Jürgen Habermas
Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter

I.

Als nach beinahe 20 Jahren das legendär gewordene Funkkolleg »Rechtswissenschaft« wieder aufgelegt wurde, schrieb Wiethölter ein charakteristisches Vorwort, das den größer gewordenen Abstand zum Text, gleichzeitig auch die Treue zu den alten Reformhoffnungen zum Ausdruck brachte: »Die politische Ordnung einer Wirtschaftsgesellschaft als Rechtskulturverfassung ist und bleibt das theoretische wie praktische Kernstück eines Projekts der Moderne.«[1] Wie in einem Motto ballen sich die substantivisch zusammengezogenen Gedanken zu Sprengkörpern, die im nächsten Augenblick als ironisches Feuerwerk zerplatzen, um eine allegorische, der Enträtselung bedürftige Figur an den nächtlichen Himmel zu werfen. Es geht Wiethölter um die politische Zähmung und demokratische Verwandlung der kapitalistischen Gesellschaft im Medium eines Rechts, dessen zivilisierende Kraft die kulturellen Lebensformen durchdringt und prägt. Das richtige Recht soll die antagonistische Gesellschaft zur Streitkultur befreien.

Wiethölter ist ein großer Formulierer, ein Wortwerker, ein zitatenreicher Jongleur, ein Feuerwerker und Parodist, der die Worte gewissermaßen schrill zubereitet, damit sie ihre aufklärenden Dienste tun können. Wie Montagen von Alexander Kluge stürzt Wiethölters sprunghafte Prosa den Leser in Verwirrung. Jeder Satz bündelt die Gedanken zum Motto, jeder bader sich in einer Fülle von Konnotationen, jeder destruiert ein Vorverständnis, jeder steht gleich nahe zum Mittelpunkt einer geschichtsphilosophischen Hoffnung, die sich dem Jahrgang 1929 tief eingeschrieben hat. Mit einem melancholisch gefärbten und doch lebenslang festgehaltenen Aufatmen des Frühjahrs 1945 bleibt Wiethölter seiner Generation verhaftet: »... und nach wie vor die heimliche Hoffnung in die verborgenen Pläne der Natur und den öffentlichen Gebrauch der Vernunft, also in jene gutartig-hinterlistige Implementationsdialektik, unter deren Zauberbann und Wünschelrute sich Folgen menschlichen Tuns einstellen, die nicht zugleich die Folgen der Absichten menschlichen Tuns gewesen sind.«[2]

Aus der biographischen Erfahrung des neuen Anfangs mag sich auch die Mentalität und das verhohlene Pathos erklären, die noch den versponnensten Texten ihre Klarheit verleihen. Wiethölter gibt nicht auf; auch wenn er sich zurückzieht, schwört er nicht ab. In einer temperamentvollen Geburtstagsrede auf den 60-jährigen Ludwig von Friedeburg findet sich eines der seltenen Bekenntnisse: »Die damalige Kritik haben wir heute weder zu rechtfertigen noch zu verraten, sondern

1 Rudolf Wiethölter, Rechtswissenschaft, Basel 1986, 7.
2 Rudolf Wiethölter, Bemerkungen aus der Recht- und Juristenwelt, in: Die Zukunft der Aufklärung, Ffm. 1989, 38f.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1989-2-138
Generiert durch IP '18.119.19.16', am 20.09.2024, 06:40:26.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zeitgenössisch fortzusetzen; zeitgenössisch meint: differenzierter, komplexer, solider, also auch behutsamer, in einem ganz buchstäblichen Sinne rücksichtsvoller und vorsichtiger – mit Aussicht auf längerfristige Chancen.« Wiethölter beherrscht das Metier der Geburtstagsrede so meisterhaft, daß ich mit ihm nicht in Konkurrenz treten, auf den 60-jährigen Wiethölter keine Laudatio halten möchte. Stattdessen berichte ich von den Erfahrungen eines juristischen Laien mit dem Juristen und dem wahren Rechtslehrer Wiethölter. Kant meinte damit den Philosophen, der in der Öffentlichkeit die Rolle des Intellektuellen wahrnimmt; aber auch als ein solcher Philosoph bleibt Wiethölter Jurist.

Dem Nicht-Juristen unter den Philosophen bleibt im allgemeinen eine typische Erfahrung nicht erspart: Die öffentlich-rechtlichen Diskussionen, zumal jene staatsrechtlichen, die sich im politischen Kräftefeld der Weimarer Republik darbieten, lassen sich an die grobkörnigere philosophische Begrifflichkeit immerhin anschließen, während die Übersicht schwindet und die Verwirrung wächst, je tiefer man in zivilrechtliche Quisquilien eindringt – und alsbald den Wald vor Bäumen nicht mehr sieht. Allein, Wiethölters komplexen Beiträgen komme ich mit diesem handlichen Schema nicht bei. Man muß ihm nur einmal drei Stunden lang zugehört haben! Auf der einen Seite schmeichelt er sich ins Abstraktionsbedürfnis des Philosophen noch wirkungsvoller ein als die Kollegen aus dem Öffentlichen Recht: Wiethölter reißt Perspektiven auf, gibt großartige Durchblicke. Auf der anderen Seite peinigt Wiethölter den armen Philosophen noch unbarmherziger als die ohnehin detailbesessenen Privatrechtler: Ihn läßt Wiethölter mit seinem großen Kaliber hilflos in Bienenschwärmen von skurrilen Einzelfällen sitzen. Wiethölter seziert atemlos einen Fall nach dem anderen um des kaleidoskopischen Effektes willen – alle Strukturen zerfallen in transitorische Einzelheiten und Kontingenzen. Wiethölter verblüfft, indem er Konträres nicht etwa vermittelt, sondern absichtsvoll kontaminiert. Der strukturbildende Durchgriff durchs historische Dickicht wechselt sich ab mit der kasuistischen Zertrümmerung, die das Allgemeine im Besonderen, den Text im Kontext untergehen läßt. Der experimentierenden Geschichtskonstruktion folgt eine Dekonstruktion, die den Virtuosen der Critical Legal Studies zur Ehre gereichen würde. Aber anders als Duncan Kennedy, der sich übrigens in Wiethölters Gedankenwelt bemerkenswert eingefühlt hat, gehört bei diesem beides zusammen: das dekonstruktive Schüren des Krisenbewußtseins und die Suche nach einem konstruktiven Ausweg.

Wiethölter ist zutiefst davon überzeugt, daß der sozialstaatliche Kompromiß das Rechtssystem entwickelter Industriegesellschaften in eine Krise gestürzt hat. Dieses Krisenbewußtsein teilt Wiethölter mit vielen Kollegen; aber nach seiner Auffassung manifestiert sich darin mehr als nur die Überforderung des Rechtssystems. Vielmehr sollen die ungelösten Probleme der Gesellschaft, die die einen mehr dem Markt, die anderen mehr dem Staat anlasten, auf ein Versagen des Rechtssystems zurückgehen. Für Wiethölter ist das Recht kein Subsystem neben anderen, sondern ein ausgezeichnetes Medium der gesamtgesellschaftlichen Integration: »In der Quintessenz ist von Bedeutung: Markt- und Politikversagen als Rechtsversagen.« Wegen dieser zentralen Stellung soll der Transformation des Rechtssystems und jener rechtstheoretischen Erneuerung, die dazu die Initialzündung gibt, eine eminente politische Bedeutung zukommen.

Diese beiden Annahmen – über den kritischen Zustand des Rechtssystems und über die Rechtskrise als Ursache der Gesellschaftskrise – erklären Wiethölters Strategie: Einerseits versucht er an Einzelfällen immer wieder zu demonstrieren, daß die richterliche Entscheidungspraxis unberechenbar wird, weil konsensstiftende »Maßstäbe, Foren und Verfahren« fehlen; andererseits zieht er aus dieser Diagnose nicht

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1989-2-138
Generiert durch IP '18.119.19.16', am 20.09.2024, 06:40:26.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die üblichen kontextualistischen Konsequenzen, sondern hält am normativen Selbstverständnis des demokratischen Rechtsstaates fest, um damit die verworrene Praxis doch noch in Einklang zu bringen. Aber sind die Grundannahmen selbst plausibel? Wie müssen wir die These von einer Rechtskrise (II), wie die These von der gesellschaftlich zentralen Stellung des Rechts (III) verstehen? Ich werde mich auf einige exegetische Stichworte und Interpolationen beschränken.

II.

Juristen nehmen als geschulte Dogmatiker das Recht aus der Perspektive des Richters wahr, und jede Krise des Rechts lesen sie an der Krise der Rechtsprechung ab. Unter diesem Aspekt ist wiederum die Unbestimmtheit der richterlichen Entscheidungen das, was sie am meisten beunruhigt – also der Umstand, daß die Beurteilung eines Falls durch das geltende Recht, durch Präjudizien und Gesetzeslage, Kommentare und herrschende Meinung nicht hinreichend determiniert wird (auch wenn sie aufgrund *anderer* Variablen voraussagbar bleibt). Dabei interessieren vor allem die strukturellen Gründe: Die interne Unbestimmtheit der Rechtsprechung ergibt sich allgemein aus der Logik der Anwendung von Gesetzesnormen und speziell aus der rechtsförmigen Durchsetzung interventionsstaatlicher Politiken. Die wachsende Komplexität der regelungsbedürftigen Materien und die steigende Interdependenz der Regeln selber treiben die Gerichte in das Dilemma, Recht trotz rechtsstaatlicher Gesetzesbindung aus eigener Autorität fortbilden zu müssen. Aus dieser Sicht kann von einer Krise des Rechts die Rede sein, wenn sich (a) eine wachsende interne Unbestimmtheit der Rechtsprechung diagnostizieren läßt, die sich (b) als rechtlicher Reflex unumkehrbarer politischer und gesellschaftlicher Entwicklungen darstellt und (c) vom Richter eine konstruktive, rechtsfortbildende Interpretation verlangt, ohne daß (d) für diese »Abwägung« intersubjektiv nachprüfbare und demokratisch legitimierte Maßstäbe (bzw. Verfahren der Maßstabsbildung) zur Verfügung stehen: Wer wie Wiethölter die Krise des Rechts argwöhnisch aus der Perspektive des Richters verfolgt, muß sich deshalb für das Thema der Rechtsfortbildung interessieren.

In einer einschlägigen Arbeit räumt Wiethölter gründlich mit der konventionellen Lehre von der Gewaltenteilung auf. Die Analyse der Rechtsprechung zeige, daß die richterliche Entscheidungspraxis nicht wie im Lehrbuch als ein vergangenheitsorientiertes, nämlich an's bestehende Recht fixiertes Handeln begriffen und von Gesetzgebung und Verwaltung als den auf Zukunft und Gegenwart konzentrierten Handlungsweisen unterschieden werden kann. Andererseits führt die Literatur, die Wiethölter an dieser Stelle erörtert – Studien von F. Müller, D. Simon und R. Ogorek – zu einem ernüchternden, das Krisenszenario durchaus entdramatisierenden Ergebnis. Danach hat sich die Interpretationsarbeit des Richters und der Rechtsdogmatik seit dem Ende des 18. Jahrhunderts immer schon innerhalb eines relativ großen Ermessensspielraums bewegt; die richterliche Entscheidungspraxis war ganz unabhängig vom wechselnden politischen und rechtsmethologischen Rechtsverständnis immer schon eine konstruktive Rechtsfortbildung: »Letztlich sind dem Richter alle Aufgabenschritte der regentschaftlichen Vollgewalt geblieben: Er identifiziert den Fall, komponiert das Regelprogramm, trifft Entscheidungen und Verwaltungsmaßnahmen und kalkuliert politische Folgen – und zwar völlig unabhängig davon, ob ihm dies in den letzten 200 Jahren explizit verboten war, oder ob er

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1989-2-138
Generiert durch IP '18.119.19.16', am 20.09.2024, 06:40:26.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

nachhaltig dazu ermuntert wurde«[3]. In scheinbarer Übereinstimmung mit dieser These zieht Wiethölter selbst aus der rechtshistorischen Untersuchung von R. Ogorek den Schluß, daß sich das Dilemma einer auf Vernunft verpflichteten Jurisprudenz, die positives Recht als richtiges Recht nur verwalten kann, indem sie es ohne vernunftrechtliche Rückendeckung und demokratische Legitimation fortbildet, seit dem frühen 19. Jh. kaum verändert haben dürfte.

Wenn aber keine dramatische Zuspitzung jenes Dilemmas, nicht einmal der Trend eines wachsenden Problemdrucks zu erkennen ist, was rechtfertigt dann noch die Krisendiagnose, an der Wiethölter auch im Tenor dieser Abhandlung festhält? Was rechtfertigt die Klage über fehlende »Maßstäbe, Foren und Verfahren«? Warum hält Wiethölter eine tiefgreifende Revision der Grundbegriffe des Rechts für nötig, um die Krise zu lösen? Warum erhofft er sich für eine solche Rekonzeptualisierung des Rechts Hilfe von außen – von systemtheoretischen, von ökonomischen und kommunikationstheoretischen Ansätzen, rivalisierenden Gesellschaftstheorien also, die über die Innenperspektive des Rechtssystems hinausgreifen? Wiethölter hält an der altmodischen Anschauung fest, daß das Recht seinen Anspruch auf Legitimität verwirkt, wenn der normative Geltungsanspruch des Rechts nicht mehr durch eine vernünftige Jurisprudenz, die die Lücken der Unbestimmtheit schließt, eingelöst werden kann. Er lokalisiert aber dieses Problem nicht auf der Ebene von Methodologie und Rechtsdogmatik unmittelbar, sondern auf der Ebene eines in die Profession eindringenden gesellschaftstheoretischen Hintergrundverständnisses, das dem Recht erst einen präzisen Stellenwert gibt, und zwar im Rahmen eines reflexiv gewordenen, dynamisierten Rechtsstaatprojektes: »also muß sich unser Interesse auf die epochalen Einflußorientierungen richten«[4].

Das erklärt Wiethölters Interesse an den »Epochen« des bürgerlichen Formalrechts, des sozialstaatlich materialisierten Rechts und des prozeduralen Rechts, das einer in Entstehung begriffenen postindustriellen Gesellschaft angehören soll. Nun gibt diese Periodisierung, wie wir inzwischen wissen, für die tatsächliche Rechtsentwicklung in Gesellschaften unseres Typs nicht allzuviel her. Aber Wiethölter verwendet die Ausdrücke formales, materiales und prozedurales Recht auch nicht für historische Zwecke, sondern als Stichworte für »Sozialmodelle des Rechts«. Um jene Begriffe kristallisiert sich nämlich ein jeweils anderes Hintergrundverständnis derer, die am Prozeß der Verwirklichung des demokratischen Rechtsstaats als eines geschichtlichen Projektes teilnehmen – vor allem das der juristischen Experten. Erst der Kontext eines solchen Projektes der gerechten oder wohlgeordneten Gesellschaft (Rawls) kann nämlich Lücken der Unbestimmtheit einer fallbezogenen Interpretation des geltenden Rechts schließen.

Die Rolle von Rechtsideologien, die einen Einbettungskontext für Rechtsnormen bieten, hat Klaus Günther jüngst aus der Sicht einer Logik der juristischen Argumentation erläutert. Er hat ein Kohärenzmodell ausgearbeitet, das auf das paradigmatische Hintergrundverständnis von Recht überhaupt ein neues Licht wirft. Die Interpretation einer auf Situationen anwendbaren Norm hat das Ziel, den Vorrang der einzig angemessenen Norm so zu begründen, daß das Ideal eines kohärenten Systems gültiger Normen nicht verletzt wird.[5] Diejenige Norm, die im Lichte einer möglichst vollständigen Beschreibung aller relevanten Merkmale einer Anwendungssituation als die »angemessene« erscheint, setzt die Gültigkeit der konkurrierenden, für eine Anwendung zunächst kandidierenden, dann aber als unangemessen

3 D. Simon, zitiert nach R. Wiethölter, Zum Fortbildungsrecht der richterlichen Rechtsfortbildung, KritV 1988, 1 ff., 19.

4 Ebenda, Seite 24.

5 K. Günther, Der Sinn für Angemessenheit, Fm. 1988.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1989-2-138
Generiert durch IP '18.119.19.16', am 20.09.2024, 06:40:26.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

zurücktretenden Normen nicht etwa außer Kraft; die Wahl der angemessenen Norm stellt sich vielmehr als Ergebnis der jeweils besten Theorie *aller* gültigen Normen dar. Die Interpretation eines Falles im Lichte der vorrangigen Norm erscheint dann nicht[6] als die optimale Verwirklichung eines Rechtsgutes, das mit anderen Rechtsgütern konkurriert; sie bedeutet vielmehr eine unter Berücksichtigung aller Umstände optimale Ausschöpfung eines *Systems* gültiger Normen.

Jede Norm bleibt auf die kohärente Ergänzung durch alle anderen gültigen Normen angewiesen. Freilich befindet sich dieses System in ständiger Bewegung, da sich mit jeder neu auftretenden Situation die Vorrangrelationen ändern können. Eine Orientierung an einem derart anspruchsvollen Ideal ist in der Regel nicht möglich – und dies nicht einmal im Fall der professionalisierten Rechtsprechung. Anstelle des Ideals treten deshalb Paradigmen, »in denen Normen, die wir hier und jetzt für gültig halten, (schon) in eine transitive Ordnung gebracht worden sind ... Sie formieren einen Hintergrundkontext, in denen unsere jeweiligen Situationseinschätzungen und die entsprechenden moralischen prima facie-Urteile eingebettet sind ... So hat unter den modernen Lebensformen jede auf ihre Weise das Rangverhältnis zwischen den Prinzipien der Freiheit und Gleichheit gelöst, ohne daß man behaupten würde, die entsprechenden Paradigmen seien unveränderlich und würden für jeden Kollisionsfall stets nur ein und dieselbe Lösung vorschieben«. Günther fügt aber sogleich hinzu: »Indem sie die Teilnehmer einer bestimmten gesellschaftlichen Praxis davon entlasten, sich mit einer ungeordneten und nur prima facie anwendbaren Menge von Prinzipien zu begnügen, ... sind die Paradigmen freilich auch eine Quelle von Vorurteilen, verzerrten Situationseinschätzungen und entsprechend parteilichen oder einseitigen Anwendungen gültiger Normen.«[7]

Ein Beispiel dafür bieten die liberalen und die wohlfahrtsstaatlichen Rechtsideologien mit ihren Kernbegriffen des formalen und des materialisierten Rechts. Wiethölters Krisendiagnose läßt sich dann so verstehen, daß diese Paradigmen, die sich um die subjektiven Rechte des privaten Marktteilnehmers und um die Leistungsansprüche der Klienten wohlfahrtsstaatlicher Bürokratien herum kristallisiert haben, zerfallen sind, *ohne daß eine neue Rechtsideologie an deren Stelle getreten wäre*. Die Sozialmodelle, die in den Begriffen des formalen und des materialisierten Rechts impliziert sind, sind heute nicht mehr konsensfähig; sie haben ihre Integrationskraft verloren. Nach dieser Diagnose wird die Rechtsprechung »unbestimmt«, weil der Hintergrundkonsens fehlt, der als Paradigma einer gerechten Ordnung fungieren könnte. Als Alternative bietet sich ein funktionalistisches oder ökonomisches Selbstverständnis des Rechtssystems an, das alle normativen Überlegungen deflationiert. Demgegenüber geht Wiethölter davon aus, daß ein Rechtssystem, welches seine eigenen normativen Grundlagen derart dementieren und sich als ein vernunftloses System von Verhaltenskontrollen darstellen würde, kaum überlebensfähig ist. Er sucht deshalb nach einer anderen Alternative. Unter dem Stichwort des »prozeduralisierten« Rechts verficht er das Reflexivwerden aller Paradigmen. Jedenfalls verbindet er mit diesem Begriff das Modell einer sich selbst organisierenden Gesellschaft, die den Pluralismus der Wertorientierungen und Glaubensmächte zur Prämisse hat.

An die Stelle idealer produktivistischer Lebensformen, die aus dem Kontrakt freier und gleicher Privatleute oder aus der egalitären Verteilung des gesellschaftsproduzierten Reichtums hervorgehen, tritt das Projekt der Einrichtung von Verfahren

6 Wie noch bei R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Baden Baden 1985, 71 ff.

7 K. Günther, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, MS 1989, 22.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1989-2-138
Generiert durch IP '18.119.19.16', am 20.09.2024, 06:40:26.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

vernünftigen kollektiven Willensbildungsprozessen auf ganzer Breite. An die Stelle einer Zivilreligion dieser oder jener Provenienz soll eine »Streitkultur des Rechts« treten, an die Stelle eines substantiellen Einbettungskontextes ein solcher, der nicht mehr eine konkrete Lebensform entwirft, sondern nur noch die Verfahren einer Selbstorganisation der Gesellschaft bestimmt.

III.

Wiethölter dekliniert unermüdlich die grammatischen Formen des Rechts durch. Er unterscheidet Recht als Formkategorie und Recht als Inhaltskategorie, Recht als Konditional- und als Zweckprogramm, als Form subjektiver Freiheit und als Medium staatlicher Politik in der Absicht, dem zu ergänzenden Tertium in der Reihe der Rechtsformen, der Prozeduralisierung des Rechts, visionäre Konturen zu verleihen. Mit diesem neuen und abstrakten Einbettungskontext soll sich die Rechtskategorie als solche verändern: »Prozeduralisierung zielt nicht so sehr auf soziale Gewährleistungen (als Freiheits-Recht), auch nicht auf Gewährungen (als politische Verwaltung), sondern auf die Bedingungen der Möglichkeiten ... solcher Gewährleistungen und Gewährungen von integrierbaren Interessenabstimmungen durch rechtliche Verhaltensordnungen.«[8] Wiethölter antizipiert die Einrichtung von Foren und Verfahren für eine diskursive (nach sachlichen und sozialen Bereichen spezifizierte) Willensbildung über Maßstäbe, nach denen die Menge der in unbestimmten Rechtsbegriffen verschlüsselten Prinzipien – wie Kindeswohl, Unternehmensinteresse, Betriebsfrieden, Sozialparität usw. – fallbezogen in eine kohärente Ordnung gebracht werden können. Gleichzeitig dramatisiert er diese Empfehlung zu einer Perspektive der gesamtgesellschaftlichen Transformation: »Prozeduralisierung ist – in einem Satz – die erneute Wiederanknüpfung an bürgerliche Philosophie-Geschichte in der Absicht, ihre idealistischen wie materialistischen Durchgänge unter veränderten Umständen als gesellschaftliche Lernprojekte zu reproduzieren«[9]. An solchen Stellen scheint Wiethölter zu vergessen, daß zunächst nur von einem prozeduralistischen Hintergrundverständnis die Rede ist, das nach dem Ende aller konsensfähigen Rechtsideologien dazu dient, die Rationalität der Rechtsprechung zu verbessern. Wiethölter steht etwas Größeres vor Augen. Er hat die vernunftrechtliche Idee der bürgerlichen Gesellschaft als eines »eingerichteten und ausgeübten Rechtsprogramms« noch nicht aufgegeben; er ist nach wie vor davon überzeugt: »Recht (ist) die entscheidende Struktur der Gesellschaft.«

Das mag aus der Perspektive des Rechtssystems so *erscheinen*. Aber auch Wiethölter weiß, daß moderne Gesellschaften den Begriffen des rationalen Vernunftrechts und damit den juristischen Grundbegriffen überhaupt entwachsen sind. Schon die schottischen Moralphilosophen und die französischen Physiokraten hatten ihre Modelle *anderen* Wissenschaften entlehnt. Die Gesellschaft wird nicht mehr aus dem Recht, sondern – von Marx bis Luhmann – das Recht wird aus der Gesellschaft begriffen. In welchem Sinne können wir dann aber von einer zentralen Stellung des Rechts sprechen?

Wiethölter scheint mit Savigny von einem Doppelkonzept des Rechts auszugehen, von Recht als einem funktional spezifizierten Teilbereich und von Recht als einem

8 R. Wiethölter, Prozeduralisierung der Rechtskategorie, MS 1986, Seite 12.
9 Ebenda, Seite 13.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1989-2-138
Generiert durch IP '18.119.19.16', am 20.09.2024, 06:40:26.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Element, in dem sich das Ganze der Gesellschaft reproduziert. So jedenfalls zitiert er Savigny: »Bey steigender Cultur nämlich sondern sich alle Thätigkeiten des Volkes immer mehr, und was sonst gemeinschaftlich betrieben wurde, fällt jetzt einzelnen Ständen anheim. Als ein solcher abgesonderter Stand erscheinen nunmehr auch die Juristen... Das Daseyn des Rechts ist von nun an künstlicher und verwickelter, indem es ein doppeltes Leben hat, einmal als Theil des ganzen Volkslebens, was es zu seyn nicht aufhört, dann als besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen. Aus dem Zusammenwirken dieses doppelten Lebensprincips erklären sich alle spätere Erscheinungen, und es ist nunmehr begreiflich, wie auch jenes ungeheure Detail ganz auf organische Weise, ohne eigentliche Willkühr und Absicht, entstehen konnte. Der Kürze wegen nennen wir künftig den Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben das *politische* Element, das abgesonderte wissenschaftliche Leben des Rechts aber das *technische* Element desselben.« Diese Unterscheidung hat auch heute noch ihren guten Sinn; das Recht als System aller rechtlich geregelten Interaktionen ist umfassender als das System aller auf Recht *reflexiv* bezogenen Interaktionen, in denen es um das Recht selbst geht. Aber dieses Rechtssystem im engeren Sinne besteht nicht nur aus der professionellen Anwendung des Rechts, sondern ebenso aus der Erzeugung und Fortbildung wie der Implementierung von Rechtsnormen oder Rechtsprogrammen. Die Innenperspektive dieses Rechtssystems darf nicht einseitig auf die Perspektive des Richters und des Rechtsdogmatikers zurückgeschnitten werden. Wenn eine Perspektive – auch methodisch – in Führung gehen soll, ist es die des demokratischen Gesetzgebers und nicht die des Juristen, in dem noch Savigny den geborenen Hüter des Rechts und seiner Rationalität gesehen hatte. Wiethölter richtet seinen Blick gewiß auf das »politische Element« des Rechts – aber auch er privilegiert unversehens dessen »technisches Element«, sobald es darum geht, wie das Rechtssystem im ganzen auf »Prozeduralisierung« umgestellt werden kann. Einige Formulierungen erwecken den Eindruck, als träte der wahre Rechtslehrer noch in der Rolle des Savigny'schen Zivilrechtsdogmatikers auf. Der trug das unsichtbare Gewand des Richterkönigs und stand so hoch, daß er von oben auf den Gesetzgeber als eine seiner Rechtsquellen herabsehen konnte. Alles war dann eine Frage der Klugheit der Jurisprudenz, die die Gesellschaft mit dem richtigen Recht auszustatten hatte – erst einmal richtig eingerichtet, würde sie schon funktionieren. Ob freilich das Recht in diesem Sinne noch eine zentrale Stelle behauptet, mag man heute in Zweifel ziehen.

In einem anderen Sinne spielt es vielleicht immer noch eine zentrale Rolle – als Statthalter des Anspruchs, daß sich auch unsere komplexen, über Geld und administrative Macht gesteuerten Systeme nicht vollends einer sozialen, durchs gesamtgesellschaftliche Bewußtsein vermittelten Integration entziehen möchten. Parsons hat von der rechtlichen Institutionalisierung des Geld- und des Machtmediums gesprochen. In diesem Sinne ist die Vorstellung vom Recht als dem Medium, über das die Systemintegration angeschlossen bleibt an die soziale Integration der Lebensformen, nicht ganz abwegig. Diese Erwartung verdankt das Recht dem Umstand, daß es Interaktionen gleichzeitig von außen beschränkt und aus der Beteiligtenperspektive rechtfertigt; auch wenn es sich mit der Legalität des Handelns begnügt, muß es aus moralischen Gründen immerhin befolgt werden *können*. So hat Kant das Zwangsrecht begriffen. Und immer noch bindet die normative Dimension seiner Geltung das Recht im ganzen an eine zwanglos intersubjektive Anerkennung durch die Rechtsgenossen. Solange dem postmetaphysischen Recht auch nur ein Schein von Normativität verbleibt, spiegeln sich rechtliche Organisationsformen im Glanz des Versprechens einer Selbstorganisation der Gesellschaft – die Beteiligten müssen

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1989-2-138
Generiert durch IP '18.119.19.16', am 20.09.2024, 06:40:26.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

die rechtliche Organisation ihres Zusammenlebens so betrachten können, als sei diese ihrer vernünftigen intersubjektiven Willensbildung entsprungen.

Ich vermute, daß Wiethölter dieses Stück Idealismus, der den Hohn der Zyniker auf sich zieht, im Begriff des »prozeduralen Rechts« aufgehoben hat. Um eine Veränderung zu bewirken, müßte freilich das radikaldemokratische Gesellschaftsprojekt, das diesem Ausdruck hinterlistig assoziiert ist, nicht nur ins Bewußtsein der juristischen Experten eindringen; es müßte im Hintergrundverständnis von Verwaltungen und legislativen Körperschaften Wurzeln schlagen – und damit verweisen auf die Verschwisterung der verfaßten demokratischen Willensbildung mit autonomen Öffentlichkeiten, die gewiß rechtlich ermöglicht werden müssen, aber nicht im ganzen als Körperschaften verfaßt sein können. Das Recht kann eine demokratische politische Kultur nicht erzeugen, es bleibt von deren Entgegenkommen abhängig. So verstehe ich die paradoxe Rede von der politischen Ordnung einer Wirtschaftsgesellschaft als »Rechtskulturverfassung.«

Bei Wiethölter kreisen auch die demokratietheoretischen Überlegungen um die Frage, wie »die Unparteilichkeit von Maßstäben, unter denen jeweilige Partikularitäten zu ihrem Recht kommen«, institutionalisiert werden können. Skepsis äußert er gegen den abstrakten Universalismus der Aufklärung und ihrer Prinzipien, die »zu hoch über den uns bestimmenden Partikularitäten« angesiedelt sind. Aber ebenso skeptisch ist Wiethölter gegenüber einem Kontextualismus, der dem Universalismus den Rücken kehrt: »Die linke Rechtstheorie hat sich im Kampf ums Recht wohl dahin entschieden, nicht länger im Namen universeller Vernünftigkeit und regulativer Unparteilichkeit Recht einzuklagen, sondern setzt auf radikalisierte Partikularität, auf die (auch rechtliche) Souveränität und Autonomie selbstbestimmter Gruppen. Sie reklamiert damit gleichsam Anerkennung absoluter Minorität gegenüber relativer Majorität, im Grunde also einen, in klassischer Rechtsterminologie ausgedrückt, eher völkerrechtlichen als bürgerlich-rechtlichen Status.«[10] Wiethölter selbst setzt dem Modell des Völkerrechts das des Internationalen Privatrechts entgegen: Ein Fall, der aus der Sicht verschiedener Kontexte verschieden interpretiert wird, muß gleichwohl nach Kollisionsregeln entschieden werden, die für beide Seiten akzeptabel sind.

Ähnliches gilt nun für die politische Willensbildung in pluralistischen und hochindividualisierten Gesellschaften, die so weit fragmentiert sind, daß es nur Mehrheiten von subkulturellen Minderheiten geben kann. Diese Situation zwingt keineswegs zur Preisgabe des Universalismus; allein die Anstrengung der Kontextualisierung wächst in dem Maße, wie die Operation der Verallgemeinerung zu immer abstrakteren Regeln oder Grundsätzen nötigt. Darauf reagiert die »linke Rechtstheorie« oft nur mit einem Reflex ihrer alten – auch damals schon unnötigen – Fehler. Weil sie falschen kollektivistischen Prämissen angehangen hatte, traut sie nun dem Spiegelbild des Individualismus alles zu. U. Preuß benutzt eine reflexiv gewordene Theorie rationaler Wahl, um den gemeinwohlorientierten Staatsbürger Rousseaus von den Höhen seiner nationalen Identifikation auf den Boden des bürgerlichen Selbstinteresses aufgeklärter Privatleute zurückzuholen. Auf dem Weg von Marx zurück zu Hobbes scheint Kant auf der Strecke zu bleiben: Aus dem individuellen Nutzenkalkül soll über Präferenzen zweiter Ordnung die Sozialverträglichkeit je meines Interesses hervorgehen. »Die Befriedigung meines individuellen Interesses hängt also entweder von einer kollektiven Aktion ab – an jeder Ecke steht ein Polizist, der das Wegwerfverhalten der Passanten beobachtet und gegebenenfalls sanktioniert –

10 R. Wiethölter, Prozeduralisierung der Rechtskategorie, MS. 1986, S. 12.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1989-2-138
Generiert durch IP '18.119.19.16', am 20.09.2024, 06:40:26.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

oder davon, daß die anderen Individuen ihr individuelles Verhalten befriedigen, das im Vertrauen auf das gleichgerichtete Verhalten ihrer Mitbürger dann tatsächlich zur Interessenbefriedigung führt.«[11] Auf diesen Versuch einer »Sozialisierung der ökonomischen Theorie« hat Wiethölter nicht ganz eindeutig reagiert: »Alles, was Herr Preuß ausführt, ..., erhellt den Kopf ungemein, stiftet aber im Herzen so viel Traurigkeit.«

Nun, ganz so traurig hätte Wiethölter bei dieser Gelegenheit nicht sein müssen. In seinem eigenen Diskussionsbeitrag äußert er schon einen gesunden Zweifel am individualistischen Zweifel. Preuß kann nämlich die Kluft zwischen egozentrischem Nutzenkalkül und gemeinsamen Interesse nicht durch Präferenzen schließen, die auch dann, wenn sie reflexiv werden, subjektiv *bleiben*. Das leistet nur Adam Smith' »unsichtbare Hand« (an die Preuß nicht mehr glaubt) oder Kants »allgemeines Gesetz« (eine Gesetzgebung, die freilich aus dem Gefängnis des einsamen Seelenlebens befreit werden muß). Preuß selbst sagt es: »Wir haben hier also den Fall nicht einer kollektiven, aber auch nicht einer individuellen, sondern einer auf Reziprozität und wechselseitigem Vertrauen der Individuen beruhenden Interessenbefriedigung.«[12] Er postuliert, daß jeder für sich (a) überlegt, welches verallgemeinerte Verhalten *für alle gleichermaßen gut* wäre, und (b) darauf vertraut, daß alle anderen dieselbe Überlegung anstellen und (c) nach deren Resultat auch handeln. So springt denn aus dem Hobbes doch wieder der Kant heraus.

Vielleicht sollte man von hier aus über Marx zu Mead voranschreiten und mit Wiethölter »Foren und Verfahren« postulieren, die der in foro interno vollzogenen allgemeinen Perspektivenübernahme (ohne die auch die ökonomische Theorie des Rechts nicht »sozialisiert« würde) die feste Gestalt einer intersubjektiven Praxis verleihen könnten.

11 U. Preuß, Perspektiven von Rechtsstaat und Demokratie, KJ 1, 1989, 10.
12 Ebd.

https://doi.org/10.5771/0023-4834-1989-2-138
Generiert durch IP '18.119.19.16', am 20.09.2024, 06:40:26.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.