann hier so nicht länger weiter machen. Schon richtig, ich habe – in den Augen anderer – viel Mist gemacht,

da und auch an vielen anderen Stellen.

Reformatio in peius

Eine solche Stelle in Klammern: Als die Einphasenausbildung in Hessen, wo sie eigentlich anfangen sollte, endgültig gescheitert war, haben wir ein sogenanntes „Theorie-Praxis-Projekt“ erfunden. Das war sehr aufwendig angelegt. Wir wollten erreichen, dass die Bund-Länder-Kommission dafür erhebliche Mittel zur Verfügung stellt. Wir sind zu viert nach Stuttgart gefahren, mit mir als Sprecher. Der absolut unerträglich arrogante Vorsitzende dieser Bund-Länder-Kommission, irgendein geschneigelt glatter höherer Ministerialbeamter, ließ sich meine Feuerstöße – die, wie ich meinte, brillante Argumentationen waren – überhaupt nicht gefallen. Er hat sich dann bei seiner Antwort gar nicht an mich gewandt, sondern erklärt: „Darf ich die Herren aus Frankfurt darauf hinweisen, dass der bisherige Sprecher dieser Gruppierung sich weit außerhalb des Rahmens bewegt, in dem wir bereit wären, Mittel zu genehmigen“. Auf Deutsch: „Sie kriegen nix“. Die nächste Gruppe wurde von Dieter Simon geführt. Der hat das wunderbar gemacht. Wir bekamen für viele Jahre Geld (ab Sommer 1977 bis 1982). Es war nun auf einmal soviel Geld, dass alle Welt an dem Praxis-Theorie-Reform-Projekt teilnehmen wollte. Denn dafür gab es monatlich 400 DM und dazu einen weiteren Assistenten. Damit war das Projekt allerdings zum Scheitern verurteilt. Denn wenn alle für 400 DM mitmachen und dafür auch einen Assistenten haben, dann macht ja keiner mehr die Arbeit. Eigentlich hatten wir dieses Projekt für 6-8 Leute organisieren wollen.

Die Einzelheiten dieser Geschichten des Scheiterns und verhaltenen Gelingens lasse ich auf sich beruhen. Die Formel in der Kritischen Justiz von der *reformatio in peius* (von Joachim Perels geprägt) bringt das Geschehen großartig auf den Begriff.

Misslungenes

Einige von Ihnen wissen recht genau, was ich alles vorgehabt habe. Im Dezember 1962 bekam ich, damals Privatdozent in Köln, den Ruf nach Frankfurt. „Ihr Schütte“, stand unter dem Schreiben. Im Gepäck hatte ich einen Vertrag zum Soergelschen Kommentar. Den Erbrechtsband sollte ich redigieren. Hinzu kam ein Vertrag über die Neuauflage von Leo Raapes Internationalem Privatrecht. Eigentlich wollte ich ein Wirtschaftsrecht schreiben. Ich war schier verzweifelt. Im Frühjahrssemester 64 habe ich dann in Baton Rouge (Louisiana) Müller-Ferienfels vertreten. Er hieß Müller-Freienfels, aber alle Welt nannte ihn Müller-Ferienfels, und ich habe immer gesagt: Eines Tages wird auch im Druck erscheinen „Müller-Ferienfels“. Und das ist im Druck erschienen, in ir-

Wiethölter

gendeiner Schulrechtskundebroschüre.

Auch bei der Veröffentlichung meines Bremer Vortrages zum 20jährigen Jubiläum der Universität im Oktober 1991 gab es einen schickigen Druckfehler. Der Vortrag wurde publiziert mit der Überschrift „Bremer Kunde“. Der Untertitel sollte lauten: „Gelegentliche Gedanken“. Gedruckt wurde „gelegentliche Gedanken“, also gelegentlich mit d. Das fand ich durchaus pfiffig. Es klang nach einer Legende der Bremer Kunde, während ich mit den gelegentlichen Gedanken Schleiermacher zitieren wollte: Von gelegentlichen Gedanken über die damaligen Reformen wollte ich handeln.

Um zum Scheitern zurückzukommen: Mit Erbrecht (mit vielem anderen dann übrigens auch) bin ich damals davongekommen. Denn im Frühjahrssemester 1964 konnte ich nach Louisiana ausweichen. In Frankfurt hatte ich inzwischen Assistenten, von denen einige hier sind. Denen habe ich gesagt: Bearbeiten Sie doch mal die Frage ... Und als ich wiederkam, hatte ich einen ellenlangen allgemeinen Teil geschafft, aber nichts darüber hinaus. Ich wäre wohl so ähnlich aufgelaufen wie Brüggemeier später mit dem Alternativ-Kommentar zum Deliktsrecht, zu dem er ein ellenlanges Einleitungskapitel schrieb, um zu erfahren, dass dies im Kommentar nicht gehe. Er hat daraus ein Handbuch gemacht und in das Vorwort sehr schick geschrieben: Ich widme dieses Buch denen, die es mir als Bearbeitung eines Kommentars abgelehnt haben. Mir ist Vergleichbares nicht gelungen.

Wendepunkte

Um die Universitätsgründung in Bremen habe ich mich wirklich bemüht. Die Kontingenzen in diesen Prozessen habe ich schon angesprochen: Wie kommt man eigentlich zu einer solchen Chance? Dies sind ja nicht planmäßige, rationale Verfahren. Der damalige Bremer Kultussenator war befreundet mit Friedeburg, der mich dann nach Bremen empfohlen hat, und Friedeburg war 1969 – als Zinn aus Gesundheitsgründen aufgab und Schütte gehen musste – Kultusminister in Hessen geworden. Friedeburg und ich haben damals beide zur Debatte gestanden und mit dem unsäglichen Zinn-Nachfolger Albert Osswald verhandelt. Der Hintergrund hierfür war jene Viererbande – Friedeburg, Habermas, Denninger, Wiethölter–, die mit Zustimmung von Zinn und von Schütte die Hessischen Hochschulgesetze entworfen und publiziert hatte. Schütte hätte mich gern als seinen Nachfolger gesehen. Albert Osswald war unentschieden. Mitscherlich hatte empfohlen: Nehmen Sie doch diese beiden politischen Krachmacher und handeln Sie mit denen. Nehmen Sie nicht die beiden Philosophen, also nicht Habermas und nicht Denninger. Das war immer die innere Achse unserer Viererbande. Die Philosophenkönige, die radikal, aber verbindlich gehandelt und geredet haben, und dann die provozierenden

Mundwerksburschen, das waren Friedeburg und ich. Und als Osswald uns fragte: Meine Herren, ich habe ein rein sozialdemokratisches Kabinett versprochen. Sind Sie Mitglied? Meine Antwort: Ich bin es nicht, aber ich trete noch heute Nachmittag ein, wenn es sein soll. Friedeburg und ich waren zusammen nach Wiesbaden gefahren. Friedeburg hat dort gesagt: Ich könnte mir das sehr gut vorstellen. Er war wirklich Feuer und Flamme. Ich nicht. Lass die Finger davon, habe ich mir gesagt.

Mein Schicksalsjahr war 1974. Das war der Zusammenbruch der Ära Brandt, das war der Niedergang der Ein-Phasen-Ausbildung in Hessen. Die Reform wurde noch nach anderen Orten exportiert und mal so, mal so umgesetzt. 1974 kam alles anders. Es hat mir in einer Weise zu schaffen gemacht, die ich in einer Skizze als Nicht-Beitrag in die Festschrift für Dieter Simon gesetzt habe: „Utinam“. Darin steht, ich habe wohl immer so geschrieben: ach wenn man doch, ach wenn man doch, ach wenn man doch. 1974 war eine sehr kritische Phase. Es waren Simon, Teubner und viele unter Ihnen, die mich wieder, einigermaßen, zurückgeholt haben.

Zuvor, ebenfalls im Herbst 69 stand eine gesicherte Wahl zum ersten Präsidenten der FU in Berlin an. Ich war ein paar Male zu Vorträgen in Berlin gewesen, manchmal durfte ich nicht sprechen und manchmal durfte ich sprechen. Die Wahl wäre sicher gewesen, denn die Studenten waren für mich, obwohl ich nicht links genug war – sie haben gemeint, ich sei das bessere Übel. Die Assistenten waren mehrheitlich für mich – sie haben gesagt, durch den regieren wir souverän („unserm Herzog Gut und Blut, solange' er unsern Willen tut“). Die Professoren waren mit leidlicher Mehrheit für mich, jedenfalls die damals hoch angesehenen, Jacob Taubes zum Beispiel. Es waren eigentlich schöne Erfahrungen. Aber dann hatte ich eine zweistündige Unterhaltung – ich war drei Tage in Berlin – mit dem Regierenden Bürgermeister Schütz, der mir gesagt hat: „Ja, ist ja gut, dass Sie ein Jurist sind. Sie müssen jetzt mal für Ruhe sorgen. Es darf hier nicht weiter alles in Unordnung sein.“ Das geht gar nicht, das kann auch niemand schaffen, habe ich gedacht. „Bitte verzichten Sie auf meine Kandidatur“, habe ich gesagt. „Nehmen Sie einen exzellenten Assistenten, der progressiv ist und kapiert, um was es geht, und nicht einfach so daherschwafelt. Nehmen Sie als Vizepräsidenten z.B. einen exzellenten Juristen, am besten Uwe Wesel“. Uwe Wesel war gerade ein Jahr vorher berufen worden. Er wurde der erste Vizepräsident, sehr zum Leidwesen der damaligen Fakultät, und R. Kreibich wurde ein guter Präsident.

Nochmals zwei Jahre zuvor, im Februar 1967, war ich Gegenstand einer der letzten Fackelzüge gewesen, die es in Frankfurt gegeben hat. Es gibt auch Bilder darüber, und es gibt ein großes Spruchband aus Leinentuch, mit einem etwas holprigen Vers:

Der Professor
ist noch besser.

Ich hatte also Rufe, wie sich das damals gehörte, nach Köln, weil die sich sagten: der kann uns jetzt mal die Arbeit machen; dann einen besonders erfreulichen Ruf, nach Freiburg; ich schwankte ein bisschen, aber nicht sehr lange, und dann war auch diese Phase zu Ende.

Recht als Recht durch Recht mit Recht gegen Recht kraft Rechts

Aber zum Recht selber: Mit Malte Gruber und Isabell Hensel halte ich in Frankfurt gerade ein Seminar über Recht/Literatur, und wir wollen nicht verhandeln über Literatur im Recht und wir wollen auch nicht über Recht in Literatur verhandeln, sondern wir wollen über den Schrägstrich verhandeln, d.h. wir verhandeln im Kern darüber, jetzt unter Literaturgesichtspunkten, was das ist: Recht als Recht durch Recht mit Recht gegen Recht kraft Rechts. Denn das ist ja das Numinose, und jedes Numinose hat ein Faszinosum und auch ein Tremendum, so sagen jedenfalls die Theologen. Das klingt, wenn Sie wollen, archaisch, nach Träumereien. Diese Art von Recht ist eben nicht Recht als solches. Es ist auch nicht die Ökonomisierung oder ähnliches. Es ist die Frage, was das sein könnte. Also darüber verhandeln wir jetzt, ob vielleicht Literatur hilfreich sein kann.

Das Recht können wir nicht an eine archimedische Stelle anhängen, und das Recht kann eigentlich auch nicht immanent begründet sein. Was wir suchen – Teubner und andere genauso –, sind sozusagen die Bedingungen von Möglichkeiten immanenter Transzendenz.

Wir kombinieren pausenlos, *docta ignorantia*, *ignoramus et ignorabimus*, das ist 15. bis 19. Jahrhundert, und wir kombinieren *coincidentia oppositorum*. Dazu könnte ich Ihnen herrliche Geschichten über meinen Freund/Feind Quaritsch erzählen. Mit dem hatte ich zum Beispiel eine Live-Diskussion im Berliner Rundfunk. Die habe ich nach Punkten verloren. Denn der machte immer: „Zack, zack – Sie müssen – Sie sollten mal – Sie dürfen nicht so.“ Er hatte das Schwert und ich habe da rumgestanden. Mit Rütters und vielen anderen ist mir das auch passiert. Die sagten: „Erstens ist es anders, zweitens glaube ich Ihnen nicht“, und dann war die Sache erledigt. Und ich wollte permanent rauf und runter deklinieren. Als ich zu Quaritsch sagte: „Tach, Helmut“, sagte er: „Guten Tag, Herr Wiethölter“. Wir haben nebeneinander gesessen im Krieg in Ibbenbüren als Evakuierte. Sein Vater und mein Vater stammten aus Ibbenbüren, und so kamen wir dort in der Schule zusammen. Aber das war für ihn erledigt. Ich hatte gedacht, wir waren doch Klassenkameraden, da kann ich doch Helmut sagen. Also, das ist jetzt wieder nur anekdotisch, vom Hölzchen aufs Stöckchen.

Vom Anfangen

Zurück zum Recht. Was Recht zu Recht machen kann, daran fuchsen wir herum. Als Gunther Teubner sechzig wurde, habe ich so ein klitzekleines Ständchen gehalten. Da hab ich gesagt: Er, Gunther Teubner, kümmert sich wenigstens um so etwas, was ich Weltrechtskulturerbe nenne. Man muss ja die Anmaßung auf sich nehmen, so etwas zu denken. Was hätten wir denn an Weltrechtskulturerbe zu bieten? Das sei das Verhältnis von Glauben und Wissen, das Verhältnis von Kritik und Krise und das Verhältnis von System und Nicht-System oder ähnlichem. Und darauf lässt Gunther Teubner sich ein.

Und man könnte natürlich sagen: Dann fangen wir doch mal an. Sehen wir doch mal zu. Ich habe ja auch oft den unbekanntem schwäbischen Amtsrichter zitiert. Als der Referendar sagte: Das steht aber nirgendwo, und es gibt auch kein Gewohnheitsrecht, und da hat der gesagt – ich kann nicht Schwäbisch – „Also, ein Gewohnheitsrecht muss auch mal anfangen.“

Als ich mir so einen Anfang erlaubt habe, in der vierten Zivilkammer im Landgericht Wuppertal im Jahr 1953 zu sagen, in meinem Vortrag beim Berichterstatter ..., ich darf keine Namen nennen – und der Bursche wurde auch noch Bundesrichter – Gott sei Dank in Verkehrsstrafsachen, das war Strafe genug für ihn, hat dieser Berichterstatter mir gesagt: „Das haben Sie sehr schön entwickelt. Tragen Sie es in der Kammer vor.“ Und als ich es in der Kammer vortrug, sagte der Direktor: „Ja, das hat ja noch keiner so gesehen und keiner gesagt. Gibt's Rechtsprechung?“ „Nein.“ „Ist das im Palandt vertreten, im Schrifttum?“ „Nein.“ Und dann habe ich den tollkühnen Satz riskiert: „Herr Direktor, wenn wir so entscheiden, dann kommen wir in den Palandt.“ Daraufhin sagte mein Assessor: „Ich hab dem Herrn Referendar auch schon meine größten Bedenken sagen wollen, aber es fand sich dann nicht die Zeit.“ Dem hätte ich wirklich so ins Gesicht springen können. Der Mann wird Bundesrichter.

Wie man wird, der man ist

Wie wird man zu dem, der man ist? Früher gab's immer diese Berichte: Wie er wurde, was er ist. Das sind Stilisierungen. Rückwärts, da kann ich unglaublich, wie man so schön sagt, rational rekonstruieren. Mir sind eigentlich nur drei Worte eingefallen: am Anfang juristischer Negativismus, das war Kritik. Dann kam Prozeduralisierung alles dessen, was mit Formalisierung und Materialisierung nicht geht. Und danach habe ich gesagt Recht-Fertigung mit Bindestrich. Und der Bindestrich ist das Problem.

Das ist aber eine rationale Rekonstruktion. In den historischen Entwicklungsabhängigkeiten sieht man Zufälle. Dann sage ich mir: dass ich Jurist wurde, war einfach ein Einfall. Ich hatte den Eindruck, ich werde ein Jurist. Keiner

Wiethölter

in meiner Familie war Jurist. Dass ich Hochschullehrer wurde, auch das Zufall: Ich hatte Seminare gemacht, habe im 6. Semester angefangen mit dem Examen. Ich wollte ein Stipendium nach Frankreich haben und bin gescheitert. Ich kam unter die letzten zwei, aber dann war der andere der Sieger. Danach habe ich mich für das Europa-Kolleg in Brügge beworben und dann ging das so: viele Bewerber, dann 10 zur Anhörung, dann 5 ausgewählt, und ich war dabei. Im Studium war ich in Seminaren, in der Hauptsache – ich habe viele Seminare gemacht – bei Kegel, das war mein wirklich glühend verehrter Lehrer, und bei Richard Lange, der war Kohlrausch-Schüler.

Rechtsstreitigkeiten

Kohlrausch hat einen Enkel Heinrich von Mettenheim, der mir als Anwalt (zusammen mit Klaus Thiedig) sehr dabei geholfen hat, eine Schlacht gegen die FAZ zu führen, die mich massakrieren wollte: anno 1971 mit einem Bericht auf der ersten Seite.³ Ein Dreivierteljahr hatten wir einen Prozesskrieg. Also, wenn ich Ihnen meine Prozesskriege erzähle, sitzen wir hier noch lange. Das Verfahren gegen die FAZ war ein Zivilverfahren. Wir haben gewonnen. Die haben mir angeboten, ich könnte einen Artikel schreiben. Da habe ich ihnen gesagt: Wenn ich einen Artikel schreibe, den liest doch keiner von Ihren Lesern. Also, ich möchte keinen Artikel. Ich will eine Gegendarstellung auf der ersten Seite. Das schlägt ein. Und dann, als wir das durchgesetzt hatten,⁴ kamen schließlich die bestellten Leserbriefe: Was ist das denn für ein Stil, den Wiethölter schreibt? Bis zum Oberlandesgerichtspräsidenten Schmid in Stuttgart: Was ist aus der deutschen Sprache geworden, in dieser Schludrigkeit. Ich habe aber im Sinne von Gegendarstellungsmethodologie geschrieben: „falsch ist/richtig ist – falsch ist/richtig ist“. Und wir haben am Oberlandesgericht – ich glaube zu 4/5 – gewonnen, oder sogar 7/8 – ist ja auch egal.

Strafprozesse: Ich habe das Parkverbot vor dem Niederländischen Generalkonsulat missachtet und kriegte natürlich ein Strafverfahren. Dann habe ich mit einer Sprungrevision – da hat mir Wolfgang Kilian vor allem geholfen – die Konsulatsprivilegien in der gesamten Bundesrepublik aus den Angeln gehoben. Das hat mir einen unglaublichen Erfolg bei der FAZ und überall verschafft: „Der Professor und seine Parkprobleme“.

Und danach kam ein Bremer Strafprozess: zu Gunsten und veranlasst durch – zu meinen Lasten – U.K. Preuß. Preuß hatten wir berufen. Er sollte so eine Art von Eck-Generalsekretär des zukünftigen Gründungsrektors von der Vring

3 Der Text findet sich im Abschnitt Reminiszenzen.

4 Text ebenfalls unter den Reminiszenzen.

werden, denn der war ja Politologe. Also hatten wir Preuß durchgesetzt, formal auf einem Lehrstuhl für Bildungs-, Kultur- und Wissenschaftsrecht oder ähnlich. Intern wussten wir, es soll Preuß werden. Die FDP war von der SPD abgefallen – das war die zentrale Krisenentwicklung – dann schrieb die mit Hilfe ihrer Anwälte: Jetzt sieht man schon, dass die Besten nicht genommen werden, und und und ... Das ist der Niedergang. Dann schrieb ich, eidesstattliche Versicherung, Brief, Brief, Brief, es hat sich kein Habilitierter auf diese Stelle beworben. Dann haben die recherchiert, recherchiert, recherchiert, haben alle 50 Kandidaten durchgehechelt und hatten schließlich den Privatdozenten XYZ aus Köln, den ich gut kannte, aus der evangelischen Studentengemeinde in Köln, bei der ich lange war. Er war über 50 Jahre, blind, hatte eine Fakultas für Staatsphilosophie und Kirchenrecht, aber für kein positives Fach. Daraufhin habe ich gesagt – syntaktisch, semantisch, pragmatisch und nach allen sprachphilosophischen Rezepten – Ich habe nicht gelogen. Ergebnis: Anklage oder Untersuchung des Vorgangs. Das ganze hat übrigens zwei bis drei Jahre gedauert. Mein Anwalt war Erich Schanze, und den konnte ich natürlich nicht mit Geld beleidigen, schließlich aber mit Savignys System erfreuen. Immer, wenn eingestellt wurde, hat die Staatsanwaltschaft die Sache wieder aufgerollt. Immerhin, der Schlusserfolg war, dass ich nach endgültiger Einstellung keine Gerichtskosten zu tragen hatte, aber die außergerichtlichen Kosten mir überbordet wurden, das war Erich Schanze. Das habe ich angegriffen, und dann kam noch raus, dass die norddeutschen OLG das nicht für selbständig anfechtbar hielten und die süddeutschen OLG für selbständig anfechtbar. Also bin ich mit der Anfechtungsklage gescheitert. Soviel über die Verfahren und Prozesse.

Die „widerstrebend Gefügigen“

„Wie wird man eigentlich ...?“ – Ich vermute, dass sehr viel mit diesem Jahrgangskluster 29 zusammenhängt, also mit der Herkunft, mit der Pimpfenführer-Situation, dann aber auch mit Einsichtsfähigkeit. Ich habe mal in der Schule 1947 die ganze Schule entlassen, weil die Lehrerkonferenz uns auf den Schulhof gejagt hatte, im Herbst/Winter, und wir hatten natürlich alle keinen Mantel und kein nix – da habe ich die ganze Schule entlassen. Und als Pimpfenführer hatte ich einen Freund, der war Bauernsohn – den habe ich vom Pimpfendienst entbunden. Ich habe gesagt, es ist wichtiger, dass er Korn einfährt, als dass er bei mir mitmarschiert. Das jeweilige Echo können Sie sich vorstellen. Ich war, so kann man es vielleicht zusammenfassen, sehr früh ein Widerstrebender, kein Gefügiger, oder im Anschluss an Jacob Taubes (Ad Carl Schmitt – Gegenstrebige Fügung, Merve, 1987 (Zitat Heraklit)): ein gegenstrebig Gefügter.

Reminiszenzen

Rudolf Wiethölter, dem Ausbildungsreformer, zu Ehren

Ansprache von VOLKER KRÖNING, Senator für Justiz und Verfassung, anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Bremen am 30. Juni 1989

Die Universität Bremen und ihr Fachbereich Rechtswissenschaft erinnern mit der Verleihung der Ehrendoktorwürde an Rudolf Wiethölter auch an den Ausbildungsreformer, ohne den es den Fachbereich und die an ihm entwickelte Lehre und Forschung nicht gäbe, ohne den die Hochschul- und Studienreform in Bremen einen Verlauf genommen hätte, von dem ich nicht behaupten würde, dass ihn das Land verkraftet hätte, und ohne den Bremen nur eine juristische Ausbildung behalten hätte, die wie ehemals ein Produkt fremder Fakultäten und des gemeinsamen Prüfungsamtes in Hamburg gewesen wäre. Man tut weder Rudolf Wiethölter noch Bremen Abbruch, wenn man feststellt, dass er an diesem Ort im Vergleich zu seinen anderen unmittelbaren und mittelbaren Wirkungsstätten als Wissenschaftler, Lehrer und Reformers den größten Einfluss gehabt hat.

Rudolf Wiethölter als Ausbildungsreformer mit Schlüsselwirkung auf Bremen ist nachzuvollziehen in sechs Schriften, die einen wesentlichen Teil juristischer Arbeit der Gegenwart und einer nicht nur der Vergangenheit, sondern auch und erst recht der Zukunft gehörenden Anstrengung um die Profession der Juristen zusammenfassen:

- die vielgelesene und immer noch mitreißende rechts- und rechtswissenschaftskritische, rechtswissenschafts- und rechtspolitische Streitschrift von 1969 zu den „Anforderungen an den Juristen heute“, zu finden in dem Sammelband „Erziehung zum Establishment“ über die Loccumer Tagung von 1968, die Ausbildungsgeschichte gemacht hat,
- der mit dem Loccumer „Memorandum zur Reform der Juristenausbildung“ von 1969, das für die Einführung und Formulierung der sog. Experimentierklausel in das Deutsche Richtergesetz wegweisend wurde, 1970 erschienene, aus den ersten experimentellen Erfahrungen in Frankfurt hervorgegangene und für die norddeutschen Reformmodelle grundlegende Aufsatz zu „Didaktik und Rechtswissenschaft“ und
- das hoffend-skeptische Zwischenresümee „Zur politischen Einschätzung der Einstufenmodelle und –versuche“, das 1973 mit der Verabschiedung des Bremischen Juristenausbildungsgesetzes veröffentlicht wurde und mit der Dokumentation „Der neue Jurist. Ausbildungsreform in Bremen als Planungs- und Lernprozeß“ die erste Runde seiner auch folgenreichen li-

terarischen Beiträge zur Ausbildungsreform der 70er Jahre abschließt.

Zwischen diesen 1969 bis 1972 verfassten, die Leitkritik an der „vorwissenschaftlichen, vorindustriellen und vordemokratischen“ Rechtswissenschaft und am „technisch und kritisch“ nicht „auf der Höhe der Zeit“ befindlichen Juristen und die Reformziele der Integration von Theorie und Praxis, von Rechts- und Sozialwissenschaften und von Sach- und Lernstrukturen variierenden Schriften und den nächsten Stellungnahmen liegen nahezu 10 Jahre lange Bemühungen um Einlösung der Kritik und Reform in Ausbildung und Prüfung. Sie standen unter dem Doppelrisiko des vom Bundesgesetzgeber bewusst legitimierten, aber mit der „Gleichwertigkeits-, „Vorschrift effektiv den Inhabern der Interpretationsherrschaft in den Ländern überantworteten Experiments eines individuell, für den einzelnen Studenten, Hochschullehrer und Praktiker offenen und eines auch die klassische Grenzziehung zwischen Wissenschaftsautonomie und Parlaments und Regierungsprärogativen öffnenden kollektiven Lernprozesses.

Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs zum Juristenausbildungsgesetz in Bremen und die Art und Weise der Beendigung der vom Deutschen Richtergesetz eingeräumten Experimentierphase haben frühe Befürchtungen von Rudolf Wiethölter, die Verwirklichung der einstufigen Ausbildung könne so, wie sie in den meisten Bundesländern Gestalt gewinne, ihr Ende finden, bestätigt. Mag die Entscheidung des Staatsgerichtshofes eher symbolische Bedeutung gehabt haben, so drückte der Verzicht des Bundesgesetzgebers auf die von ihm selber in Auftrag gegebene Auswertung der Einstufenmodelle und auf die Berücksichtigung der mit ihnen gemachten Erfahrungen das Scheitern eines Versuchs aus, das mit dem Schlagwort „Reformexperiment“ ebenso streitig wie unverändert anspruchsvoll gekennzeichnet war und ist. Man mag beklagen, dass es nicht mehr Beispiele wie Bremen gegeben hat und dass die Erprobungsphase nicht 20 statt 10 Jahre gedauert hat, doch es führt nichts an der Einsicht vorbei, dass die „Reformjuristen“, auch und gerade in Bremen, die Gesellschaft und die Juristen ihrer Zeit – und vielleicht auch sich selbst – überfordert haben.

Rudolf Wiethölter eröffnet die zweite Runde der Reformdebatte mit einem furiosen Gespräch über „’Reformatio in peius’? – Zur Geschichte der Ausbildungsreform“ (KJ 1981,1 ff.) und einem gründlich bilanzierenden, nach die vor orientierungsreichen Referat, das er 1982 auf einem Kolloquium des Bremer Wissenschaftsforums zum Thema „Einstufige Juristenausbildung in Bremen – 10 Jahre Bremer Modell“ gehalten hat. Den Abbruch und die Nachwirkung der Reform kommentiert der am Privat- und Wirtschaftsrecht geschulte Lehrer einer kritischen Schule des Rechts, zu dem Rudolf Wiethölter geworden ist, 1985 in einem Vortrag zum 10jährigen Bestehen des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Hannover unter dem Titel „Sanierungskonkurs der Juristenausbildung?“ (KritV 1986, 21 ff.) mit den trotzig-tröstlichen Worten: „Es reicht aus, konkurssanierte Unternehmen als Ende von

Chancen, aber auch als Chance von Anfängen kraft Erfahrung mit Eigensinn zu erwerben, um sie zu besitzen.“

Dieser letzte Text hat mich sehr an den ersten im Bunde erinnert, obgleich er sich von ihm formal und inhaltlich weit unterscheidet. Auch der Wissenschaft und Theorie ferngerückte praktizierende Politiker erfährt die individuelle Verpflichtung auf das Programm der Theorie- und Praxis-Vermittlung durch eine wissenschaftlich begründete – nicht mehr nur sozialwissenschaftlich fundierte, sondern in einem sehr viel weiteren Sinne sozialwissenschaftlich: nämlich auch historisch und moralisch begründete – Jurisprudenz, und man erkennt die Klarheit und den Optimismus seiner Verwirklichung.

Es heißt in der Ankündigung der Ehrung Rudolf Wiethölters durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen – und ich hoffe, viele sehen es so –: „Er hat es verstanden, in Generationen von Jura-Studenten Interesse für die Frage zu wecken und dauerhaft in Seminaren und Gesprächskreisen wachzuhalten, wie das positive Recht zum ‚richtigen‘ Recht werden könne.“

In dem Text von 1985/86 wird an das Postulat von 1968/69 angeknüpft, das den Begriff des „Politischen“ mit Rechtskritik, Rechtswissenschaft, juristischer Arbeit und Recht verbindet. Von Rudolf Wiethölter als Vertreter der „Politischen Rechtstheorie“ ist seither die Rede. Er selber verwendet diese Kennzeichnung, soweit ich sehe, nicht mehr, sagt indessen mit spürbarer Genugtuung – und mit heiterer Ironie – im Blick auf seine Herausforderung der eigenen Disziplin: „Mir liegt daran zu zeigen, wie heute – ganz anders als vor 15 bis 20 Jahren – nicht eine kleine Oppositionsminderheit den Angriff auf die Zitadelle des Rechts riskiert, sondern tiefgreifende Umbrüche von starken Theorien mitgetragen werden, welche insgesamt – gut unterscheidbar zwar, aber in der Tendenz einig – auf spezifische Erneuerung eines ‚Juristen als solchen‘ zielen, eine breite Reformbewegung gleichsam von innen und von oben, ohne ein spektakuläres Loccum, ohne anstößige Gesetzesinitiativen, ohne aufdringliche Organisationsforderungen.“ Wer fühlte sich da als Bremer nicht angesprochen?!

Doch ich will voreiligen Schlussfolgerungen vorbeugen, auch dem Vorwurf entgegenzutreten, es handele sich lediglich um „juristischen Negativismus“ – ein Selbstetikett, das Rudolf Wiethölter inzwischen zu recht abgelegt hat. Wenn ich auf die Herausforderungen des Rechts – des praktizierten Rechts und seiner Grundlagen und Grundkategorien -blicke, die mit den Stichworten „Ökologisierung“, „Europäisierung“ und „Technisierung“ nur anzudeuten sind, oder wenn ich an die machtpolitische Grundsatzlosigkeit denke, mit der auch in rechtsstaatlich – demokratisch verfassten Gesellschaften oftmals versucht wird, positives Recht zu setzen, zu versetzen und zu verbiegen, dann ist von der Wissenschaft und von der Ausbildung meiner Meinung nach gar nicht genug kritische Gegenkontrolle zu leisten – jedenfalls mehr, als tatsächlich geschieht.

Jedem, der über Rudolf Wiethölter und/oder die Bremer Juristenausbildung inzwischen mit dem Gefühl, es immer schon gewusst, jedenfalls Recht behalten zu haben, urteilt, empfehle ich die Lektüre seiner Zustandsbeschreibungen der gesellschaftlich-rechtlichen Entwicklung unter den Stichworten „Marktversagen“, „Politikversagen“ und „Rechtsversagen“, und vor allem die Lektüre der aktuellen, großen Antwortversuche, die inzwischen Theorie und Politik des Rechts zu beherrschen beginnen. Und dazu lese er die aufrichtige, einfache Stellungnahme unseres Laureatus: „Menschen weichen den Zumutungen von Theorien aus. Sie sind eben nicht so, wie Theorien sie gerne haben möchten, und sie setzen ihnen ihre überschießenden Hoffnungen entgegen. Diese Hoffnungen zielen nach wie vor auf so etwas wie ‚Gerechtigkeit‘... Meine Parteinahme gilt einem Verständnis von gesellschaftlicher Verständigungsverfassung als Begründungsproblem ‚vernünftiger‘ praktischer Handlungen unter ‚System‘-Bedingungen. Es soll sich kein geschlossenes, richtiges, inhaltliches ... Konzept gegen eine ‚falsche‘ Wirklichkeit durchsetzen, es soll sich auch keine Wirklichkeit eine Idee ihrer Richtigkeit anmaßen dürfen, sondern es soll sich die ‚Gesellschaft‘ (als begrenzt offene und lernfähige) auf der Grundlage ihrer bisherigen Erfahrungen neuen Erfahrungen aussetzen.“

Unser um 20 Jahre fortgeschrittener, demnächst das 60. Lebensjahr vollendender Lehrer Rudolf Wiethölter hält, was die Juristenausbildung angeht, das dreifache Programm der Reform heute für wichtiger denn je, doch er sieht mehr denn je den Bezugspunkt der Ausbildungsreform in dem „Projekt Recht“ im „Projekt der Moderne“. Er rät ab vom „Gesetzgebungsprojekt“ – oder, wie ich es verstehe, von neuerlichen, vorschnellen Veränderungen des gesetzlichen Ausbildungsrahmens und von der Bindung der Kraft der Reformer an Gesetzgebungspolitik. Er rät dem Gesetzgeber in seinem Bremer Vortrag zu Zurückhaltung und mahnt ihn: „Der Gesetzgeber hat solche Signatur der Zeit in Gedanken zu erfassen und zukünftige Wirklichkeit von ihren heutigen Möglichkeitsbedingungen her freizugeben. Mit Fächerkatalogen und organisatorischen Intervallen allein ist niemandem gedient.“

Diese Worte verhallten ungehört. Doch keine fünf Jahre nach der kopflosen Rückkorrektur des Deutschen Richtergesetzes ist wieder von der Notwendigkeit einer Reform der Juristenausbildung die Rede – in Teilen der Presse, im Kreise der Länderjustizminister, in der Spitze der Anwaltschaft und, wie man hört, auch unter den Fakultäten. Ich verhehle meine Skepsis gegenüber dieser geschichtslos anmutenden Debatte nicht. Mich bewegen noch heute und heute wieder die Worte von Rudolf Wiethölter in seinem Bremer Vortrag, der 1982 wie 1969 die „Anforderungen an Juristen und Juristenausbildung“ in den Mittelpunkt der Betrachtung stellt, doch heute gegenüber damals sagt: „Von einer Reform aus einem (normativen) Guss, eine der großen Hoffnungen anno 68, ist dringlichst abzuraten. Sie würde mehr Möglichkeiten zerstören als verwirklichen.“

Ich halte diese Mahnung auch jetzt noch für aktuell. Ich warne davor, die Reformdebatte in Forderungen nach Gesetzesänderungen münden zu lassen, bevor man die Erfahrungen der Reformära von neuem ausgewertet hat und sich über Ziele und Richtung von neuerlichen Korrekturen klargeworden ist. Die Politik tut auch gut daran, sich von der Wissenschaft den Blick öffnen zu lassen für den Stand des Rechts und der Rechtswissenschaft und die absehbaren Bedingungen und Möglichkeiten der Juristenarbeit zu reflektieren. Für Rudolf Wiethölter stehen dabei Ende der 80er Jahre mehr noch als an ihrem Anfang die Gefährdungen des Sozialsystems, die Zusammenhänge von Stabilität und Wandel und die Rationalitätsforderungen an das Recht und an die „Recht-Fertigungs-Arbeit“ von Juristen – wie er ihre Produktion so schön nennt – im Vordergrund.

Die Politik sollte nicht den „Einheitsjuristen“ in einem Moment in Frage stellen, in dem die Jurisprudenz sich auf einem nie gekannten Stand ihrer selbst und ihrer normativen Bezugspunkte vergewissert, und einem anderwärts zu beobachtenden Zwei-Klassen-Ausbildungssystem das Wort reden; sie sollte, nachdem die Anwaltschaft im Bundestag die unveränderte Orientierung der Juristenausbildung am Justizjuristen mitgetragen hat, nicht voreilig den für den Wettbewerb auf dem europäischen Binnenmarkt qualifizierten, verlorene Beratungsfelder in Steuer- und Wirtschaftssachen zurückgewinnenden Advokaten zum Leitbild der Juristenausbildung machen; und sie sollte nicht wieder, was die Dauer der Ausbildung oder die Identität von Lehr- oder Prüfungsinhalten angeht, rechtlich zu erzwingen suchen, was eher – oder nur – ernst genommene curriculare Reform zu erreichen vermag.

Ich trete dafür ein, dass zunächst sämtliche Möglichkeiten einer Verbesserung der Juristenausbildung im Rahmen des geltenden Rechts genutzt werden. Der Landesgesetzgeber sollte sich dabei nicht scheuen, die Spielräume des Deutschen Richtergesetzes auszuschöpfen, auch und gerade beim Prüfungssystem. Vom Ansatz einer wirklichen curricularen Reform der Juristenausbildung aus können Studium und Vorbereitungsdienst auf die bundesgesetzlich vorgeschriebenen Zeiten reduziert werden und ein wirkliches Gleichgewicht der rechtsprechenden, verwaltenden und rechtsberatenden Praxis bei den Ausbildungsinhalten hergestellt werden. Wer ernsthaft etwas gegen die Länge der Gesamtausbildung tun will, sollte die Wartezeiten zwischen den Phasen und zwischen den Prüfungsterminen verringern helfen. Ich teile nicht die Auffassung meiner Kollegen aus Nordrhein-Westfalen und Hessen, dass die absehbare EG-Konkurrenz der deutschen Juristen zu einer Änderung der bundesgesetzlichen Bestimmungen zwingt. Dies lenkt nur von der – allerdings unabweisbaren – Notwendigkeit einer inhaltlich-didaktischen Reform der Ausbildung ab. Der Gesetzgeber, dem dies am Herzen liegt, sollte Studenten und Hochschullehrern die dafür erforderlichen Ressourcen zur Verfügung stellen, und die be-

troffenen Interessengruppen sollten sich nicht scheuen, dies zu fordern.

Ohne die Chance zur Rückkehr zu einer Einstufenausbildung, die den Ländern die Gestaltungsfreiheit lässt, wie sie zur Zeit der Experimentierklausel geherrscht hat, und ihnen neue Lernprozesse eröffnet, wie sie auch in Bremen bei realistischer Beurteilung genutzt worden wären, ist der Ruf nach Änderung des Deutschen Richtergesetzes sinn- und fruchtlos. Die Juristenausbildung ist zwar reformbedürftiger denn je, aber man sollte die Möglichkeiten des Gesetzgebers nicht überschätzen und die Aufgabe soweit wie möglich der ausbildenden und prüfenden Wissenschaft und Praxis überlassen. Was die Rolle der Justizprüfungsämter angeht, so haben sie dazu beizutragen, dass das erste Staatsexamen eine wissenschaftliche Prüfung bleibt oder wird; die Universität ist keine Berufsschule oder Fachhochschule, auch wenn man die handwerkliche Kunst des Juristen nicht gering, sondern hoch bewertet, wie es unter uns Konsens ist. Und auch die Prüfungen, die auf die Praxis bezogen sind, sollten nicht unter wirklichkeitsfremden Bedingungen stattfinden, sondern unter Bedingungen, unter denen Praxis üblicherweise arbeitet; sie sollten nicht vom Denken abhalten.

Vielleicht sind wir in fünf Jahren, wenn, wie ich vorschlage, Rudolf Wiethölters verstreute Schriften gesammelt vorliegen, weiter. Ich hoffe für diese Generation von Jurastudenten, dass wir bald weiter sind. Ich empfehle jedem, der den Lehrer Rudolf Wiethölter nicht kennt und/oder von ihm auch als Hochschullehrer unter heutigen Bedingungen lernen will, das in der „Kritischen Justiz“ abgedruckte Gespräch nachzulesen. Die Geschichte der Juristenausbildungsreform und Rudolf Wiethölters Beiträge beschränken sich nicht auf Literatur. Dies wäre ein Missverständnis, eine Missdeutung im Kern. Das Gespräch gibt einen Einblick in Rudolf Wiethölters Werkstatt als praktizierender Ausbildungsreformer, in seine Lehrtätigkeit als ständigen Erprobungsprozess, in sein – ich kann es aus Erfahrung nicht besser sagen – Sich-Wenden an die Studenten, sein Sich-den-Studenten-Widmen.

Dies ist und war in Frankfurt so und in Bremen, und deshalb beglückwünsche ich nicht nur Rudolf Wiethölter, sondern auch diesen Fachbereich zu der Ehrung unseres Meisters. Viel Glück beiden für die Zukunft!

Gründungsieber

JÖRG HOLKENBRINK / SIMON MAKHALI

Neueinberufung der 39. Sitzung des Gründungssenats für die Universität Bremen vom 11. Oktober 1970 durch das Zentrum für Performance Studies der Universität Bremen und das Theater der Versammlung zwischen Bildung, Wissenschaft und Kunst anlässlich des Senatsempfangs zum 40. Jahrestag der Gründung der Universität Bremen in der oberen Rathaushalle am 31. Oktober 2011.

| | |
|----------------------|------------------------------|
| Archivare | Simon Makhali, Anna Buschart |
| von der Vring | Joachim Heintz |
| Koschnick | Manfred Palm |
| van Kampen | Tom Schröpfer |
| Feldhoff | Till Holzapfel |
| Wiethölter | Philipp Piechura |
| Gerstenberger | Carolin Bebek |

| | |
|--------------------|------------------|
| Dramaturgie | Simon Makhali |
| Leitung: | Jörg Holkenbrink |

Standbild der Kontrahenten

Archivar: Meine sehr verehrten Damen und Herren. Wir dürfen Sie an dieser Stelle einladen, einer Sitzung des Gründungssenats der Universität Bremen beizuwohnen, die vom Zentrum für Performance Studies der Universität Bremen und dem Theater der Versammlung zwischen Bildung Wissenschaft und Kunst für den heutigen Senatsempfang erneut einberufen worden ist.

Archivarin: 11. Oktober 1970!

Archivar: Gründungsieber!

Archivarin: Ein Nach-Spiel.

Archivar: Gründungsrektor von der Vring ist ein Brief des FDP-Senators Speckmann zugegangen.

Archivarin: Diesen Brief hat der Rektor den Kommissionen weitergegeben, die auf Universitätsebene die Einrichtung der Fachbereiche planen.

Archivar: In dem Brief nimmt Speckmann als stellvertretender Vorsitzender der Senatskommission für Universitätsfragen Stellung zu den Personen, die von den Planungskommissionen in der Uni als hauptamtliche Planer vorgeschlagen worden sind.

Archivarin: Drei der vorgeschlagenen Personen sollen aus politischen Gründen abgelehnt werden. Zu der Sitzung des Gründungssenats ist Bürgermeister Koschnick, SPD, eingeladen.

Archivar: Es wird langsam Zeit, die Universität zu gründen.

Das Standbild der Kontrahenten wird lebendig

von der Vring: Ich eröffne die 39. Sitzung des Gründungssenats für die Universität Bremen.

Ich begrüße Sie alle.

Insbesondere den Präsidenten des Senats ...

Ich will Ihnen ganz kurz einen Bericht geben und dann dem Präsidenten des Senats Gelegenheit geben, hier Stellung zu einigen Problemen zu nehmen.

Unser erstes Monitum in dieser Angelegenheit ist dies: Dass uns ein Terminkalender aufgegeben ist, an den wir uns zu halten haben, wenn wir in der Lage sein wollen, die Universität in einem Jahr zu eröffnen.

Daß auf der anderen Seite die Einstellung der von uns vorgeschlagenen Planer in erheblicher und unzumutbarer Weise verzögert wird.

Ich möchte das nur in ganz kurzen Stichworten schildern, damit die Presse und die Öffentlichkeit besser verstehen, warum wir nervös sind.

Für Mitte August war die Sitzung der Senatskommission angesetzt, die über die Vorschläge der Planungskommission Lehrerbildung befinden sollte. Das ist abgesetzt worden im Zusammenhang mit den Koalitionsdiskussionen über die Besetzung der Senatskommission. Der nächste Termin wurde dann um drei Wochen später auf den 18. September angesetzt. [...] Der nächste Termin war [also der] 18. Sept. Am 16. Sept. habe ich dem Senat eine dringende Termininformation gegeben, dass unverzüglich die Entscheidung erfolgen müsste. Am 18. Sept. fiel die Sitzung aus, wurde auf den 25. Sept. vertagt. Am 25. Sept. fiel die Sitzung aus, die nächste Sitzung sollte in der kommenden Woche stattfinden. Am 29. Sept. wurde mitgeteilt, dass sämtliche Bewerbungsakten abzuliefern sind, die verstreut waren bei den Planungskommissionen. Es ist uns gelungen, bis zum 2. bzw. 5. Okt. die Papiere vorzulegen. In der kommenden Woche fiel die Sitzung auch aus. Kurz darauf wurde der Termin auf

den 5. Okt. angesetzt. Am 5. Okt. ging es nicht aus terminlichen Gründen, er wurde angesetzt auf den 6. Oktober, von 8-10.00 Uhr, vor der Senatssitzung, also in der Früh, und da ist dann im Eiltempo, weil 2 Stunden nicht ausreichten für das aufgelaufene Programm, nur das abgehandelt worden, was unumstritten war, das übrige ging sofort in den Senat. Soweit die Situation.

Ich habe dem Senat in einem Schreiben an den Senatspräsidenten mitgeteilt, dass wir dieses Verfahren so nicht weiter durchführen können und die Frage gestellt, ob der Senat noch festhält an dem Termin der Eröffnung im Wintersemester 1971/72. Und falls ja, ob er bereit ist, durch unverzügliche Einstellung der Planer, soweit nicht begründete, sachlich begründete Einwände gegen die Personen vorliegen, zu entscheiden. Das ist mir in einem Brief des Präsidenten des Senats generell zugesagt worden. Auch der Senat hält fest an dem Termin.

Ich möchte nun an dieser Stelle, wo nun für uns die Fragen beginnen, dem Präsidenten des Senats die Gelegenheit geben, uns aus seiner Sicht die Lage zu schildern, und die Frage zu beantworten, wie es jetzt weitergehen kann.

Koschnick: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, lassen Sie mich in wenigen Sätzen Folgendes sagen: Wir sind wirklich der Meinung, dass wir gemeinsam alles tun sollten, um das Studium an der Universität Bremen im Wintersemester des nächsten Jahres beginnen zu lassen.

Ich habe aufgrund der Bedingungen, die Sie, Herr von der Vring, mir vorgetragen haben, mit dem Bremer Senat geprüft, wie es uns möglich sein soll, künftig die wissenschaftlichen Sachbearbeiter der Planungskommissionen, ...bedauerlicherweise Planer genannt, ... wie wir es erreichen können, dass diese beschleunigt eingestellt werden, – soweit nicht erhebliche und begründete Einwände gegen die vorgeschlagenen Personen erhoben werden. Ich darf in diesem Falle sagen, ich glaube, dass wir mit den Beratungen spätestens innerhalb von 7 Tagen, lassen Sie mich sagen maximal 9 Tagen, – wenn der Vorschlag am Montag kommt, ist es die Senatssitzung am Dienstag in einer Woche – zu einer Verhandlung vor dem Senat kommt, so dass Sie in dieser Zeit das Ja bzw. das Nein oder zumindest das Bedenken der Senatskommission für Universitätsfragen dazu erhalten werden. Diesen Zeitraum müssen wir uns allerdings ausbedingen. Auch wir brauchen eine bestimmte Zeit, um uns mit den Sachvorgängen vertraut zu machen. Ich habe für den Senat in der Bürgerschaft erklärt, dass es nicht das Kriterium des Senats sein kann, die wissenschaftliche Qualität Ihrer Mitarbeiter zu beurteilen. Der Senat wird allerdings Wert darauf legen, beurteilen zu können, ob die Vielfalt der unterschiedlichen Meinungen und Strömungen, die an der Universität da sind, mit beachtet worden sind in der Entscheidung.

Sie werden zwei Dinge verstehen: Wenn auf der einen Seite gesagt wird, es

könne hier keiner eingestellt werden, der bei der Roten Zelle gearbeitet hat, würde ich es für genauso falsch halten wie anders herum, wenn gesagt wird, es könne nur einer eingestellt werden, weil er darin mitgearbeitet hat. Ich muss hier meine Bedenken geltend machen. Ich habe angekündigt, dass ich eine offizielle Einladung aussprechen möchte, und ich habe ebenfalls gesagt, ich bin für eine öffentliche Sitzung. Und ich möchte nicht, dass wir im geschlossenen Raume diskutieren und dann hinterher die Presse eine Interpretation von dem erfährt, was in diesem Raum gesagt worden ist. Was ich sage, kann ich in der Öffentlichkeit sagen, und wenn ich es nicht sagen kann, schweige ich lieber ganz.

Verzeihen Sie!!!

Ich muss doch jetzt am Anfang mit Ihnen klarkommen – oder nicht klarkommen, auch gut. Aber es hat doch keinen Zweck, dass ich praktisch von vier Wochen zu vier Wochen in Streitfälle mit dem Gründungssenat eintrete und mir von den Zeitungen von vier Wochen zu vier Wochen eine Koalitionskrise bescheinigen lasse. Das ist doch ein kleiner in sich abgewogener Unterschied bei uns! Und ich möchte lieber am Anfang über alle Dinge jetzt klarkommen. Und wenn wir schon mit den Planern nicht klarkommen, wie wollen wir dann mit den Professoren klarkommen.

Verzeihen Sie!!!

Aus diesem Grunde möchte ich jetzt wirklich dieses Gespräch mit Ihnen führen. Ich glaube, wir nähern uns sehr stark der Sache, umso mehr, als wir ja an Reizformulierungen gemeinsam viel Spaß haben.

von der Vring: Vielen Dank, Herr Koschnick. Ich bitte um Wortmeldung. Frau Gerstenberger.

Frau Gerstenberger: Zum weiteren Verfahren würde ich vorschlagen, dass wir dann doch gleich, weil der Herr Senatspräsident sie kennen sollte, die beiden Erklärungen der Kommissionen, die gestern zu diesem Verfahren beschlossen wurden, verlesen lassen.

von der Vring: Ich möchte den Vorschlag machen, dass die Stellungnahmen verlesen werden.

van Kampen: Diese Briefe, die da jetzt vorgelesen werden sollen, haben ja auch einen konkreten Bezugspunkt, und ich habe den konkreten Bezugspunkt schon häufiger angesprochen. Ich würde vorschlagen, dass wir den Brief des Senators Speckmann, der ja leider mittlerweile in der Öffentlichkeit bekannt ist, erst mal vorlesen, damit die Öffentlichkeit weiß, worum es sich hier eigentlich dreht.

Koschnick: Darf ich eine Bemerkung zum Verfahren machen. Ich bin nicht bereit, mich hier mit diesem Brief auseinander zu setzen, allerdings sehr wohl mit den Prinzipien.

Holkenbrink /Makhali

von der Vring: Das war eine klare Aussage.

Gerstenberger meldet sich zur Geschäftsordnung

Zur Geschäftsordnung.

Frau Gerstenberger: Da bei der Auswahl der Planer hauptsächlich die Kommissionen betroffen sind, denke ich, wir sollten deren Stellungnahmen jetzt verlesen.

Koschnick: Darum würde ich sehr bitten, da ich bald gehen muss.

von der Vring: Wenn sich kein Widerspruch erhebt, würde ich vorschlagen, daß zunächst die Planungskommission Lehrerbildung ihre Stellungnahme zu der Ablehnung der Planer vorträgt.

van Kampen: Herr von der Vring, können wir den Brief von Herrn Senator Speckmann hören? Die Briefe der Kommissionen wären unverständlich ohne ihn.

von der Vring: Wird das gewünscht?

zustimmendes Klopfen

von der Vring: Das ist – wie gesagt – keine Stellungnahme des Senats, sondern eine Information und Erklärung des stellvertretenden Vorsitzenden der Senatskommission für Universitätsfragen an die Gremien.

Der Originaltext:

Standbild

Archivarin: Der Originalbrief von Senator Speckmann wird verlesen.

Archivar: Siehe Anlage.

Archivarin: Der Protokollführer.

Auflösung des Standbilds.

von der Vring: Das ist der Text, den ich Ihnen gestern zur Kenntnis gegeben habe und auf den sich Ihre Antwort bezieht. Herr Feldhoff, wollen Sie sich für die Kommission Lehrerbildung äußern.

Feldhoff: Ja. Das Schreiben an den Rektor liegt nicht vor.

Gerstenberger: Doch!

Feldhoff: Dazu wäre zu sagen, dass die Unterschrift fehlt. Das Schreiben ist durch freundliche Hilfe der Bediensteten der Universität übers Wochenende verständlicherweise in etwas hektischer Weise vervielfältigt worden.

„Sehr geehrter Herr Dr. von der Vring!
Die Planungskommission Lehrerbildung....

Standbild

Archivarin: Der Brief der Planungskommission Lehrerbildung an den Gründungsrektor der Universität Bremen wird verlesen.

Archivar: Siehe Anlage.

Archivarin: Der Protokollführer.

Auflösung des Standbilds.

von der Vring: Können wir sofort die Stellungnahme der Planungskommission Sozialwissenschaften anfügen. Ja. Herr van Kampen.

van Kampen: Die Stellungnahme der Planungskommission Sozialwissenschaften liegt ebenfalls dem Gründungssenat vor und ist mit einem Antrag verbunden, – das ergibt sich aus dem Text.

Der Wortlaut ist folgender: „Bei der Auswahl.....

Standbild

Archivarin: Die Stellungnahme der Planungskommission Sozialwissenschaften wird verlesen.

Archivar: Siehe Anlage.

Archivarin: Der Protokollführer.

Auflösung des Standbilds.

von der Vring: Vielen Dank.

Koschnick: In Ansehung dessen, dass ich zur Person nicht diskutieren kann – aber das wissen Sie – sondern nur zur Sache,

allgemeines Gemurmel

erlaube ich mir zwei oder drei Bemerkungen. Wenn Sie mir erlauben, zwei Bemerkungen!

allgemeines Gemurmel

Standbild

Archivar: Unverständlich.

Holkenbrink /Makhali

Archivarin: Der Protokollführer.

Auflösung des Standbilds

Koschnick: Zweitens. Nun glaube ich allerdings, dass die Kommission der Lehrerbildung von einer Prämisse ausgeht, der ich allerdings im Parlament sehr eindrücklich widersprochen habe, Ich ...

allgemeines Gemurmel

Standbild

Archivar: Unverständlich.

Archivarin: Der Protokollführer.

Auflösung des Standbilds

Koschnick: ... so will ich dies zunächst als eine Behauptung darstellen, aber nicht als eine wissenschaftliche Beweisführung. Ich ...

allgemeines Gemurmel

Standbild

Archivar: Unverständlich.

Archivarin: Der Protokollführer.

Auflösung des Standbilds

Koschnick: Dann können wir zu den Sozialwissenschaften übergehen.

Die Planungskommission Sozialwissenschaften – und so sagen es alle Kommissionen – ist bei der Wahl der Planer davon ausgegangen, dass diese selbstverständlich bereit sind, das dienstrechtlich erforderliche Treuegelöbnis abzulegen. Das will ich auch nicht bestreiten, dass sie dazu bereit sind.

Das ist allerdings eine Meinung, die nicht begründet ist, aber das ist die Hoffnung dieser Kommission. Ich sage umgekehrt: Auch das, was in der Senatskommission für Universitätsfragen gesagt worden ist, ist eine Meinung, ist auch eine Meinung, und hier steht Meinung gegen Meinung. ...

allgemeines Gemurmel

Standbild

Archivar: Unverständlich.

Archivarin: Der Protokollführer.

Auflösung des Standbilds

Koschnick: Ich meine, dass man auch nicht gelten lassen sollte, dass ein Ausschluss aus der SPD ein Grund sei, jemanden nicht zu nehmen. Es müsste für viele ja eine Freude sein, nicht nur Sozialdemokraten zu berufen.

verhaltenes Gelächter

Ich bin da ganz offen. Ich möchte aus dieser Streitdiskussion herauskommen. Und zwar nicht nur wegen des Gründungssenats, und nicht nur wegen der Universität. Ich möchte auch herauskommen aus der Vergiftung eines Klimas, das hier in Bremen entstanden ist.

Wir brauchen die sachliche Auseinandersetzung und nicht mehr den gegenseitigen Briefwechsel.

von der Vring: Vielen Dank.

Geste zu Feldhoff.

Feldhoff: Es würde mir ...

Wiethölter: Ich möchte gerne zur Geschäftsordnung ...

Koschnick packt seine Sachen zusammen

... einen Vorschlag machen.

Feldhoff: Ich gebe Ihnen auch gerne das Wort zur Geschäftsordnung. Ich wollte nur einen Satz sagen. Es würde mir daran liegen ...

Wiethölter: Ich möchte ...

Feldhoff: Sie können dann ja weiterreden.

Koschnick steht auf

Der Senatspräsident ist im Gehen. Ich stelle also nur fest, ... dass Herr Koschnick im Gehen ist.

Koschnick dreht sich um und geht.

Ich stelle einen zentralen Punkt fest.

Herr Koschnick!

Koschnick stoppt.

Holkenbrink /Makhali

Herr Koschnick ...,

Koschnick dreht sich zu Feldhoff um.

... Sie haben hier öffentlich eingeräumt, dass die Planungskommission Lehrerbildung sich nicht imstande sehen kann, die Ablehnung nach außerwissenschaftlichen Gründen zu akzeptieren. Das Schreiben, das uns der Senator Speckmann zugeschickt hat – über den Rektor – räumt das nicht ein. Das ist eine Feststellung.

Koschnick geht zum Tisch zurück

Koschnick: Verzeihung, das muss ich hier beantworten!!!

setzt sich

Ich räume ohne weiteres ein, dass eine Fachkommission dem Gründungssenat sagt: „Ich habe wissenschaftliche Kriterien, wie ich mir an der Universität die Arbeit vorstelle – und nur die sind dort maßgebend. Und wenn Sie mit anderen Argumenten kommen, die akzeptieren wir nicht.“ Das muss ich Ihnen doch einräumen, – als Ihre Meinung. Sie müssen mir einräumen, dass ich in der politischen Landschaft Bremens Kriterien berücksichtigen muss, die unter Umständen nicht wissenschaftlicher Art, aber allgemein politischer Natur sind.

Gerstenberger reicht Feldhoff ein Papier.

Das müssen Sie mir einräumen.

Ob Sie es akzeptieren ist eine andere Frage.

Feldhoff:

unterbricht Koschnick ohne vom Papier aufzusehen

Und noch ein Antrag zur Geschäftsordnung ...

Koschnick: ... Das ist sehr einfach. Unsere Vorstellung war ja auch, dass der Senat nicht Nein sagt, ohne dass vorher über das Nein, Verzeihung, über das mögliche Nein, hier in diesem Kreise gesprochen wird. Das ist auch meine Meinung, dass Sie uns da Ihre Meinung sagen.

von der Vring: Herr Bürgermeister, ich gehe davon aus.

Sie bekommen von mir bis zum Montag, d.h. so bald es möglich ist...

Koschnick: Sagen Sie Dienstag, Montag bin ich nicht da.

von der Vring: Der Senat bekommt bis Montag eine Antwort auf die einzelnen Punkte, ohne dass hier die wissenschaftliche Diskussion mit dem Senat ge-

führt wird, sondern nur ein Hinweis auf das, was offensichtlich unrichtig bzw. für uns gänzlich uninteressant ist. Und damit können Sie sich dann und sollten Sie sich dann am Dienstag auseinandersetzen, – ob Sie nicht evtl. die abgelehnten Planer am Dienstag doch bestätigen.

Koschnick: Das wird sehr darauf ankommen, was Sie schreiben, was Sie sagen.

Bei aller Großzügigkeit mit diesem Senat zu arbeiten, gebe ich keine Blankoschecks, nachdem, wie ich hier erfahren habe, Sie mir diese auch nicht geben.

von der Vring: Zur Geschäftsordnung! Wird gewünscht, dass ich den Brief der Planungskommission Lehrerbildung ...

Feldhoff: Nein, von den vorgeschlagenen Planern, Frau Ehrler und Frau Kops, muss der sein.

von der Vring: Ach so, von Frl. Ehrler, Frl. Kops.

Frau oder Fräulein?

Feldhoff: Frau! Immer!!!

Wiethölter: Darf ich fragen, wie lange Herr Koschnick noch da ist?

Koschnick: Wenn ich es genau sagen muss, an sich bin ich schon auf dem Weg.

Wiethölter *aufreizend langsam:*

Nicht, dass ich das, was ich vortragen wollte, für besonders wichtig halte. Wenn Sie – 45 Sek. – Zeit haben, würde ich gerne meinen Geschäftsordnungsantrag – in 45 Sek. – begründen.

Feldhoff *während Wiethölter noch spricht:*

Zur Geschäftsordnung! Ich habe einen Antrag zur Geschäftsordnung gestellt!! Ist der jetzt abgehandelt oder abgelehnt?

allgemeines Gemurmel

Koschnick: ... aber wenn das eine Sache ist, zu der ich mich nicht äußern werde?

Koschnick und **Wiethölter** *gleichzeitig*

Standbild

Archivar: Unverständlich.

Archivarin: Der Protokollführer.

Auflösung des Standbilds

Wiethölter: Einen Ihrer Schritte, eines Ihrer Worte – Herr Koschnick – akzeptieren wir hier, jedenfalls ich würde sie akzeptieren, nämlich: auf die abstrakt isolierte Interpretation können wir uns nicht mehr einlassen. Abstrakt isolierte Interpretation ist jener ominöse Satz, der ja für sich genommen gar nicht so borniert war, wie er klang: Pluralität ist eben Pluralität. Der zielt nämlich auf jene hermeneutisch-irrationale Meinungs- und Gesinnungsreproduktion, die als tödlichen Zirkel wir hier durchbrochen haben müssen, wenn wir überhaupt erst sachlich arbeiten wollen. Deswegen bitte ich für diese Sitzung – zwischen politischem und Gründungssenat – die Schlüssel-, Reiz- und Stichworte, nämlich: sachlich, politisch, wissenschaftlich und pluralistisch – von den beiden Gruppen für die beiden Gruppen – relativ verbindlich zu explizieren, damit wir nicht ständig mit 25 unverbindlichen, lediglich als Gesinnungsreproduktion verständlichen Begriffen zu tun haben. Damit wir wissen, was fordert eigentlich: im Namen von pluralistisch, im Namen von sachlich, im Namen von politisch und wissenschaftlich der politische Senat, wenn er diese Begriffe gebraucht, und was fordern wir im Rahmen dieser Begriffe, wenn wir sie gebrauchen. Dann erst kommen wir aus der irrationalen Interpretation heraus – und kommen in jenen größeren Zusammenhang, nämlich den Rahmen von gesellschaftlich relevantem Handeln und politischer Orientiertheit. Das heißt:

Unsere lebensgeschichtlichen Bewusstseinsinhalte müssen in diesen Prozess mit hineininterpretiert werden. Das würde ich verlangen für den Anfang dieser gemeinschaftlichen Sitzung.

Alle blicken auf Koschnick.

Koschnick: Das war genau meine Absicht.

Ich möchte für die künftige Auseinandersetzung wissen, was ist unsere gemeinsame Sprache. Sprachverständnis, nicht Sprachregelung.

Verzeihen Sie bitte! Ich sage jetzt ein ganz menschliches Wort, aber das bin ich eben auch: Vielleicht können wir uns dann auch in Begriffen ausdrücken, die nicht nur auf der Universitätsebene verstanden werden!

Das sage ich also ganz simpel, da ich zwar ...

allgemeines Gemurmel

Standbild

Archivar: Unverständlich.

Archivarin: Der Protokollführer.

Auflösung des Standbilds

Versuchen wir, eine Sprache zu finden, die wir **hier** – und da **draußen** – gemeinsam vertreten können.

allgemeines Gemurmel

Natürlich! Ich will mich ja belehren lassen. Vielleicht gelingt es mir aber auch umgekehrt.

von der Vring: Herr Bürgermeister, ich danke Ihnen für dieses Angebot.

Es ist sehr kühn, worauf sich der Senat hier einlässt. Unser Versuch, mit Ihnen zu sprechen, heißt: Ideologiekritik.

Daß wir hier eine Auseinandersetzung nicht mit Erfolg bestreiten können, – allenfalls mit sprachlichem Erfolg, ist in dieser Gesellschaftsordnung klar. Wenn das nämlich so wäre, dass man mit richtiger Argumentation die Praxis bestimmen könnte, dann brauchten wir gar nicht erst über eine Reformuniversität zu sprechen.

Koschnick: Aber wir werden Ihnen eine politische Antwort geben müssen, denn ich bin ja politisch aufgefordert, zu entscheiden. Das meine ich, sollte nicht vergessen werden.

Feldhoff, Gerstenberger, van Kampen:

drei kurze unverständliche Zwischenrufe

Koschnick:

steht auf

Das mag ja sein, das mag ja sein.

Auch hier räume ich jedem Bürger – insbesondere den bessergebildeten Bürgern ein – uns zu kritisieren.

Hier kann ich jedoch konkret nur sagen: Wir werden versuchen, eine Antwort zu geben, unter welchen Bedingungen wir handeln können, oder wir glauben, handeln zu können.

Koschnick wendet sich zum Gehen

Wiethölter: Eine Frage noch.

Koschnick dreht sich langsam zu Wiethölter.

Zur Prinzipierung.

Holkenbrink /Makhali

Koschnick starrt Wiethölter fassungslos an.

Sie würden sich aber bei dieser Auseinandersetzung auf eine Unterhaltungssprache einlassen, die außer aus Behauptungs- und Ausrufungssätzen auch aus Fragesätzen besteht!

unverständliches Stimmgewirr

von der Vring: Vielen Dank.

Koschnick: Ich danke sehr.

Koschnick dreht sich um

Standbild

Archivar: Bürgermeister Koschnick verlässt die Sitzung des Gründungssenats.

Archivarin: Es wird weiterdiskutiert.

Archivar: Am Ende liegt ein Antrag vor, der einstimmig angenommen wird.

Archivarin: In diesem Antrag verwehrt sich der Gründungssenat dagegen, Personalfragen von politischer Gesinnung abhängig zu machen.

Archivar: Senator Rolf Speckmann schied zusammen mit der FDP wenige Monate später wegen erheblicher politischer Differenzen über die Gründung der Universität Bremen aus dem Senat aus.

Archivarin: Das bedeutete den Bruch der SPD/FDP-Koalition in Bremen.

Archivar: Die Utopie wird immer besser, während wir auf sie warten.

Ein Streit ums Recht i. J. 1971*

Warum sie schweigen, FAZ 3.11.1971, S.1

VON FRITZ ULLRICH FACK

Wieso herrscht an vielen deutschen Hochschulen ein so bedrücktes Schweigen? Warum finden sich so viele Lehrer mit den Zuständen ab, statt sich dagegen aufzulehnen und um ihr Recht zu kämpfen? Fragen, die – wie wir wissen – die Mitbürger beschäftigen. Eine Antwort soll versucht werden.

Der Verfall hat viele Ursachen, aber drei Angelpunkte: die Politisierung der Universität, den Terror der angeblich "Antiautoritären" und die Angst der Politiker, staatliche Macht einzusetzen. Die gemeinsame Wurzel ist die wachsende Autoritätsfeindschaft einer zu jedweder Libertinage aufgelegten Gesellschaft, der die Abweichung von den hergebrachten Sozialnormen – weil das als "progressiv" gilt – nicht weit genug gehen kann. Entfalten sich Druck und Terror, so muß man Nachsicht üben, denn die ersehnte neue Gesellschaft kann nur unter Geburtswehen zustande kommen. Asozialität ist insofern von vornherein entschuldigt, bemerkt Professor Ortlieb (Hamburg) mit Recht, denn die gesellschaftlichen Verhältnisse sind ja in den Augen dieser Leute an allem schuld. Sie umzustülpen ist mithin Verdienst – an den Universitäten ebenso wie in der Armee.

Wer das für übertrieben hält, und das werden nicht wenige sein, der lese einmal nach, was ein Rechtsgelehrter wie der Frankfurter Professor Rudolf Wiethölter seinen Studenten zum Thema Strafrecht rechtsphilosophisch auf den Weg gibt. In seinem Buch "Rechtswissenschaft" behandelt er unter anderem das Schuldstrafrecht. Bei Überzeugungstätern und Gewohnheitsverbrechern gibt es seiner Ansicht nach keine individuell zurechenbare Schuld mehr, denn der eine setzt bewußt an die Stelle der Wertordnung der Gemeinschaft seine eigene und der andere ist ein abgestumpfter, zu Unrechtsbewußtsein nicht mehr fähiger Schädling, weil er vorher seinerseits "von der Gesellschaft geschädigt worden ist". Daraus folgt die Konsequenz: "Im Namen der Rechtsordnung darf eine politische Mehrheit nicht einer politischen Minderheit, deren Auffassungen ihr nicht passen', eine gesellschaftliche Mehrheit nicht einer gesellschaftlichen Minderheit, deren Verhalten sie im Keim hätte ändern können und müssen, Strafen aufzwingen."

* Die Wiedergabe geschieht mit freundlicher Genehmigung der Frankfurter Allgemeinen Zeitung und ihres ehemaligen Herausgebers Fritz Ullrich Fack.

Diese abenteuerliche Prämisse führt zu einer adäquaten Schuldabwägung im konkreten Fall, wenn nämlich zum Beispiel randalierende Studenten Institute besetzen und Professoren verprügeln. Wiethölter: "Es geht (im Strafrecht) eben nicht allein um Rauben, Morden und Betrügen, sondern um Strafe zum Beispiel für Landfriedensbruch von Studenten, die sich für eine freiheitliche Verfassung, nicht gegen sie einsetzen, so daß nicht sie, sondern vielleicht ihre Verfolger sich schuldig machen." So lapidar steht hier die Welt auf dem Kopf, als Ausfluß jener verbreiteten Gesinnung, die einst nur den verhaßten "General Dr. von Staat" (Thomas Mann) zivilisieren wollte, heute indessen die Entstaatlichung für die "Vollendung" der Demokratie hält, gleichzeitig aber nach Besetzung staatlicher Institutionen der Gesellschaft mit der Arroganz der Macht gegenübertritt.

Dieser Machtanspruch ist innerhalb der Universitäten kaum mehr zu brechen, weil es nicht einmal mehr Disziplinarmittel gibt. In mehreren Bundesländern existieren für die Hochschulen überhaupt keine Disziplinarordnungen mehr, in anderen wird bestehendes Ordnungsrecht nicht mehr angewandt. Die Gründe sind häufig die gleichen: Angst, Libertinage, sorgsam kaschiert mit verfassungsrechtlichen Bedenken (wieso gibt es dann noch ein Beamten-Disziplinarrecht?), mangelnde Solidarität der Lehrerschaft und mangelnder Rückhalt bei den Kultusbehörden.

Eine wichtige Rolle spielt schließlich die Politisierung der Universität, das heißt die paritätische Besetzung aller Gremien, in denen Radikale häufig das Wort führen und jedes Disziplinarverfahren bald ersticken würden. Hochschullehrer, die sich wegen dieser Zustände beschwerdeführend an ihr Kultusministerium wenden, haben – es spiegelt sich in diesen Tagen wieder einmal in unserer Leserpost – häufig nur den Eingang ihrer Schreiben bestätigt bekommen. Sonst nichts.

Betrachten wir im Zusammenhang: fortschreitende Politisierung, Terror und Ausschreitungen ohne Sühne, Gesetze, die die Autorität der Lehrenden mit Vorsatz schwächen, Kultusminister, die sich bei Beschwerden taub stellen; dazu die fehlende Disziplinalgewalt und die zerbrochene Solidarität des Lehrkörpers, die sich beispielsweise an den Wiethölterschen Thesen ablesen läßt; unschwer ist vorzustellen, wie er ein allfälliges Disziplinarverfahren wegen Landfriedensbruchs beurteilen würde. Schließlich noch die Furcht vor dem Makel der "Rückschrittlichkeit, das Anpassungsstreben und die Faszination einer Pseudoprogressivität, die tagtäglich von Wichtigtuern oder Leuten, die mit ihren Lebensfragen nicht fertig werden, über die Menschheit ausgegossen wird.

Das ist die Atmosphäre, in der heute an unseren Hochschulen gelehrt wird. Sorglich vertuschte Skandale gehören ebenso dazu wie unter Druck schwächer werdende Leistungskontrollen bei rapide wachsendem Einsatz öffentlicher Mit-

tel. Die verantwortlichen sozialdemokratischen Politiker stellen sich tot; Abhilfe ist nicht in Sicht. Es geht – in Niedersachsen oder Bremen – im Gegenteil weiter, als sei nichts geschehen. So schließt sich der Kreis des Schweigens.

Alle Rechte vorbehalten. (c) F.A.Z. GmbH, Frankfurt am Main

Gendarstellung gemäß einstweiliger Verfügung des LG Frankfurt/M., FAZ 19.11.1971

F.A.Z. FRANKFURT, 18. November.

Die 3. Zivilrechtskammer des Landgerichts in Frankfurt hat uns – ohne mündliche Verhandlung und ohne uns vorher anzuhören – im Weg der einstweiligen Verfügung unter Zurückweisung des Antrags im übrigen aufgegeben, folgende Gendarstellung zu dem Leitartikel vom 3. November abzudrucken:

„1. Unrichtig ist die Behauptung von Fritz Ullrich Fack: In seinem Buch „Rechtswissenschaft“ behandelt er (Rudolf Wiethölter) unter anderem das Schuldstrafrecht. Bei Überzeugungstätern und Gewohnheitsverbrechern gibt es seiner Ansicht nach keine individuell zurechenbare Schuld mehr, denn der eine setzt bewußt an die Stelle der Wertordnung der Gemeinschaft seine eigene und der andere ist ein abgestumpfter, zu Unrechtsbewußtsein nicht mehr fähiger Schädling, weil er vorher seinerseits ‚von der Gesellschaft geschädigt worden ist‘.“ Richtig ist vielmehr, daß die Formulierung; „Die Schuld des Überzeugungstäters liegt darin, daß er bewußt an die Stelle der Wertordnung der Gemeinschaft seine eigene setzt und von dieser her im Einzelfall falsch wertet. Der abgestumpfte Gewohnheitsverbrecher hat durch strafbare Lebensführung die Ansprechbarkeit durch sittliche Werte und damit die Fähigkeit eingebüßt, durch Gewissensanspannung zur Unrechtserkenntnis zu gelangen. Seine Schuld ist Lebensführungsschuld“ auf den Bundesgerichtshof zurückgeht (Beschuß des Großen Senats in Strafsachen vom 18. März 1952, Entscheidungssammlung Band 2, Seite 194/208 f.) und in meinem Buch „Rechtswissenschaft“ (Seite 93 f.) auch als wörtliches Zitat zu finden ist.

2. Unrichtig ist die Behauptung, ich hätte in meinen Ausführungen den Begründungszusammenhang hergestellt „Bei Überzeugungstätern und Gewohnheitsverbrechern gibt es seiner Ansicht nach keine individuell zurechenbare Schuld mehr, denn der eine setzt bewußt an die Stelle der Wertordnung der Gemeinschaft seine eigene, und der andere ist ein abgestumpfter, zu Unrechtsbewußtsein nicht mehr fähiger Schädling, weil er vorher seinerseits ‚von der Gesellschaft geschädigt worden ist‘.“ Richtig ist vielmehr, daß sich auf Seite 94 meines Buches das Zitatbruchstück in den Sätzen findet: „Ob überhaupt ‚Vorwerfbarkeit‘ betroffen sein kann, hängt von der Normqualität der straf-

rechtlichen Regelung ab, auf die wir alle und deshalb auch der Gesetzgeber das Hauptaugenmerk richten müssen. Eine Rechtsordnung kann nicht als politische Gegner oder gesellschaftliche Schädlinge Menschen brandmarken, die sich an den Geist der Verfassung halten oder die zum gesellschaftlichen ‚Schädling‘ werden, weil sie vorher von der Gesellschaft geschädigt worden sind. Anders formuliert: Im Namen der Rechtsordnung darf eine politische Mehrheit nicht einer politischen Minderheit, deren Auffassungen ihr nicht ‚passen‘, eine gesellschaftliche Mehrheit nicht einer gesellschaftlichen Minderheit, deren Verhalten sie im Keime hätte ändern können und müssen, Strafen aufzwingen. Das heißt selbstverständlich nicht, daß wirkliche politische Feinde und wirkliche gesellschaftliche Schädlinge nicht verfolgt werden dürfen.“

3. Unrichtig ist die Behauptung, daß der Satz „Im Namen der Rechtsordnung darf eine politische Mehrheit nicht einer politischen Minderheit ... (s. oben unter 2.)“ als „Konsequenz folge“ aus der – ihrerseits falsch wiedergegebenen (s. oben unter 1.) – Behauptung „Bei Überzeugungstätern gibt es seiner Ansicht nach ... (s. oben unter 1.)“ Richtig ist vielmehr, daß der Satz eine erneute Formulierung des im vorhergehenden Satz umschriebenen Problems darstellte (s. Vollziat oben unter 2.).

4. Unrichtig ist die Behauptung, daß das wörtlich eingerückte Zitat „Es geht (im Strafrecht) eben nicht allein um Rauben, Morden oder Betrügen, sondern um Strafe z. B. für Landfriedensbruch von Studenten, die sich für eine freiheitliche Verfassung, nicht gegen sie einsetzen, so daß nicht sie, sondern vielleicht ihre Verfolger sich schuldig machen“ meine Ausführungen korrekt wiedergebe. Richtig ist vielmehr, daß sich auf Seite 95 meines Buches der Satz findet: „Es geht eben nicht allein um Rauben, Morden, Betrügen, sondern um Strafe z. B. für Landfriedensbruch von Studenten, die sich für eine freiheitliche Verfassung, nicht gegen sie einsetzen, so daß nicht sie, sondern vielleicht ihre Verfolger sich ‚schuldig‘ machen.“

Prof. Dr. Rudolf Wiethölter,
Falkenstein

*

Die Redaktion hatte Professor Wiethölter schon am 10. November angeboten, statt der textlich schwer verständlichen Gegendarstellung einen Aufsatz mit seiner abweichenden Ansicht für den politischen Teil dieser Zeitung oder aber einen Leserbrief zu veröffentlichen. Professor Wiethölter ist darauf nicht eingegangen.

In Sachen Pressefreiheit, FAZ 20.11.1971

VON FRITZ ULLRICH FACK

Auf Anordnung des Landgerichts Frankfurt sind unsere Leser gestern mit einer ellenlangen, nicht einmal Eingeweihten verständlichen Gegendarstellung des Frankfurter Rechtswissenschaftlers Professor Wiethölter bekannt gemacht worden. Der Fall wirft eine Reihe grundsätzlicher Fragen auf, darunter solche, die das Recht auf freie Meinungsäußerung tangieren.

Angegriffen worden war von Professor Wiethölter ein Meinungsartikel in diesem Blatt, der Leitartikel vom 3. November "Warum sie schweigen". Es ging um wörtliche Zitate aus Wiethölters Buch "Rechtswissenschaft", die nach seiner Ansicht in der gedanklichen Urheberschaft falsch zugeordnet, in einen unrichtigen Begründungszusammenhang gestellt oder zu einer unrichtigen gedanklichen Sequenz verbunden worden sein sollten.

Mit Ausnahme zweier fehlender Apostrophe bei dem Wort "schuldig", die wir bedauern, konnte nirgends geltend gemacht werden, es sei falsch zitiert oder gar "Unwahres" behauptet worden. Es ging, so meinen wir, lediglich um die angeblich unrichtige Auslegung einer wissenschaftlichen Lehrmeinung. Wir haben die in der Substanz bereits am 9. November erstmals übermittelte Gegendarstellung Wiethölters mit der Begründung abgelehnt, es handle sich "bei den auf Zitate gestützten Überlegungen ... um Meinungsäußerungen, die nicht gegendarstellungsfähig sind". Da wir aber gern auch dem "anderen Teil" Gehör und Genugtuung verschaffen wollten, boten wir Wiethölter im selben Brief alternativ einen Leserbrief oder einen von den Formvorschriften des Pressegesetzes über Gegendarstellungen befreiten Artikel "im politischen Teil der Frankfurter Allgemeinen Zeitung" an, in dem er seine abweichende Ansicht vortragen sollte.

Wir hofften, daß dabei insbesondere jenes ominöse Zitat einer Interpretation zugänglich gemacht werden würde, das den eigentlichen Anstoß für die Beschäftigung mit dem Buch gegeben hatte, weil es nach unserer Meinung ein eigenümliches strafrechtliches Verständnis für das Delikt des studentischen Landfriedensbruchs offenbart: "Es geht (im Strafrecht – Red.) eben nicht allein um Rauben, Morden, Betrügen, sondern um Strafe z. B. für Landfriedensbruch von Studenten, die sich für eine freiheitliche Verfassung, nicht gegen sie einsetzen, so daß nicht sie, sondern vielleicht ihre Verfolger sich »schuldig' machen." Dieses Land hatte nie eine freiheitlicher verfaßte Ordnung als die des Grundgesetzes. Jedermann kann in ihr für seine politischen Glaubenssätze mit friedlichen – friedlichen!

- Mitteln um Mehrheiten werben. Uns beschäftigt die Frage, ob Wiethölter diesen Grundsatz preisgeben und "Überzeugungstätern" eine Art Recht auf Terror zubilligen will, damit sie sich politisch durchsetzen können. Das hieße,

diese Qualität unserer Ordnung zu verleugnen und sie aufzugeben. Denn wir leben nicht unter einer Diktatur, sondern in der Bundesrepublik. Diese Frage ist unbeantwortet geblieben.

Statt einer Antwort sahen wir uns acht Tage später jener einstweiligen Verfügung des Landgerichts Frankfurt gegenüber, die zwar nicht in allen, aber doch in vier Punkten die Gegendarstellungswünsche Wiethölter erfüllt. Und jetzt wird die Sache presserechtlich kritisch. Wir sind vor Erlaß dieser einstweiligen Verfügung nicht gehört worden, weder zur Sache noch mit unseren juristischen Argumenten. Dem Gericht lag zwar der Brief an Wiethölter vor, aber keine ausführlich begründete Darlegung unserer Rechtsauffassung, wonach es sich bei dem Gegendarstellungsverlangen lediglich um die Interpretation von korrekt wiedergegebenen Zitaten, nicht aber um die Richtigstellung von unrichtigen oder unwahren Tatsachenbehauptungen handelt.

Es mag dahinstehen und ist auch noch offen, ob wir damit im Recht sind. Entscheidend ist: Ohne dem Betroffenen rechtliches Gehör zu geben, wird zur Regelung eines "einstweiligen Zustands" mittels einer einstweiligen Verfügung in Wahrheit eine vollendete Tatsache geschaffen. Denn es gibt keinen aufschiebenden Einspruch gegen diese Verfügung; die Gegendarstellung muß sofort und uneingeschränkt abgedruckt werden. Sogar die Seite wird bestimmt, obwohl im Hessischen Pressegesetz lediglich der Abdruck "im gleichen Teil der Zeitung" vorgeschrieben ist. Wenn im Hauptverfahren später unsere Rechtsauffassung siegt, ist nichts mehr zu reparieren. Oder soll die Gegendarstellung dann nochmals gedruckt werden mit dem Bemerken: "Wir hätten sie nicht zu bringen brauchen"?

Nur in einer mündlichen Verhandlung hätte das Gericht die Begründetheit des Antrags mit einiger Sicherheit prüfen und die Interessen ausgleichen können. Immerhin war hier als Ansatzpunkt schon freiwillig eine ausführliche Meinungsäußerung des Angegriffenen im redaktionellen Teil angeboten worden. Warum sie mehrfach abgelehnt wurde, mag sich jeder selbst ausrechnen. Mit dieser Handhabung des Rechts auf Gegendarstellung kann eine freie Presse ernstlich behindert werden. Interpretationen und Meinungsäußerungen avancieren zu Tatsachenbehauptungen und werden nach kurzer formeller Prüfung ausgiebig – in unserem Fall mit 107 Druckzeilen – mit Gegendarstellungen geahndet.

Hier muß der Gesetzgeber für Waffengleichheit sorgen, in diesem Fall das rechtliche Gehör auch der angegriffenen Zeitung sicherstellen, ehe er eine so endgültige, nicht mehr rückgängig zu machende Maßnahme wie eine Gegendarstellung per einstweiliger Verfügung zuläßt. Ungerechtfertigte Gegendarstellungen gefährden die öffentliche Aufgabe der Presse. Im übrigen, was uns betrifft: Wir sind nicht ängstlich.

Alle Rechte vorbehalten. (c) F.A.Z. GmbH, Frankfurt am Main

Post Scriptum

CHRISTIAN JOERGES

„WIETHÖLTER ist, wie man sieht, kein Freund von Festschriften“, bemerkte die Redaktion der NJW in ihrem Nachwort zur Besprechung der Festschrift zum 65. Geburtstag ihres Mitherausgebers Adolf Arndt.¹ So ist es wohl nur gerecht, dass Wiethölter selbst nicht derart bedacht wurde und wird und stattdessen mit mehr oder weniger wohl organisierten Veranstaltungen zu seinem kritischen Rechtsdenken vorlieb nehmen muss. Solche Bemühungen ad personam hat es immer wieder gegeben. Noch relative jungen Datums ist der Band zum *Rechtsverfassungsrecht*,² der von dem Beitrag lebt, mit dem Rudolf Wiethölter ihn eröffnet,³ allerdings nicht nach Art einer Vorlage, die zur Nachfolge aufrufe, sondern als späte Nachgabe zu einer Einladung des Frankfurter MPI für Europäische Rechtsgeschichte und seines damaligen Direktors Dieter Simon. Diese jetzt nachfolgende Sammlung hat Ricardo Campos aus Brasilien eingeleitet: „Außerdem nächstes Semester feiert Herr Wiethölter sein 100. Semester an der Universität (nach seinen Angaben...).“ Dies schrieb er am 22.5.2012. Es dauerte eine Weile, bis seine Botschaft zündete und die Idee einer Begehung des 100. Semesters in Bremen entstanden war. Dann aber ging alles wie von selbst. Wir wollten die direkten akademischen Nachfahren aus 100 Semestern erreichen. Einige der Eingeladenen konnten nicht kommen, alle die kommen konnten, sind dabei gewesen. Diejenigen, die wir übersehen haben, bitten wir um Entschuldigung.

Es ging alles wie von selbst, aber nicht mühelos und schon gar nicht ohne tatkräftige Mithilfe. Monika Hobbie und Antje Kautz vom Sekretariat des ZERP haben alles organisiert und die Publikation betreut. Der FB Rechtswissenschaft, der Kanzler der Universität und die Bremer Nolting-Hauff Stiftung haben finanzielle Unterstützung geleistet. Andreas Fischer-Lescano hat die Inanspruchnahme der Ressourcen des ZERP und dann auch aus eigenen Reserven diese Publikation ermöglicht. In absehbarer Zukunft soll ein Buch in den von Malte Gruber herausgegebenen „Beiträgen zur Rechts-, Gesellschafts- und Kulturkritik“ (Trafo-Verlag, Berlin) entstehen. Von Michael Blecher kam in allen Phasen von den Philippinen aus bei schlechter Internetverbindung guter Rat. Dass es gelingen würde, Rudolf Wiethölter zu einer Publikation der

1 NJW 1966, Heft 39, 1705 (Kapitalchen im Original).

2 Ch. Joerges / G. Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht – Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 2003

3 *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, ebda., 13-21.

Transkription seiner Rede zu bewegen, fand er nicht ganz wahrscheinlich. Nun kann er sehen, wofür wir dank der Mithilfe von Monika Hobbie, Andreas Fischer-Lescano und Malte Gruber dennoch Rudolf Wiethölter ein Plazet entlocken konnten.

CHRISTIAN JOERGES

BREMEN, IM MÄRZ 2013

Autorenverzeichnis

Michael Blecher, Dr. jur., EHI Florenz, lebt in Venedig und arbeitet als Regierungsberater für Rechtsreformprojekte verschiedener internationaler Institutionen. Er hat von 1976 bis 1984 bei Rudolf Wiethölter studiert und gearbeitet. blechermichael@yahoo.com

Andreas Fischer -Lescano ist Professor für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtstheorie an der Universität Bremen und geschäftsführender Direktor des Zentrums für europäische Rechtspolitik (www.zerp.eu). Er war von 2004 bis 2008 Mitarbeiter im – damals noch – „dritten Stock“ an der Bockenheimer Warte. fischer-lescano@zerp.uni-bremen.de

Malte-Christian Gruber, Dr. jur., ist Akademischer Rat a. Z. am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Frankfurt a. M. Er hat dort sein Studium bei Rudolf Wiethölter bereits 1993 begonnen und setzt es heute als Mitveranstalter des Mittwochsseminars fort. gruber@jur.uni-frankfurt.de; mail@malte-gruber.de

Dieter Hart, Professor für Zivilrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Wirtschaftsrecht seit 1975 in Bremen (jetzt i. R.); Arbeitsschwerpunkt seit 1995 Medizin- und Gesundheitsrecht; von 1964 bis 1972 als studentische Hilfskraft, wiss. Mitarbeiter und Assistent bei Rudolf Wiethölter in der Schumannstraße und im „3. Stock“, danach Dozent am Rechtswissenschaftlichen Fachbereich in Frankfurt/M. Promotion bei RW über „AGB und Justizsystem“. hart@uni-bremen.de

Isabell Hensel, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen seit 2007. Promotionsförderung über die Zentrale Forschungsförderung der Universität Bremen. 2. Juristisches Staatsexamen am Landgericht Frankfurt im Jahr 2012. Mitveranstalterin des Privatrechtstheoretischen Seminars an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/M. zusammen mit Malte Gruber und Rudolf Wiethölter hensel@zerp.uni-bremen.de

Jörg Holkenbrink ist Künstlerischer Leiter des Zentrums für Performance Studies der Universität Bremen und des Theaters der Versammlung zwischen Bildung, Wissenschaft und Kunst. tdvart@uni-bremen.de; Joerg.Holkenbrink@t-online.de

Christian Joerges, Forschungsprofessur in Bremen und Senior-Professor (part time) an der Hertie School of Governance, Berlin, promovierte bei Rudolf Wiethölter i.J. 1970 „Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts“ („die erste Arbeit, die ich bewerte mit *summa cum laude*“).

cjoerges@zerp.uni-bremen.de; joerges@hertie-school.org

Simon Makhali, Dramaturg des Zentrums für Performance Studies der Universität Bremen und Darsteller im Theater der Versammlung zwischen Bildung, Wissenschaft und Kunst, ist vor ein paar Jahren auf der Suche nach theatral verwertbarem Material aus der Gründungszeit der Universität Bremen mit der Hilfe von Sigrid Dauks im Archiv der Uni auf das Wortprotokoll der Sitzung des Gründungssenats vom 11. Oktober 1970 gestoßen, das in der Bearbeitung des Theaters der Versammlung unter dem Titel "Gründungsfieber" in diesem Band zu finden ist.

tdvart@uni-bremen.de, simonmakhali@web.de

Andreas Maurer, Dr. jur., LL.M. (Osgoode, Toronto), ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Bremen. Studium und Referendariat in Frankfurt am Main. Von 2003 bis 2007 wissenschaftlicher Mitarbeiter in „3. Stock“. a.maurer@uni-bremen.de

Ulrich Mückenberger war bei Wiethölter Tutor, wollte bei ihm promovieren; seit seiner Entpflichtung (Universität Hamburg) Forschungsprofessor am ZERP der Universität Bremen.

mueckenb@uni-bremen.de

Volker Kröning, RA, Ehem. Mitglied des Bremer Senats (1983-1994) und des Deutschen Bundestages (1994-2009). Student bei Rudolf Wiethölter in Frankfurt 1968-1970 und Planer für die Juristenausbildung an der Universität Bremen 1970-1972.

Kroening-Bremen@t-online.de

Erich Schanze, Jahrgang 1942, Prof. Dr. Dr. h.c., LL.M. (Harv.), Emeritus in Marburg, unterrichtet noch u.a. in St. Gallen/ Schweiz und Bergen/ Norwegen. 1963-1966 Student, 1967-1972 wiss. Mitarbeiter bei Rudolf Wiethölter. Promotion im Gesellschaftsrecht und Habilitation im internationalen Wirtschaftsrecht bei Hans-Joachim Mertens und Rudolf Wiethölter. Adresse: Kirchspitze 5, 35037 Marburg; e-mail: schanze@staff.uni-marburg.de.

Domenico Siciliano, Dr. jur., Frankfurt am Main, arbeitete von 1997 bis 2001 und von 2004 bis 2005 im Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie der Johann Wolfgang Goethe Universität in Frankfurt am Main. Seit November 2002 ist er ricercatore im Dipartimento di teoria e storia del diritto,

Autorenverzeichnis

seit 2013 Dipartimento di scienze giuridiche, der Universität Firenze.

Gunther Teubner lehrt zur Zeit am International University Institute in Turin. Von 1998 bis 2009 hat er zusammen mit Rudolf Wiethölter eine Seminarreihe zur Theorie des Privatrechts veranstaltet.

g.teubner@jur.uni-frankfurt.de

Dan Wielsch, o. Universitätsprofessor, Universität zu Köln, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtstheorie, Dr. iur. (Frankfurt am Main), LL.M. (Berkeley), studierte und promovierte bei Rudolf Wiethölter in den 90er Jahren.

dan.wielsch@uni-koeln.de

Peer Zumbansen, Prof. Dr. jur., LL.M. (Harvard), lic. dr. (Paris X). Professor of Law, Canada Research Chair, Osgoode Hall Law School, York University, Toronto, war von 1991-1994 Wiss. Hilfskraft, dann von 1995-1997, 1998-2001 und 2002-2004 Wiss. Mitarbeiter am Institut für Wirtschaftsrecht, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt/M.

PZumbansen@osgoode.yorku.ca

Rudolf Wiethölter ist erreichbar über Snail Mail: Am Bergschlag 9, 61462 Königstein-Falkenstein

Lieferbare ZERP-Diskussionspapiere seit 2002*

(in Papierform = P bzw. als elektronische Kopie = E*)

* Eine komplette Liste der ZERP-DP seit 1982 und der seit 2009 online abrufbaren ZERP-Arbeitspapiere finden Sie unter <<http://www.zerp.eu>> (Publikationen)

- DP 1/11 *Christian Joerges / Tobias Pinkel* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht – Europäisches Privatrecht ohne Demokratie?, Mai 2011 (P/E)
- DP 3/10 *Michelle Everson / Frank Rodriguez*, What Can the Law do for the European System of Central Banks? Good Governance and Comitology 'within' the System, Dezember 2010 (P/E)
- DP 2/10 *Andreas Fischer-Lescano*, Europäische Rechtspolitik als transnationale Verfassungspolitik. Soziale Demokratie in der transnationalen Konstellation, Februar 2010 (P/E)
- DP 1/10 *Andreas Fischer-Lescano / Christian Joerges / Arndt Wonka* (Hrsg.), The German Constitutional Court's Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives, Januar 2010 (P/E)
- DP 3/09 *Andreas Fischer-Lescano/Lena Kreck*, Piraterie und Menschenrechte, Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Rahmen der europäischen Operation Atalanta, Juni 2009 (P/E)
- DP 2/09 *Poul F. Kjaer*, Three-dimensional Conflict of Laws in Europe, März 2009 (P/E)
- DP 1/09 *Florian Rödl*, Europäische Arbeitsverfassung, Februar 2009, (P/E)
- DP 8/08 *Sjef van Erp*, Security interests: A secure start for the development of European property law, November 2008 (P/E)
- DP 7/08 *Sergio Nasarre Aznar*, Eurohypotheck & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, September 2008 (P/E)
- DP 6/08 *Tobias Pinkel*, Das Buch VI des Entwurfs eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR): Nichtvertragliche Schuldverhältnisse aus Schädigung Dritter. Eine kritische Analyse des Modellgesetzes eines europäischen Deliktsrechts, August 2008 (P/E)
- DP 5/08 *Julia Cassebohm*, Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention – Voraussetzungen, Wege und Folgen, Juli 2008 (P/E)
- DP 4/08 *Claudio Franzius*, Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag: Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?, Juli 2008 (P/E)
- DP 3/08 *Konrad Schober*, Vom Verfassungsvertrag zum Reformvertrag. Das Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union zur Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, Juni 2008 (P/E)
- DP 2/08 *Christian Joerges/Florian Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts, Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval, März 2008 (E)

- DP 1/08 *Aurelia Colombi Ciacchi*, Internationales Privatrecht, *ordre public européen* und Europäische Grundrechte, Februar 2009 (P/E)
- DP 1/07 *Christian Joerges*, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, August 2007 (P/E)
- DP 7/06 *Norbert Reich*, A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration?, Oktober 2006 (E)
- DP 6/06 *Maria Paola Ferretti*, Participation, Democratic Deficit and Good Regulation. A Case Study of Participatory Strategies in the European Regulation of GMO Products, September 2006 (P/E)
- DP 5/06 *Ralf Michaels*, EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, August 2006 (P/E)
- DP 4/06 *Christoph U. Schmid*, The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court. A Methodological Comparison, Juni 2006 (P/E)
- DP 3/06 *Klaus Sieveking*, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU, April 2006 (P/E)
- DP 2/06 *Mel Kenny*, Constructing a European Civil Code: *Quis custodiet ipsos custodiet?*, Februar 2006 (P)
- DP 1/06 *Christian Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, Januar 2006 (P/E)
- DP 4/05 *Nuno Ferreira*, Revisiting Euthanasia: A Comparative Analysis of a Right to Die in Dignity, November 2005 (P/E)
- DP 3/05 *Joanna Krzeminska*, Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law, August 2005 (E)
- DP 2/05 *Aydan Bashlinskaya*, Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GESVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz, Mai 2005 (E)
- DP 1/05 *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, Februar 2005 (E)
- DP 1/04 *Josef Falke*, Normung und Dienstleistungen. Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Februar 2004 (E)
- DP 2/03 *Carl Otto Lenz*, Das deutsch-französische Verhältnis und sein Einfluss auf die Europäische Union, Dezember 2003 (E)
- DP 1/03 *Christine Godt*, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public. Nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, Dezember 2003 (E)
- DP 4/02 *Michael W. Schröter*, Lebensmittelrechtliche Vorsorge als Rechtsprinzip – nationale, europäische und welthandelsrechtliche Aspekte, Dezember 2002 (E)

- DP 3/02 *Ailine Wolff-Pfisterer*, Sprache als Freizügigkeitshindernis in der EU - Sprachliche Anforderungen an ausländische EG-Bürger im Rahmen der Anerkennung von Befähigungsnachweisen für den Berufszugang und die Berufsausübung, Oktober 2002 (E)
- DP 2/02 *Nikola Lafrenz*, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union – Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, Oktober 2002 (E)
- DP 1/02 *Anita Boeker*, The Establishment Provisions of the Europe Agreements: Implementation and Mobilisation in Germany and the Netherlands, April 2002 (P/E)