

Peer Zumbansen, Frankfurt/Main

## Das soziale Gedächtnis des Rechts

### oder: Juristische Dogmatik als Standeskunst

„... wherever men become absorbed in a medieval search for the magic formula of universal truth the creeds of government grow in importance and the practical activities of government are mismanaged. Holy wars are fought, orators and priests thrive, but technicians perish. Color and romance abound in such an era, as in all times of conflict, but practical distribution of available comfort and efficient organization is impossible.“

T.W. Arnold, *The Folklore of Capitalism* 21 (1937)

„While the ticket to participation in governance is knowledge and/or passion, both knowledge and passion generate perspectives that are not those of the rest of us. Few of us would actually enjoy living in a Frank Lloyd Wright house.“

M.Shapiro, ‚Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance‘, in: 8 *Ind. J. Global Leg. Studies* 369, 374 (2001).

„Zur Tradition unserer Rechtsordnung gehört – als zugleich herrschende Meinung heute – die Vorstellung, es sei das Recht, das durch seine Normen soziale Werte (Interessen, Präferenzen, Parteinahmen) binde. Die – von mir geteilte – Gegenposition besteht darauf, dass noch die höchsten (z.B. Verfassungs-)Normen ihrerseits durch soziale Wertpräferenzen bestimmt seien.“

R.Wiethölter, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht, *Festschrift Kegel* (1977), 213-263, 228.

## I. Einleitung: Die Trägheit der Privatrechtsgesellschaft

„Obgleich weniger oft als man sich vielleicht wünschen würde, aber doch hin und wieder sucht das Privatrecht nach seinem Ursprung und Urgrund, sucht es sich, wie man so sagt, zu vergewissern, möchte es seinen Standpunkt in der Welt der Gedanken und Welt der Realitäten bestimmen.“<sup>1</sup>

„Die politische Gesellschaft von heute und morgen braucht *ihr* Recht, also ein politisches Recht. Sie hat es aber nicht.“<sup>2</sup> Die seit Hobbes, Smith und Kant thematisierte Zerbrechlichkeit sozialer Interaktion, deren strukturelle Gefährdung durch nicht gebändig-

---

1 Nörr, Deregulierung in der Wirtschaft - die Wiedergeburt einer 'Privatrechtsgesellschaft'?, in: Zentauro Kitagawa/Junichi Murakami/Knut Wolfgang Nörr/Thomas Oppermann/Hiroshi Shiono (Hrsg.), *Regulierung - Deregulierung - Liberalisierung. Tendenzen der Rechtsentwicklung in Deutschland und Japan zur Jahrhundertwende*, Tübingen 2001, 297-311, 297.

2 Wiethölter, Anforderungen an den Juristen heute, in: R. Wassermann (Hrsg.), *Erziehung zum Establishment*, Karlsruhe 1969, 3-31, 6.

ten Egoismus und schließlich die parallele Einholung durch autoritäre Domestizierung ('Staat') auf der einen und wohlstandssteigernde Ausbeutung und Kooperation ('Gesellschaft') auf der anderen Seite bleiben noch auf lange Zeit Referenzpunkte einer Verständigung über staatliche Steuerung und gesellschaftliche Selbstorganisation.<sup>3</sup> Gleichzeitig wird der Druck des Privatrechts auf das nur zögerlich eine Kontrollfunktion ausübende Verfassungsrecht stärker,<sup>4</sup> ungeachtet der Kritik an den immer noch nicht ausgereiften Drittwirkungstheorien.<sup>5</sup> Im Kern geht aber es um die in diesen Diskussionen zum Ausdruck kommende, demokratievergessene Thematisierung des Staat-Gesellschaft-Gefüges, welche in zu starkem Maße eine politische Staatssphäre von einer unpolitischen Markt- und Gesellschaftssphäre abtrennt und damit keinen direkten und positiven Begriff von Selbstgesetzgebung gewinnen kann.<sup>6</sup> Statt die verfassungsrechtliche Perspektive in die Privatrechtsordnung einzubringen, erscheint die Ausstrahlung des Verfassungsrechts auf privatrechtliche Beziehungen regelmäßig als Nothilfeprogramm für die Korrektur von Entgleisungen und Abweichungen. Jedenfalls kommt die Ambulanz „in echten Extremfällen“<sup>7</sup> aus Karlsruhe, und der Glaube an zwei unterschiedliche Welten - Staat hier, Gesellschaft dort - bleibt unverbrüchlich erhalten. Bestimmend bleibt dementsprechend das Unvermögen, sich juristisch in die allenthalben als Grenzgebiete markierten Bereiche des Rechts zu begeben, deren Existenz nichts anderes als die Fragwürdigkeit der lange geachteten Grenzen verdeutlichen.<sup>8</sup>

Der im Zentrum eines Teils zeitgenössischer privatrechtstheoretischer Arbeiten stehende Versuch einer *Konstitutionalisierung* des Privatrechts erscheint als Aufhebung der bisher gekennzeichneten Bifurkationen.<sup>9</sup> Daher erweckt er auch vehemente Gegen-

- 
- 3 Siehe etwa die von Hegelschen Vorstellungen geprägten Ausführungen hierzu bei Di Fabio, *VVDSiRL* 56 (1996); demgegenüber wird die Bedeutung eines politischen Gesellschaftsbegriffs, der von der Idee der Selbstgesetzgebung und Selbstverwaltung her konstruiert ist, zumeist wenn nicht vernachlässigt, dann jedenfalls als selbstverständlich in Anspruch genommen.
  - 4 Siehe etwa die Beiträge in Hart (Hrsg.), *Privatrecht im „Risikostaat“*, Baden-Baden 1997.
  - 5 Siehe aus der Rechtsprechung jüngst BVerfGE 103, 89 (= BVerfG NJW 2001, 957) - dazu Röthel, NJW 2001, 1334; dazu auch Zumbansen, *Public Values, Private Contracts and the Colliding Worlds of Family and Market*, *Feminist Legal Studies* (2003, *im Erscheinen*), ; vgl. auch BGH, Urteil v. 21.2.2001 - XII ZR 34/99; vgl. zur ‚Bürgerschaftsentscheidung (BVerfGE 89, 214): Teubner, Ein Fall struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214ff.), *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 83 (2000), 388-404; Gerstenberg, in: U. Neumann/L. Schulz (Hrsg.), *Verantwortung in Recht und Moral*, Stuttgart 2000, 141-156; s.a. Isensee, in: *FS Großfeld* (1999), 485 ff.
  - 6 Diese Perspektive bestimmt bis in die jüngste Zeit Untersuchungen privater Gesetzgebung und Regelsetzung, besonders auch unter dem Eindruck des vermeintlichen Versagens dieses ‚private ordering‘ wie in Fällen des 11.9. und des amerikanischen ENRON-Debakels: Steven L. Schwarcz, *Private Ordering*, unveröffentlichtes Manuskript, Stand 18.2.2002; siehe auch Gillian K. Gadfield, *Privatizing Commercial Law*, in: *Regulation*, Spring 2000, 40-45.
  - 7 Diederichsen, *Jura* 1997, 57-64, 64.
  - 8 Siehe Wiethölter, Vom besonderen Allgemeinprivatrecht zum allgemeinen Sonderprivatrecht? Bemerkungen zu Grundlagenveränderungen in der Privatrechtstheorie, *Anales de la Cátedra F. Suárez* (1982), 125-166, 128; ders., *Rechtswissenschaft*, 1968, 168; ders., Art. Wirtschaftsrecht, in: Görlitz (Hrsg.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Darmstadt 1972, 531-539, 531, der hier von Staat und Wirtschaft als den zwei ‚Hauptbeteiligten‘ spricht.
  - 9 Zur Problemsteuerung durch Privatrecht siehe die Beiträge in Hart (Hrsg.), *Privatrecht im „Risikostaat“*, oben Fn. 4; Trute, Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatecht und öffentlichem Recht, in: Eberhard Schmidt-Assmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, 167-223; siehe, in jüngster Zeit, die umfassenden Studien

wehr. Aus historischer Sicht haben sich die Versuche, öffentliches Recht und Privatrecht in eins zu setzen, nicht durchsetzen können.<sup>10</sup> Grund dafür sind nicht zuletzt die starken dogmatischen Vorbehalte, die an einer das gesellschaftliche Ganze abbildenden Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen Politik und Markt, festhalten wollen. Auch die schon früh beginnende Kritik ‚privater Macht‘ hat hieran wenig ändern können.<sup>11</sup> Vor dem Hintergrund der weiter angewachsenen, neuen Aufgaben des Privatrechts bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, vor allem im Sozial-, Sicherheits- und Umweltbereich,<sup>12</sup> aber auch im Rahmen eines grenzüberschreitenden Wettbewerbs verschiedener Marktsysteme,<sup>13</sup> wird jedoch eine paradoxe *Öffentlichkeit* dieses sich hier entfaltenden Privatrechts augenfällig. Jedenfalls scheinen manche Entwicklungsschritte der Debatte über ‚öffentliches Recht‘ und ‚Privatrecht‘ nur noch als historische Markierungen interessant.<sup>14</sup> Damit gewinnt aber auch die Suche nach einer näheren Zusam-

---

von Bäuerle, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, Baden-Baden 2001, und Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Tübingen 2001; siehe dazu die Anmerkungen von Ladeur, in: 1 *Annual of German & European Law - AGEL* (2003) (hrsg. von R.Miller/P.Zumbansen, Oxford/New York, im Erscheinen).

- 10 Siehe entsprechende Ansätze bei Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktion einer Unterscheidung*, Stuttgart 1968, der am Ende seines Buches den Begriff des ‚Gemeinrechts‘ vorschlägt; s. ders., Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, 239-260.
- 11 Siehe Böhm, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ORDO* 17 (1966), 75-151; Pound, The New Feudalism, *American Bar Association Journal* 16 (1932), 553-558 [bereits abgedruckt als: The New Feudal System, 35 *Commercial Law Journal* 397-403 (1930)]; Kronstein, Arbitration is Power, 38 *New York U. L. Rev.* 661-700 (1963); ders., Business Arbitration - Instrument of Private Government, 54 *Yale L.J.* 36 (1944), auch in: Kronstein, *Ausgewählte Schriften/Selected Essays*, 1962, 37-68; Wiethölter, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: Helmut Coing/Heinrich Kronstein/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1965, 41-62.
- 12 Siehe dazu die Beiträge in Hart (Hrsg.), *Privatrecht im "Risikostaat"*, Baden-Baden 1997; siehe auch Hart, Sozialschutzbezogene Normbildungsprozesse bei Risikoentscheidungen im Vertragsrecht, *KritV* 1991, 363-377; Trute, Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, 167-223.
- 13 Aus jüngster Zeit Schmidtchen, Lex mercatoria und die Evolution des Rechts, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Räumen*, Tübingen 2002, 1-31; Kieninger, *Wettbewerb der Rechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tübingen 2002; Zumbansen, The Privatization of Corporate Law? Corporate Governance Codes and Commercial Self-Regulation, *Juridikum* (2002), 32-40, auch in: 1 *ANNUAL OF GERMAN & EUROPEAN LAW - AGEL* (2003), (Hrsg. v. R.Miller/P.Zumbansen, Oxford/New York, im Erscheinen).
- 14 Siehe dazu die Analyse von Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen - Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, 261-336; ähnlich verhalten hoffnungsvoll auch Trute, Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, ebda., 167-223 (oben Fn. 12); für eine sehr konzise Darstellung des Herausforderungsdrucks auf das benannte Trennungsgedenken und dessen Erliegen vgl. Vesting, Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts? Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht, in: Hans Schlosser (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996. Ringvorlesung der Juristischen Fakultät Augsburg*, Heidelberg 1997, 183-202.

menführung des die gesellschaftlichen Wertentscheidungen gleichzeitig bindenden und herausfordernden Verfassungsrechts und des öffentlichen Gehalts des Privatrechts eine neue Dimension: zu einfach erscheinen zumindest an Staatshoheit einerseits, Markt egoismen andererseits, orientierte Vorbehalte gegenüber einer stärkeren Emanzipation des Privatrechts. Während parallele Beobachtungen der systeminternen Ein- und Umstellungen auf neuartige Steuerungsaufgaben im öffentlichen Recht wie im Privatrecht sicherlich notwendig sind, um den gesellschaftlichen Druck auf die Dogmatik kenntlich zu machen<sup>15</sup>, scheint ein vielversprechender Weg derjenige zu sein, der auf die gesellschaftstheoretischen Dimensionen selbst zielt, die diese - nur vordergründig - allein im Reich der Dogmatik angesiedelten Auseinandersetzungen haben. Juristische Dogmatik, als Standeskunst<sup>16</sup> verstanden, spiegelt zum einen die theoretisch-politische Ausrichtung der Profession wider, zum anderen aber birgt sie in sich den gesamten konstitutionellen (gesellschaftlichen) Streitstoff<sup>17</sup>, der, solange er unentfaltet bleibt, unweigerlich zum Diktum führen muss, dass es den Positivismus noch nicht gegeben habe,<sup>18</sup> dass also das Recht nicht wirklich sei, die Wirklichkeit nicht rechtens.

Der vorliegende Beitrag möchte die aus der Idee der Konstitutionalisierung folgenden Hinweise auf die in der Dogmatik schlummernde Gesellschaftstheorie *auf-* und die Hoffnung auf eine Konstitutionalisierung des (Privat-) Rechts *ernstnehmen*. Die folgenden Ausführungen gliedern sich in zwei Teile. In einem ersten Abschnitt wird der Versuch unternommen, auf die Rolle und Geschichte von ‚Rechtsbegriffen‘ aufmerksam zu

---

15 Siehe dazu etwa Di Fabio, oben Fn. 3; Kirchner, Regulierung durch öffentliches Recht und/oder Privatrecht aus der Sicht der ökonomischen Theorie des Rechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, 63-84; Ladeur, Die Zukunft des Verwaltungsakts - Kann die Handlungsformenlehre aus dem Aufstieg des „informalen Verwaltungshandelns“ lernen?, *VerwArch.* 86 (1995), 511-530; ders., Risikooffenheit und Zurechnung - insbesondere im Umweltrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, Baden-Baden 1994, 111-137; Pitschas, Staatliches Management für Risikoinformation zwischen Recht auf informationelle Selbstbestimmung und gesetzlichem Kommunikationsvorbehalt, in: Hart (Hrsg.), *Privatrecht im „Risikostaat“*, oben Fn. 4, 215-263; H. de Wall, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen 1999; M. Fuchs, Schuldrecht und Verfassungsrecht, in: Ruland/Baron von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1998, 169-184; R. Keller, *Vorvertragliche Schuldverhältnisse im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsverhältnislehre*, Berlin 1997.

16 Wiethölter, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht, in: A. Lüderitz/J. Schröder (Hrsg.), *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt 1977, 213-263, 237.

17 Aleida Assmann, *Arbeit am nationalen Gedächtnis. Eine kurze Geschichte der deutschen Bildungs-idee*, Frankfurt/New York 1993, 105, die aus ihrer Studie die Erkenntnis zieht, „daß eine der wesentlichen Funktionen des Bildungsdiskurses in der Möglichkeit zur Selbstthematisierung der Gesellschaft liegt. (...) Die im Diskurs formulierten Analysen sind jedoch niemals reine Beschreibungen dessen, was ist, sondern stets Einflußnahmen auf das, was sein soll.“ Siehe auch Wiethölter, Arbeit und Bildung, in: Rainer Erd/Dietrich Hoß/Otto Jacobi/Peter Noller (Hrsg.), *Kritische Theorie und Kultur*, Frankfurt 1989, 369-388, 380: „ Gemeint ist immer ein Verhältnis von kultureller Reproduktion, sozialer Identifikation und professioneller Sozialisation, das uns *praktisch* beherrscht.“

18 Wiethölter, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, oben Fn. 16, 234: „Es hilft nicht weiter, unsere Vergangenheit vor 1945 als positivistisch‘ und nach 1945 als ‚nichtpositivistisch‘ zu würdigen. Einen Positivismus, der diesen Namen aus heutiger Sicht verdiente, hat es in der jüngeren Rechtsgeschichte (noch) nicht gegeben. Eine brauchbarere und zukunftsreichere Fragestellung ist es wohl, wie ‚positives‘ Recht als zugleich ‚richtiges‘ Recht denn zu gewährleisten sei.“

machen, um zu zeigen, dass juristische Semantik in hohem Maße gesellschaftsgeschichtliche Erfahrungen - Erfolge wie Frustrationen - speichert, auch wenn im konkreten Fall immer wieder ‚nur‘ der Richter einem streitentscheidenden und fraglichen, aber eben umstrittenen Begriff vor dem Hintergrund der nicht nur im Saal widerstreitenden Interessen und mehr oder minder verfügbarer guter Begründungen eine bestimmte Interpretation gegeben hat. Die oftmals augenfällige ‚policy‘-Bestimmtheit richterlicher Judikate<sup>19</sup> kann aber nicht über die Vielschichtigkeit der herangezogenen Begriffe hinwegtäuschen, die in einer langen Interpretations- und Sinngebungsgeschichte stehen.<sup>20</sup> (II.) In einem zweiten Teil sollen versuchsweise die Akteure, m.a.W. die Juristen, ins Blickfeld gerückt werden, die an diesem Interpretationsgeschäft beteiligt sind. Dabei kann über die bedauernden (Diskussion über die) Juristenausbildung nicht gesprochen werden, ohne wenigstens den einen oder anderen Blick auf Wissenschaft und Professionalisierung, auf *Bildung* selbst zu werfen. (III.)

---

19 Siehe dazu grundlegend Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921), New Haven, CT 1976; s. a. Kennedy, *Critique of Adjudication. Fin de Siècle*, Cambridge, MA/London 1997.

20 Siehe nur Koselleck, Begriffs- und Sozialgeschichte, in: ders., *Vergangene Zukunft* (1979), Frankfurt 1992, 107-129.

## II. Gesellschaftstheorie und Semantik, *oder*: Wie Begriffe lernen (zu lernen)

„Ohne gemeinsame Begriffe gibt es keine Gesellschaft, vor allem keine politische Handlungseinheit.“<sup>21</sup>

„Aus den Horizonten normativer und formativer Wertsetzungen kommen wir nicht heraus.“<sup>22</sup>

### 1. Der geschlossene Himmel der Begriffsjurisprudenz, *oder*: Gedächtnis und Erinnerung im Recht

„Die im Diskurs formulierten Analysen sind jedoch niemals reine Beschreibungen dessen, was ist, sondern stets Einflußnahmen auf das, was sein soll.“<sup>23</sup>

„Im Gegensatz zu normierten Maßen sind Rechtsregeln (wie auch die Sprache) ein Beispiel für flexible Standards. Sie passen sich an veränderte Bedürfnisse an. Genauer müsste man von einem System von Standards und Substandards sprechen, das sich durch die Kräfte des Wettbewerbs getrieben an neue Herausforderungen anpasst.“<sup>24</sup>

Zeit und Recht, Geschichte, Erinnerung, Gedächtnis *und* oder *im* Recht, Rechtsgeschichte, Geschichte *des* Rechts: Trotz der offenkundigen Geschichtlichkeit des Rechts und seiner Regeln können wir uns einer Interpretation und Erschließung dieser Rechtsdimension nur auf einem Umweg nähern. Dafür sind Abgrenzungen und Unterscheidungen erforderlich. Über die Meilensteinarbeit von Maurice Halbwachs<sup>25</sup> hinaus, die geradezu automatisch zitiert zu werden pflegt, ist das Thema der Gedächtnisforschung kaum mehr von dem der Historiographie, also der Geschichtsschreibung als solcher zu trennen.<sup>26</sup> Diese erfährt allerdings auch eine immer weiter führende Ausdifferenzierung und beteiligt sich damit an einer unaufhaltsamen Kollision der Wissenschaftsdisziplinen.<sup>27</sup> So ist manchmal ein Literaturtheoretiker mit Fug und Recht auch Historiker,<sup>28</sup> ein

---

21 Koselleck, Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte, oben Fn. 20, 108

22 J.Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis* (1992), 2. Aufl., München 1999, 129

23 A.Assmann, *Arbeit am nationalen Gedächtnis*, oben Fn. 17, 105

24 Schmidtchen, *Lex Mercatoria*, oben Fn. 13, 25

25 M.Halbwachs, *La mémoire collective*. Édition critique établie par Gérard Namer, Paris 1950, 1997); ders., *Les cadres sociaux de la mémoire* (1925), Paris 2001

26 Siehe etwa Chris Lorenz, *Konstruktion der Vergangenheit. Eine Einführung in die Geschichtstheorie* (Köln u.a.: Böhlau 1997).

27 Grundlegend: Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1992; Stichweh, *Differenzierung der Wissenschaft*, in: ders., *Wissenschaft, Universität, Professionen*, Frankfurt 1994, 15-51, 19 mit der Vermutung einer Korrelation zwischen dieser Ausdifferenzierung und der gesellschaftlichen Veränderung hin zur funktionalen Differenzierung; ders., *Globalisierung der Wissenschaft und die Rolle der Universität*, in: ders., *Die Weltgesellschaft. Soziologische Analysen*, Frankfurt 2000, 130-145; P.Burke, *Soziologie und Geschichte*, Hamburg 1989; M.Rainer Lepsius, *Zum Verhältnis von Geschichtswissenschaft und Soziologie*, in: J.Rüsen (Hrsg.), *Seminar: Geschichte und Theorie. Umriss einer Historik*, Frankfurt 1976, 118-137; siehe weiter Dreitzel, *Theorielose Geschichte und ge-*

Historiker Soziologe<sup>29</sup> oder Gedächtnisforscher<sup>30</sup>, ein Zeithistoriker Erinnerungsarbeiter<sup>31</sup>, ein Historiker Rechtshistoriker<sup>32</sup> und ein Jurist Historiker, Zeithistoriker<sup>33</sup> und Rechts(geschichts)politiker.<sup>34</sup> Wie kann man sich nun aus juristischer Sicht dem Problem der Mehrschichtigkeit von Rechtsbegriffen nähern? Sind methodische Anleihen bei anderen Disziplinen erlaubt? Dies ist positiv zu beantworten im Hinblick auf die grundsätzliche Kollisionslage von Wissenschaftsdisziplinen in ihrem jeweiligen Welterklärungsanspruch. Sie ist methodisch wie institutionell von der Problematik geprägt, einer sich nur schwerfällig über sich selbst Rechenschaft gebenden Selbstbetrachtung geschuldeten Abgrenzung zwischen einmal festgelegten Wissenschaftsdisziplinen verhaftet zu sein.<sup>35</sup> Die entscheidende Frage ist die nach einer angemessenen Anwendung von Forschungsergebnissen anderer Disziplinen auf die eigene. Die hier zu stellende Frage lautet also (ganz einfach), *wie wir im Recht Vergangenheit vergegenwärtigen*. Dass wir dies auf die eine oder andere Art tun, ist untrennbar mit der Tatsache verbunden, dass unsere juristischen Begriffe durch die Zeit reisen, in manchen Fällen nicht besonders, in anderen (StGB, BGB etc.) geradezu erstaunlich lange. Begriffe in Kodifikationen und solche in juristischer Auslegung und Argumentation transportieren Übereinkünfte, Diskussionsanfänge wie -endpunkte und Zauberformeln, sodass ihr Gebrauch *“im vorliegenden Fall”*, so die Kurzschlussformel, mit der die juristische Argumentation auf den konkreten, einst sozialen, aber jetzt schon verrechtlicht-entfremdeten Sachverhalt<sup>36</sup> an-

---

schichtslose Soziologie, in: Wehler (Hrsg.), *Geschichte und Soziologie*, Königstein 1984, 37-52; siehe auch N.Elias, ebda., 53-77, 55: “In der Geschichtsschreibung bestimmen die außerwissenschaftlichen Gruppierungen, die Parteien und Ideale, mit denen sich der einzelne Forscher in seiner eigenen Gesellschaft identifiziert, zu einem erheblichen Teil, was er an den Geschichtsquellen ins Licht hebt, was er im Schatten läßt und wie er ihren Zusammenhang sieht.”

- 28 Siehe etwa Hayden White, *Metahistory. Die historische Einbildungskraft im 19. Jahrhundert in Europa*, Frankfurt 1991.
- 29 Siehe etwa Tocqueville, *Souvenirs*; siehe auch die Nachweise oben in Fussnote 27.
- 30 Siehe etwa J.Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis*, oben Fn. 22; Yerushalmi, *Zachor: Erinnere Dich!*, Berlin 1988; Novick, *The Holocaust in American Life*, Boston/New York 1999.
- 31 Siehe etwa Reichel, *Vergangenheitsbewältigung in Deutschland*, München 2001; A.Assmann / U.Frevert, *Geschichtsvergessenheit - Geschichtsversessenheit. Vom Umgang mit deutschen Vergangenheiten nach 1945*, Stuttgart 1999); L.Niethammer, *Beschädigte Gerechtigkeit*, in: Zumbansen (Hrsg.), *Zwangsarbeit im Dritten Reich: Erinnerung und Verantwortung/NS-Forced Labor: Remembrance and Responsibility. Juristische und zeithistorische Betrachtungen - Legal and Historical Observations*, Baden-Baden 2002, 247-258; vgl. schon N.Frei, *Vergangenheitspolitik*, München 1996.
- 32 Siehe *Koselleck*, *Geschichte, Recht und Gerechtigkeit* (1986), in: ders., *Zeitschichten*, Frankfurt 2000, 336-358.
- 33 Siehe etwa S.Blanke, in: Zumbansen (Hrsg.), *Zwangsarbeit im Dritten Reich*, oben Fn. 31, 259-276.
- 34 Siehe die Studien von Schlink, *Vergangenheitsbewältigung und Recht*, Frankfurt 2002, siehe dazu die Anmerkungen von *Cornelia Vismann*, in: *ANNUAL OF GERMAN & EUROPEAN LAW* Vol. 1 (2003) - *AGEL* (hrsg. v. R.Miller/P.Zumbansen, Oxford/New York, *im Erscheinen*); siehe auch die sehr schöne Studie von Bors, *Le Droit, sa mémoire et son histoire*, in: *Université de Nice-Sophia Antipolis (Hrsg.), Le Temps et le Droit. Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit, Nice 2000, Nizza 2002, 247-255*, der durch den Nachweis der im Anwendungsgeschäft zutage tretenden ‘A-Historizität’ des Gedächtnisses des Rechts die Bedeutung einer Vergegenwärtigung der historischen, politisch-teleologischen Motivationen des Gesetzgebers hervorhebt.
- 35 Stichweh, *Differenzierung der Wissenschaft*, oben Fn. 27, 18 f., 20 f.
- 36 Teubner/Zumbansen, *Rechtsverfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21 (2000), 189-215

gewendet wird, immer schon vor diesem Hintergrund stattfindet. So ist die eben aufgeworfene Frage umzuformulieren und nach dem Zusammenhang zwischen dem Vergangenheitsbezug im Recht im Unterschied zu der davon zu unterscheidenden, sozialen Gedächtnisarbeit zu fragen. Wie sich gleich zeigen wird, ist aber schon diese Zuschreibung der Gedächtnisarbeit an das Kollektiv der Gesellschaft selbst fraglich. In der Darstellung der Theorie Maurice Halbwachs' durch Jan Assmann wird deutlich, wie wichtig es einerseits ist, zwischen 'Gedächtniskunst' und 'Erinnerungskultur' zu unterscheiden, andererseits aber zu klären, dass, auch wenn ein Kollektiv selbst im strengen Sinne kein 'Gedächtnis' hat, dennoch in dem Sinne von einem *kollektiven Gedächtnis* gesprochen werden kann, dass Kollektive das Gedächtnis ihrer Glieder bestimmen, es mit anderen Worten kein 'unsozialisiertes Gedächtnis' gibt. Dass diese Rahmenbedingungen des Erinnerns als Herstellung des Vergangenheitsbezugs eine entscheidende Rolle für die unten genauer zu betrachtende 'Geschichte juristischer Begriffe' spielen, soll hier nur angedeutet werden. Die Wirkungsmächtigkeit einzelner Begriffe, die entweder im juristischen System scheinbar auto-poietisch, d.h. ‚selbst bildend‘ erzeugt werden (Bsp. Privatautonomie)<sup>37</sup> oder, in dieses eingeführt, eine folgenschwere Wirkung entfalten („Staat“; „Gesellschaft“)<sup>38</sup>, läßt eine Einbeziehung der historischen Rahmenbedingungen in die juristische Begriffsbildung und -verwendung sicherlich als Desiderat erscheinen.

## 2. Die Gedächtnisarbeit des Einzelnen und die Erinnerungskultur der Gesellschaft

„Was der Raum für die Gedächtniskunst, ist die Zeit für die Erinnerungskultur.“<sup>39</sup>

Jan Assmann stellt in seiner Arbeit über das ‚kulturelle Gedächtnis‘<sup>40</sup> drei Themen heraus, in deren Umkreisung er den Zusammenhang zwischen der Tätigkeit der Erinnerung und dem Vermögen des Gedächtnisses näher beleuchten möchte. Dabei handelt es sich bei ‚Erinnerung‘ um die Herstellung eines Vergangenheitsbezugs, bei ‚Identität‘ um die politische Imagination und bei der ‚kulturellen Kontinuierung‘ um Traditionsbildung.<sup>41</sup>

---

37 Siehe die Studie von Hofer, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen 2001, in der der beeindruckende Nachweis geführt wird, dass die Rechtswissenschaft des aus juristischer Sicht regelmäßig als liberal, staatsfrei und unreguliert, ja ‚rein‘ charakterisierten Privatrechts des 19. Jahrhunderts sogar ohne den Begriff der Privatautonomie ausgekommen sei.

38 Vgl. Möllers, *Staat als Argument*, München 2001; Zumbansen, *Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat. Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag*, Baden-Baden 2000; das ist freilich etwas anderes als die Inanspruchnahme von Geschichtstheorie für zeitgenössische Politikkritik: P.Kirchhof, Die Zukunftsvergessenheit unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung, *NJW* 2002, 3677.

39 J.Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis*, oben Fn. 22, 31

40 J.Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis*, oben Fn. 22

41 J.Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis*, oben Fn. 22, 16; Assmann knüpft dafür, wie andere, in starkem Maße an die Arbeiten von Maurice Halbwachs an, siehe insbesondere: M. Halbwachs, *La mémoire collective*, oben Fn. 25; s. a. P. Burke, *Eleganz und Haltung*, Berlin 1997, 63-84; P. Novick, *Holocaust in American Life*, oben Fn. 30, etwa 3-6; dagegen N. Finkelstein, *The Holocaust-Industry*, London/New York 2000, 5: „Currently all the rage in the ivory tower, ‚memory‘ is surely the most impoverished concept to come down the academic pike in a long time.“ Finkelstein spricht weiter

Nach Assmann bildet jede Kultur eine konnektive Struktur aus, die verknüpfend und verbindend wirkt, sowohl in der sozialen und der temporalen, der Zeitdimension. Sie bindet den Menschen an den Mitmenschen dadurch, dass sie einen gemeinsamen Erfahrungs-, Erwartungs- und Handlungsraum bildet, der durch seine bindende und verbindliche Kraft Vertrauen und Orientierung, und damit eine "symbolische Sinnwelt" schafft.<sup>42</sup> Dabei ist die 'Wiederholung' zentral für die Ausbildung dieser Konnektivität.<sup>43</sup> Dies alles gehört zum kollektiven Moment, zur Erinnerungskultur einer Gesellschaft, die Assmann unterscheidet von der Gedächtniskunst, deren Anfänge er dem griechischen Dichter Simonides zuschreibt und für die er bei Cicero die folgende Beschreibung findet, wonach das Prinzip der sogenannten Mnemotechnik darin bestehe, "bestimmte Orte auszuwählen und von den Dingen, die man im Bewußtsein behalten will, geistige Bilder herzustellen und sie an die bewußten Orte zu heften. So wird die Reihenfolge dieser Orte die Anordnung des Stoffs bewahren, das Bild der Dinge aber die Dinge selbst bezeichnen."<sup>44</sup> Gedächtniskunst betrifft die Fertigkeit des Einzelnen zur Rekonstruktion *seiner* Vergangenheit, Erinnerungskultur bezieht sich auf eine Gruppe, für die sie durch die bewußt gehaltene Frage "Was dürfen wir nicht vergessen?" eine Identität und ein Selbstverständnis bestimmt. Assmann schreibt weiter: "...wie die Gedächtniskunst zum Lernen, so gehört die Erinnerungskultur zum Planen und Hoffen, d.h. zur Ausbildung sozialer Sinn- und Zeithorizonte."<sup>45</sup> Wenn es wahr ist, wie Assmann behauptet, dass Vergangenheit erst dadurch entsteht, dass man sich auf sie bezieht, so liegt es nahe, für die hier im Zentrum stehende Parallelisierung von Geschichte und Rechtsgeschichte im Sinne wechselseitiger Befruchtung, Anregung und Irritation zu fragen, ob dies auch in der Rechtsgeschichte der Fall ist. Mit anderen Worten: Recht, dem im Prozess von Wissenschaftskollisionen in der Art der Prozess gemacht wird, dass es sich selbst gegenüber Welterklärungs- und Politikrechtfertigungsversuchen zu situieren gezwungen wird<sup>46</sup>, muss zu sich selbst und zu seiner Geschichte

---

von einem „obligatory nod to Maurice Halbwachs“, freilich ohne sich mit diesem weiter auseinanderzusetzen. Das wird besonders daran deutlich, dass er offenbar davon ausgeht, einen grundsätzlich anderen Zugang zu wählen, indem er von seinem „personal“ interest „in the Nazi Holocaust“ spricht, was allerdings nicht unvereinbar mit Halbwachs' Ansicht ist.

- 42 J.Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis*, oben Fn. 22, 16, unter Verweis auf „Berger/Luckmann“. Vgl. entsprechend Berger/Luckmann, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit* (1966), Frankfurt 1999, etwa 102 f., 103: „Die symbolische Sinnwelt ist als die Matrix *aller* gesellschaftlich objektivierten und subjektiv wirklichen Sinnhaftigkeit zu verstehen. Die ganze Geschichte der Gesellschaft und das ganze Leben des Einzelnen sind Ereignisse *innerhalb* dieser Sinnwelt.“
- 43 J.Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis*, oben Fn. 22, 17, mit dem Hinweis auf Riten, die „diesen Doppelaspekt der Wiederholung und der Vergegenwärtigung“ in sich vereinen. Zu dieser Bedeutung für das Gedächtnis [,memory'] (im Unterschied zur ‚Geschichte‘ [,historiography']), siehe Y.H. Yerushalmi, *Zakhor*, zitiert nach dem amerikanischen Original (Seattle 1982), 94 f.; siehe auch A.Assmann, *Arbeit am nationalen Gedächtnis*, oben Fn. 17, 52 zur Bedeutung des Datums des 18. Juni für das kulturelle Gedächtnis.
- 44 J.Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis*, oben Fn. 22, 29, unter Verweis auf Cicero, *De Oratore* II 86, 351-354.
- 45 Ebda., 31.
- 46 Wiethölter, Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?, in: Honneth u.a. (Hrsg.), *Zwischenbetrachtungen. Im Prozeß der Aufklärung (FS Habermas)*, 1989, 794-812, insb. 797: „Durch die Rechtstheorie-Rivalen werden ‚fundamentalistische‘ Tiefenstrukturen von ‚Recht‘ betroffen - von Angst und Sorge einerseits, von Zuversicht und Vertrauen andererseits -, zu den man erst vorstieße, wenn es so etwas gäbe wie Maßstäbe, Foren und Verfahren gleichsam für ‚rechtliche‘ Geschichts-Urteile und für geschichtliche ‚Rechtssurteile‘.“

ein Verhältnis gewinnen: „Für eine Wahrnehmung von Recht als Recht geht es um ein Verhältnis von Recht zu seiner ‚Geschichte‘ (natürlich auch in je verwirklichten ‚Gesellschaften‘) wie zur jeweils zeitgenössischen ‚Gesellschaft‘ (wiederum: und ihrer Geschichte).“<sup>47</sup>

Die Erinnerungskultur bindet das Gestern ans Heute, indem sie die prägenden Erfahrungen und Erinnerungen formt und gegenwärtig hält und in einen fortschreitenden Gegenwartshorizont Bilder und Geschichten in einer anderen Zeit einschließt und dadurch Hoffnung und Erinnerung stiftet.<sup>48</sup> Reinhart Koselleck hat dies für die Idee der Gerechtigkeit sehr ähnlich beschrieben. Für ihn ‚imprägnieren‘ Gerechtigkeitseinstellungen die Geschichtsschreibung und damit das, was für Geschichte („wie es wirklich war“) gehalten wird. Allerdings bleiben diese Gerechtigkeitseinstellungen immer weniger als Geschichte, weil sie diese nicht abschließend rechtfertigen können.<sup>49</sup> Für Koselleck eröffnet sich für Allgemein- wie Rechtshistoriker ein fruchtbares Zwischenreich für interdisziplinäre Forschung: während die Historie seit ihren systematischen Anfängen bei Herodot mit Gerechtigkeitseinstellungen operiert habe<sup>50</sup>, müsse sich die Rechtshistorie ihrem Selbstverständnis nach (als „Geschichte *des Rechts*“) auf ihr proprium, also auf das Recht selbst, einlassen. Deren Einladung zu einem Zwiegespräch folgt der Historiker (*Koselleck*) wie einst der Philosoph (*Voltaire*) der Einladung des Staatsführers (*Friedrich II*): „G.a.“<sup>51</sup> Sie müsse sich auf das Recht einlassen, indem sie sich der besonderen Temporalstruktur des Rechts bewusst bleibt, ohne dabei den Einfluss der Rechtsumwelt auf das Recht aus den Augen zu verlieren. Der Rechtshistoriker wird so der das Recht charakterisierenden ‚wiederholten Anwendbarkeit‘ nachforschen müssen und dabei die entgegenlaufende Einmaligkeit juristischer Ereignisse (Kodifikationen, Revolutionen, Interpretationen<sup>52</sup>) als Gegenstände politischer Geschichte im Auge behalten müssen.<sup>53</sup>

„Recht ist, um Recht zu sein, auf seine wiederholte Anwendbarkeit angewiesen. Dazu ist ein Maximum an Formalität erforderlich, an fallübergreifender Regelmäßigkeit. Die Dauerhaftigkeit, wie befristet im empirischen Fall auch immer, also die relative Dauerhaftigkeit, gesichert durch Verfahrensregeln, ermöglicht die Subsumtion der Einzelfälle unter Satzung und Gesetz. Um es überspitzt zu sagen: Die Ausschlußverhandlungen, die zum BGB geführt haben, gehören als Ereignisfolge zur politischen Geschichte. Hier wurde verhandelt und gehandelt, um durch Gesetzgebung Recht zu stiften. Der Erlaß und die

---

47 Wiethölter, Rechtsstaatliche Demokratie und Streitkultur, *Kritische Justiz* 21 (1988), 403-409, 407.

48 J.Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis*, oben Fn. 22.

49 Koselleck, *Geschichte, Recht und Gerechtigkeit* (1986), in: ders., *Zeitschichten*, Frankfurt 2000, 336-358, 348: „Es gibt geschichtliche Erfahrungen, die sich im Zuge der Zeit anreichern, widerlegt oder erweitert haben, die allesamt nur deshalb gemacht werden konnten, weil die einzelnen Geschichten mit Deutungsmustern einer möglichen Gerechtigkeit imprägniert bleiben. Gerechtigkeit, wie immer sie historisch begriffen und variiert wurde, ist eine notwendige, freilich nicht hinreichende Bedingung zu erfahren, was Geschichte sei.“

50 Koselleck, *Geschichte, Recht und Gerechtigkeit*, oben Fn. 49, 338-341; s.a. Collingwood, *The Idea of History* (1946), fotomechanischer Neudruck: Oxford 1948, 25-30.

51 „J’ai grand a-petit“. Friedrichs Einladung lautete: p/voulez à ci/sans (*Voulez-vous souper à Sanssouci?*).

52 Wiethölter, Rechtsstaatliche Demokratie und Streitkultur, oben Fn. 47, 403: „...die abhängige Unabhängigkeit des Rechts wie der Juristen von ‘Quellen’ in den Begründungsleistungen (‘Interpretationen’), also die Margen von gehörigem Ungehorsam und ungehörigem Gehorsam...“

53 Koselleck, *Geschichte, Recht und Gerechtigkeit*, oben Fn. 49, 352.

Verkündung des BGB ist auch als rechtlicher Akt Teil der politischen Geschichte, diachron einmalig zu verorten. Die Geschichte des Rechts hat aber eine andere temporale Struktur. Sowohl die Rechtssätze, die überkommen, übernommen, verwandelt oder neu formuliert werden, beanspruchen als Rechtssätze dauerhafte Anwendbarkeit wie natürlich die einmal erlassenen Gesetze, die 1900 in Kraft treten.<sup>54</sup>

Allerdings sind die Gefahren des Zurecht- und Wegschneidens („wessen Hände?“) der produktiven Irritationskeime der Selbstvergewisserung beträchtlich. Die im Rechtsdiskurs entwickelten und vermarkteten Welterklärungsformeln müssen erst immer wieder als Überfrachtungen und an das Recht herangetragene, verfremdete Hoffnungsformeln erkannt werden. „Daß die Linke um Arbeitszeit, die Rechte um Freizeit kämpfe (B.Engholm), ist noch kein geflügeltes Wort.“<sup>55</sup> „Strukturelle Imparität“<sup>56</sup> auch noch nicht.

### 3. Über Methode spricht man nicht

Natürlich ist schon der methodische Zugang zum Kern des Rechts *als Recht* das Problem. Ungeachtet spöttischer Zurufe von Sprachwissenschaftlern und Psychologen vollzieht sich, tagein, tagaus, das Interpretationsgeschäft, ob die Begriffe nun passen oder nicht. Interdisziplinarität in Form einer wohlgemeinten Einladung zur Erweiterung der professionellen Perspektive um die Sichtweisen in den ‚Nachbarwissenschaften‘ ist schon lange ein umstrittenes Thema und, wie der Blick auf zeitgenössische Ausbildungscurriculae oder auf Konferenzen als Beispiele ‚gelebter‘ Interdisziplinarität zeigt, alles andere als erfolgreich.<sup>57</sup> ‚Rechtsfortbildung‘ könnte in der Tat eine Spiegelung, im Sinne Josef Essers<sup>58</sup>, des gesellschaftlichen Bewußtseins der als ‚naturgegebenen‘ Ordnungsvorstellungen in der Dogmatik und juristischer Begrifflichkeit sein. Aber gerade dort, wo Kosellecks Beobachtung der Notwendigkeit ‚wiederholter Anwendbarkeit‘ zutrifft, offenbart sich auch die Beschränktheit der rechtsinternen Rekonstruktion sozialer Wirklichkeit.<sup>59</sup> Esser legt den Finger in die Wunde:

„Die Aktualisierung des Gesetzes durch neue dogmatische Vorstellungen ist eine Notwendigkeit angesichts seines aktuellen Geltungsanspruchs, der sich nur mit Hilfe eines ihn ausfüllenden dogmatischen Systems durchsetzen kann. Die Identität des Rechtssystems wird gerade durch kontinuierliche Entwicklung der Systemstrukturen gewahrt, deren

---

54 Ebd.

55 Wiethölter, Rechtsstaatliche Demokratie und Streitkultur, oben Fn. 47, 407.

56 BVerfGE 81, 214, 241.

57 Siehe etwa den Vortrag Kosellecks auf einer von Helmut Quaritsch einberufenen Tagung zur Verfassungsgeschichte und die bemerkenswerte, anschließende Diskussion: *Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung*, in: *Gegenstand und Begriff der Verfassungsgeschichtsschreibung* (Redaktion: Helmut Quaritsch), Berlin 1983, 7-21; siehe auch die dringende Aufforderung an die Rechtsgeschichte, den Blick offenzuhalten: Koselleck, Geschichte, Recht und Gerechtigkeit, oben Fn. 49, 355: „Dann zeigt sich, dass die Rechtsgeschichte ohne politische, soziale oder Wirtschaftsgeschichte, ohne Religions- oder Sprach – und Literaturgeschichte usw. gar nicht auskommt.“

58 J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1970), Frankfurt 1972, 97 f.

59 Siehe hierzu Wiethölter, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1988), 1-28; Teubner/Zumbansen, Rechtsentfremdungen: Über den gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21 (2000), 189-215, 205-6.

aktuelle rationes im Nachhinein als Axiome begriffen werden, d.h. als Grundaussagen, von denen her die Einzelaussagen mitbestimmt sind. Eine solche Auffassung erlaubt dann die Vorstellung, daß selbst gewandelte Erkenntnisse noch im Sinne demonstrativer Axiomatik aus dem sogenannten Systemzusammenhang gefolgert werden.“<sup>60</sup>

Festzuhalten bleibt, dass die Einbettung des Rechts und seiner Geschichte in die allgemeine Geschichte jedenfalls nicht nahelegt, die Bemühungen aufzugeben, dieser Impregnerung der Dogmatik durch außerjuristische, systemspezifische An- und Herausforderungen nachzugehen. „Recht hat sich für alle Welt radikal auf Selbstbestimmtheit hin ‚emanzipiert‘ und ist gleichwohl auf nichts so verwiesen wie auf Externalität, Normativität, Strukturierung...“<sup>61</sup> Auch für Koselleck vollzieht sich dieser Prozess, der allenthalben komplexer ist als herkömmliche Vorstellungen von einer ‚Öffnung‘ des Rechts es glauben machen, nicht als Einbahnstraße. Vielmehr geht es um das Aushalten der auf Wiederholbarkeit angelegten Rechtsstruktur auf der einen und der ansonsten auch eruptiv und irritativ sich vollziehenden Entfaltung der sonstigen Geschichte.<sup>62</sup>

Auch für das Recht gilt somit, was Jan Assmann auf seiner Suche nach dem Zusammenhang zwischen individuellem und Kollektivgedächtnis findet, dass nämlich von Vergangenheit nur das bleibe, was die Gesellschaft in jeder Epoche mit ihrem jeweiligen Bezugsrahmen rekonstruieren kann.<sup>63</sup> Das Gedächtnis verfährt (also) rekonstruktiv. Doch wird die Vergangenheit ständig von sich wandelnden Bezugsrahmen her reorganisiert. „Das Gedächtnis rekonstruiert nicht nur die Vergangenheit, es organisiert auch die Erfahrung der Gegenwart und Zukunft.“<sup>64</sup> Und in den Worten Kosellecks:

„Die Ausmessung des Bedeutungsraumes jedes der verwendeten zentralen Begriffe zeugt also von einer gegenwartsbezogenen, polemischen Pointe, von einer planerischen Zukunftskomponente, und von dauerhaften aus der Vergangenheit herrührenden Elementen der Sozialverfassung, deren spezifische Zuordnung den Sinn dieses Satzes freigibt. In der temporalen Ausfächerung der Semantik liegt schon die geschichtliche Aussagekraft beschlossen.“<sup>65</sup>

#### **4. Privatrechtskonzepte, oder: Hoffnungen und Horizonte**

In Rechtsdiskursen, sei es im öffentlichen Recht oder im Privatrecht, bleibt das an der Trennung zwischen Staat und Gesellschaft festhaltende Denken bestimmend, und die aus ihm folgenden Charakterisierungen von Akteuren und Instrumenten vor dem jeweiligen Horizont sorgen für eine Entfaltung und Weiterentwicklung der herangezogenen

---

60 *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, oben Fn. 58, 98-9.

61 *Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschaftsrechts, *in diesem Band* (Ms. S. 8).

62 *Koselleck*, Geschichte, Recht und Gerechtigkeit, oben Fn. 49, 356: „...rechtliche Innovationen, die sich unter den Pressionen der Industrialisierung ergeben haben und die sich unter dem Zwang wachsender globaler und ökologischer Abhängigkeiten noch ergeben werden, können nur rechtliche Qualität gewinnen, wenn sie wiederholbare Strukturen formieren helfen. Das gilt für Verwaltungsakte und Richtsprüche im gleichen Maße wie für Gesetze als solche und für internationale Vereinbarungen.“ Siehe aber auch die juristischen Reaktionen auf den 11. September, vgl. z. B. die Analysen in 2 *German Law Journal* No. 16 (1 October 2002), und in 3 *German Law Journal* No. 9 (1 September 2002), alles abrufbar unter [http://www.germanlawjournal.com/past\\_issues\\_archive.php](http://www.germanlawjournal.com/past_issues_archive.php).

63 *Jan Assmann*, Das kulturelle Gedächtnis, oben Fn. 22, 40.

64 *Jan Assmann*, Das kulturelle Gedächtnis, oben Fn. 22, 41.

65 *Koselleck*, Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte, oben Fn. 20, 111 f.

Begriffe auf gewohnten Bahnen.<sup>66</sup> Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass die Begriffsgeschichte richterlicher Rechtsanwendung den Eindruck von Gradlinigkeit und Fundiertheit vermittelt. Trotz unabweislicher drastischer Veränderungen politischer und wirtschaftlicher Verhältnisse ‚überleben‘ bestimmte Rechtskategorien als dogmatische Begriffe nicht nur den Zeitenwandel, sondern sie vermögen das Recht auch in diesem Zusammenhang zu stabilisieren und auf Dauer zu stellen, also genau die oben von Koselleck beschriebene Zeitlosigkeit, m.a.W. Geschichtslosigkeit rechtlicher Kategorien, zu garantieren.<sup>67</sup> Solange allerdings diese besondere Leistung des Rechts nicht verstanden wird als unausgeglichener Balanceakt zwischen Rechtsstruktur und allgemeiner Ereignisgeschichte, wird sich - über kurz oder lang - eine Kluft auftun zwischen Begriffs- und Sozialgeschichte mit der Folge, dass sich Recht in immer weiterer Entfernung von einer nicht einmal mehr als Problem wahrgenommenen sozialen Wirklichkeit fortentwickelt.<sup>68</sup> So entsteht der Eindruck, als seien dogmatische Begriffe in fundierter und gesicherter Weise für die Rechtsanwendung verfügbar, und selbst rechtsinterne Fortentwicklungen - etwa Causa- und Fahrlässigkeitskonzepte - werden, wenn ihr außerjuristischer ‚Ursprung‘ auch irgendwann einmal noch im Bewußtsein stand, als folgerichtige Ausdifferenzierungen des Rechtssystems verstanden. Diese schleichende Veränderung des Rechtssystems gelangt immer wieder dann an Haltestellen, wenn die Unangemessenheit der eigenen Kategorien nur zu augenfällig wird.<sup>69</sup>

Gert Brüggemeier hebt die ‚Unfertigkeit‘ eines (freilich erst noch zu schaffenden oder anzuerkennenden) Rechts der Wirtschaft gegenüber der ‚Fertigkeit‘ des bürgerli-

---

66 Siehe dazu auch Ladeur, Gesetzesinterpretation, "Richterrecht" und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 77 (1991), 176-194, 176: „Die über den Staat erfolgende Selbstbeschreibung des Staates als Einheit basiert auf der Distinktion von Staat und Gesellschaft und der Wiedereinführung dieser Differenz in das Rechtssystem. Der als Einheit gedachte Staat setzt das positive Recht einer Gesellschaft, die sich mit Hilfe eines Gleichgewichtsmodells als ‚Gesellschaft der Individuen‘, also als bestehend aus einzelnen Komponenten und ihren (Re-) Kombinationsregeln beschreibt.“ Siehe ebenso Habermas, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., *Die postnationale Konstellation*, 1998, 91-169, 91 f., 97 ff. Wiethölter, Anforderungen an den Juristen heute, oben Fn. 2, 14. „Weder im Namen von ewigen Ideen noch im Namen Gottes noch im Namen irgendeines Tatmenschen ist ein einziger Traum wahr geworden, eine Hoffnung erfüllt worden.“

67 Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953; s. die Rekonstruktion von Sozialmodellen als rechtsinterne Abbildungen und Adaptionen gesellschaftlicher Verhältnisse bei Wielsch, *Freiheit und Funktion*, Baden-Baden 2001, 116-150 (Vorstufen im 19. Jahrhundert: Savigny u. Jhering), 150-222 (von Freirechtsschule über Sozialideale und Sozialmodelle zu ‚lernenden‘ Sozialmodellen).

68 Wielsch, *Freiheit und Funktion*, oben Fn. 67, 202: „Nun verfängt sich im normativen Sicherungsnetz, das die ordoliberalen Rechtstheorie über die Selbstmodifikationen (der Wirtschaft) der Gesellschaft auswirft, aber offenbar mehr an zukünftigen Möglichkeiten, als einer demokratischen Gesellschaft lieb sein kann, in der das Projekt der Freiheit und Gleichheit ein dauerhaft unabgeschlossenes ist und entsprechend eine permanente Re-Definition individueller Freiheitsräume verlangt. Über dem Ausleuchten der – sicherlich vorhandenen – Gefahren, die mit der Orientierung an einem aus der je aktuellen (Rechts-)Wirklichkeit herauspräparierten Sozialmodell (Wieacker) verbunden sind, bleibt im Schatten, daß die Gesellschaft in und mit diesen sich ändernden Wirklichkeiten immer wieder neue soziale Visionen erprobt.“

69 Vgl. etwa die bahnbrechende Entscheidung zum Vertragsabschlussrecht und zum Erklärungsbeußtsein in BGHZ 91, 324.

chen Formalrechts hervor<sup>70</sup> und unterstreicht damit wirkungsvoll die das Privatrecht seit jeher kennzeichnende Ambivalenz.<sup>71</sup> Diese Kennzeichnung ist dazu geeignet, die in der Privatrechtstheorie herrschenden Einheits- und Reinheitsvorstellungen kritisch zu hinterfragen und sie eventuell auch zu überwinden, wenn es nicht so wäre, dass ähnliche Gegenüberstellungen weiterhin system- und doktrinenbildend sind.<sup>72</sup> Begriffe wie Willensfreiheit und Autonomie finden auch unter extremsten Umständen einen Platz in einem so weiten System, welches schlechthin als juristisches Pendant gesamtgesellschaftlicher Verhältnisse stilisiert wird. Allerdings wird mit der Privatautonomie derart paternalistisch umgegangen, dass am Ende nicht mehr viel von ihr übrig ist.<sup>73</sup> Das ändert sich erst, wenn die privatrechtlich verstandene Privatautonomie - explizit im Sinne von Sondergesetzgebung<sup>74</sup> und stillschweigend im Sinne einer Umstellung von Verboten mit Erlaubnisvorbehalten auf Erlaubnisse mit Verbotsvorbehalten<sup>75</sup> - aus einer wirtschaftsrechtlichen Perspektive aufgewertet, man könnte auch sagen, zum Leben erweckt, wird.

Die ‚Erschaftsantritte‘ fallen aber so wenig leicht wie die Erblasten schwer wiegen: im Einklang mit der dualistischen Trennung von Staat und Gesellschaft wird dem bürgerlichen Privatrecht von Beginn an jeder Anspruch auf die Erfüllung auch *öffentlicher* Aufgaben abgesprochen,<sup>76</sup> im Moment seiner „Entstaatlichung“ liegt seine sprich-

---

70 G. Brüggemeier, Gesellschaftliche Recht-Fertigung und Dekodifikation. Das Beispiel der privatrechtlichen Organisations-/Unternehmenshaftung, *in diesem Band* (Ms. S. 3)

71 Siehe die Beiträge in: Assmann/Brüggemeier/Joerges/Hart (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein 1980.

72 Siehe etwa K.W. Nörr, *Die Leiden des Privatrechts*, Tübingen 1994; vgl. dazu Wiethölter, Art. Wirtschaftsrecht, oben Fn. 8, 531: „Wirtschaftsrecht ist ein zauberisches Paradoxon: Es überfordert den Juristen wie das Recht und wird doch von beiden beherrscht. (...) Die [zu seiner Kennzeichnung benutzten Formeln, P.Z.] Formeln geben keinen Halt, kein Ziel, kein Maß, keine Informationen. Alle Versuche, Wirtschaftsrecht als abgrenzbares Rechtsgebiet oder als spezifische Methode zu etablieren, sind gescheitert.“

73 Ob damit aber die Kritiker der sog. Bürgschaftsrechtsprechung doch noch Recht behalten sollen, ist nicht ausgemacht: vgl. etwa Kl. Adomeit, Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild, *NJW* 1994, 2467-2469; D. Medicus, *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?*, Köln 1996; Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, *AcP* 196 (1996), 1-36; siehe dagegen Zumbansen, Public Values, Private Contracts and the Colliding Worlds of Family and Market, in: *Feminist Legal Studies* 1/2003, *im Erscheinen*.

74 Siehe hierzu Wiethölter, Vom besonderen Allgemeinprivatrecht zum allgemeinen Sonderprivatrecht?, in: *Anales de la Catedra F. Suarez*, Granada 1982, 125-166; vgl. hingegen die Debatte zwischen Dreher, Der Verbraucher - Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, *JZ* 1997, 167-178, und N.Reich, Das Phantom „Verbraucherrecht“ - Erosion oder Evolution des Privatrechts?, *JZ* 1997, 609-610.

75 Wiethölter: „Zulassungen von Entscheidungsfreiheiten unter Kontrollen“, in: *Recht-Fertigungen eines Gesellschaftsrechts*, Ms. Frankfurt 2001, 5; siehe etwa die Entwicklung des Konzern(haftungs)rechts: hierzu umfassend B. Friedrich, *Konvergenzen im Gesellschaftsrecht*, Frankfurt 2000, 136 ff.

76 Zumbansen, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat, oben Fn. 38, 270 ff.; dass sich auch Rückgriffe auf das (allgemeine) Gesetz zur Demarkation öffentlicher und privater Sphären nur dann eignen, wenn man sich der jeweils stattfindenden Entfaltung wechselseitiger öffentlicher und privater Dimensionen bewußt bleibt, argumentiert jetzt Ladeur, Was kann das Konzept der „Prozeduralisierung“ zum Vorbehalt des Gesetzes und zur Rechtsfortbildung beitragen, *in diesem Band* (Ms. S. , 2). Damit wird der Dualismus ‚The Man and the State‘ relativiert, aufgehoben, denn die öffentliche Abhängigkeit von privatem Wissen läßt im Ergebnis ein hierarchisches Modell zwischen Staat und

wörtliche Privatisierung.<sup>77</sup> Für eine Wahrnehmung gemeinwohlverpflichteter Aufgaben innerhalb dieses Privatrechts ist freilich kein Raum, wodurch sich das Mißverständnis hinsichtlich des formalen Privatrechts fortschreibt.<sup>78</sup> Indem Privatrecht allein als Austauschrecht gleichberechtigter und autonomer, vor allem individueller Wirtschaftsakteure verstanden wird, drohen weder seine Überformungen durch das öffentliche Recht noch seine vielfältigen Materialisierungen und Politisierungen zur Kenntnis genommen zu werden,<sup>79</sup> und wenn, dann nur als Mißbildungen und „Verletzungen“ eines ursprünglich vermeintlich gesunden Privatrechts<sup>80</sup>, welches freilich in jener dort gemeinten, politische Legitimation schaffenden Form nur bei Kant existierte.<sup>81</sup> Für die Ausbildung eines angemessen sensiblen und lernfähigen Wirtschaftsrechts, mit dem sich Fragen des internationalen Vertrags-<sup>82</sup> und Haftungsrechts<sup>83</sup>, des Unternehmensrechts<sup>84</sup> sowie solche zweifellos in das öffentliche Recht reichende Fragen nach Kooperation und Finanzierung entwicklungspolitischer Infrastruktur beantworten ließen, scheint hier bereits das Aus gekommen zu sein.<sup>85</sup> „Wer für das Wirtschaftsrecht präzise Aufschlüsse über die in den Rechtsdefinitionen verborgenen beiden Hauptbeteiligten ‘Wirtschaft’ und ‘Staat’ sucht, landet in Nebelformeln...“<sup>86</sup>

---

Gesellschaft nurmehr als inadequat erscheinen. Vgl. dazu auch Ladeur, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Tübingen 2000, 106 ff.

- 77 Joerges, Das Rechtssystem der transnationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, *ZHR* 138 (1974), 549-568, 562: „Die Kette der Ausblendungen beginnt mit der Vorstellung der betroffenen Probleme als ausschließlich privater Streitfragen.“
- 78 Siehe Brüggemeier, Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, in: Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein 1980, 41: „Das Paradoxon, mit dem es bürgerliches Privatrecht in Deutschland zu tun hat, ist, daß es zwar in der hier explizierten Weise den Begriff der bürgerlichen Gesellschaft voraussetzt, diesem Begriff aber nie ein reales soziales Substrat entsprochen hat.“; siehe weiter K.W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen*, Tübingen 1988; ders., *Die Leiden des Privatrechts*, Tübingen 1994; vgl. Wiethölter, Art. Bürgerliches Recht, in: Görnitz (Hrsg.), *Handlexikon der Rechtswissenschaft*, Darmstadt 1972, 572f.
- 79 Kl. Günther, „Ohne weiteres und ganz automatisch“?, in: *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), 473-500; J. Habermas, *Faktizität und Geltung*; Zumbansen, *Ordnungsmuster*, 209 ff.
- 80 Nörr, *Die Leiden des Privatrechts*, oben Fn. 78.
- 81 Siehe hierzu I. Maus, Freiheitsrechte und Volkssouveränität. Zu Jürgen Habermas' Rekonstruktion eines Systems der Rechte, *Rechtstheorie* 26 (1995), 507-562.
- 82 Vgl. etwa H. Kötz/A. Flessner, *Europäisches Vertragsrecht (I)*, Tübingen 1996; O.Lando/H.Beale (eds.), *The Principles of European Contract Law*, Dordrecht 1995.
- 83 Chr. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, München 1996; vgl. jetzt auch Jan von Hein, *Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Deliktsrecht*, Tübingen 1999; G. Spindler, Market Processes, Standardization, and Tort Law, in: *European Law Journal* 4 (1998), 314-336, 317: „The fundamental hypothesis underlying the substitution of legal norms by private standards is that we can leave much of the juridification task to market forces as markets tend to harmonise standards in an efficient manner. The democratic control of the sovereign by parliament is replaced by markets that select efficient private standards and eliminate ‚bad‘ ones.“
- 84 Siehe hierzu jüngst St. Rammeloo, *Corporations in Private International Law*, Oxford 2001.
- 85 Joerges, Rechtssystem, oben Fn. 77, 563 f.
- 86 Wiethölter, Art. Wirtschaftsrecht, oben Fn. 8, 531.

## 5. Same old songs: Erblasten eines (auch transnationalen) Wirtschaftsrechts

“Die Diversität staatlicher Rechtsordnungen, gepaart mit der Territorialität des Rechts, bewirkt, dass die rechtlichen Verhältnisse im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr von Normierungslücken, Normkollisionen und Vollzugsdefiziten geprägt sind, und zwar in einem Ausmaß, wie wir es bei Binnentransaktionen nicht kennen.”<sup>87</sup>

Trotz der vielfach geäußerten Euphorie für die neuen Betätigungsfelder eines die Grenzen des Nationalstaates vermeintlich hinter sich lassenden, unabhängigen und nicht mehr von nationalstaatlichen Provinzialitäten und Gerichtsbarkeiten gegängelten Privatrechts sind die aktuellen Entfaltungsmöglichkeiten noch sehr im tradierten Begriffs- und Methodenhimmel limitiert. Die im nationalstaatlichen Rechtsdiskurs vorgefundenen Zu- und Festschreibungen - “Privatrecht”, “Öffentliches Recht”, “Wirtschaftsrecht” - wiederholen sich hier. Damit droht, einmal mehr, die Möglichkeit verpasst zu werden, unter dem Staat-Gesellschaft-Himmel wegzutauchen, um (Rechts)begriffe aus den gesellschaftlichen Praktiken und Kontexten heraus anzudenken, wenn auch unter radikaler Inkaufnahme sich damit ungebremst stellender Partizipations- und Legitimationsfragen. Ebenso wie die Zukunft verfassungsrechtlicher Bürgerschafts- und anderer ‚strukturelle Imparitäts‘-Rechtsprechung nicht in der Zurückdrängung oder dem Erlauben staatlicher Schutzeingriffe zu sehen ist, sondern im Zulassen gesellschaftlicher Selbstorganisation, eingerichtet und ausgeübt unter Bedingungen der Supervision und Schutzimpfung,<sup>88</sup> ist mit Blick auf die in unserem Recht kolportierte Hoffnung auf eine demokratische Gesellschaft die Perspektive zu vertauschen:

“A liberal constitution has to accept that the public interest can only have a derivative secondary character and it values the negative character of individual rights not because it protects egotism but because it is adapted to conditions of uncertainty reigning after the breakdown of tradition. This implies a high respect for the problems of *search* and the limited accessibility of knowledge by public authorities. The defence of a concept of the State as based on the idea of equilibration and balancing of interests was so characteristic of the old "*Obrigkeitsstaat*". To regard the use of Freedom of Contract as a renunciation of constitutional freedom turns the relationship between the State and society upside down.”<sup>89</sup>

Dabei ist die historische Entstehung unserer Rechtsstaatlichkeit nicht von der systeminternen Ausbildung des Rechts im Rechts-, Sozial- und späten Wohlfahrtsstaat zu trennen. Allein, es kommt darauf an, sich dieser Bedingtheiten bewußt zu werden, wenn sich - ob in Stuttgart<sup>90</sup> oder Karlsruhe<sup>91</sup> - immer wieder zwischen zwei unscheinbaren Aktendeckeln unzählbare Legitimationsforderungen für ein sich nur widerwillig über

---

87 Schmidtchen, *Lex mercatoria*, oben Fn. 13, 7.

88 Wiethölter, *Fortbildungsrecht*, Fn. 59, 27 f.

89 K.-H.Ladeur, *Review of M.Bäuerle Vertragsfreiheit und Grundgesetz (Baden-Baden 2000) und M.Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (Tübingen 2001)*, in: 1 *ANNUAL OF GERMAN & EUROPEAN LAW - AGEL* (hrsg. von R.Miller/P.Zumbansen, Oxford/New York 2003, *im Erscheinen*).

90 Vgl. OLG Stuttgart, *WM* 1988, 450.

91 Vgl. BVerfGE 81, 242; 89, 214; 103, 89; BVerfG *NJW* 2001, 2248.

sich selbst Rechenschaft gebendes Verfassungsrecht den Weg zu bahnen suchen. Die Aufgabe bleibt dabei, nicht in eine, letztendlich fatal apolitische, Autonomieeuphorie zu verfallen und jegliche soziale Selbstorganisation als normsetzende, gesellschaftliche Tätigkeit zu reklamieren. Wo das transnationale Wirtschaftsrecht von Kreuz- und Glaubensrittern der *lex mercatoria*-Debatte zum Selbstorganisationsrecht der Wirtschaft ohne staatliche Bevormundung stilisiert wird, werden doch die Vergesslichkeiten solcher Konzeptualisierung mehr als deutlich: in den manchmal nicht mehr als anekdotische war-stories daher kommenden Berichten über das transnationale Recht ebenso wie in vielen, rein abstrakten Idealisierungen dezentraler, weltgesellschaftlicher Selbstorganisation sind nicht einmal mehr entfernt Ansätze eines Bewußtseins über eine politische Auseinandersetzung über Staat und Gesellschaft erkennbar. Somit droht die Lerngeschichte des Wirtschaftsrechts, zu deren Stolper- und Meilensteinen neben dem Kartell- und Wettbewerbsrecht eben auch das Arbeits-, Sozial- und Verbraucherrecht zählen, quasi *en passant* abgebrochen zu werden.

„Nicht, als Beispiele, die vertragliche Lieferung von X gegen Lieferung Y, nicht die Gründung einer juristischen Person in A oder B usw., sondern, z.B., der Aufbau von Eigenproduktionsanlagen in der Rechtsform X unter graduellen Umsetzungen der Kapitalbeteiligung, partieller Belieferung mit technologischem know-how, Anlernen landeseigener Führungskräfte, einzugehenden Abnahmeverpflichtungen, flankierenden Sicherheitsverträgen, staatlichen Subventionen, internationalen Abkommen – solche Serien von Programmen bestimmen eine globale *Organisation* von Zwecken und Mitteln, bei der alle betroffenen Interessen gerade ihrer prozesspolitisch, nicht inhaltsrechtlich festgelegten Vergemeinschaftung wegen je ihr *suum* finden. Im Kern sind Transformationsprozesse von Kontrakt-Programmen zu Organisations- und Verfahrensprogrammen betroffen.“<sup>92</sup>

Aus dieser Perspektive fände etwa das Vertragsrecht (des IPR) Anschluss an wirtschaftsrechtliche Suchbewegungen innerhalb einer durch den strukturellen Wandel von industrieller und postindustrieller Produktion veränderten Marktwirklichkeit, für die es angesichts des Verschwindens ordoliberalen Vertrauens in die staatlichen Rahmenbedingungen und die mit der Zurückdrängung des wohlfahrtsstaatlichen Gesamtgewährleistungsanspruchs verbundene Erschöpfung utopischer Energien<sup>93</sup> tatsächlich immer mehr um die eigene Konstitutionalisierung geht. Die traditionelle Sicht auf das privatrechtliche Vertragsrecht würde unter dem Stichwort der Konstitutionalisierung durch eine genauere und umfassendere Zurkenntnisnahme der Vertragswirklichkeit ersetzt. So zielt der Versuch der Ernstnahme des Rechts *als Recht*, aber eben nach dem Durchgang durch diese Lernerfahrungen, auf die Überwindung der Bifurkationen im Sinne einer Befreiung nicht zu Lasten einer Seite, sondern zur Entfaltung des gesellschaftlichen Potentials selber: im diesem Sinne könnte das auf Erfahrung beruhende und sich in Erinnerung immer wieder mit ihr auseinandersetzen Recht jenseits von an Staat und Gesellschaft orientierten Einheitsvorstellungen, sondern vielmehr anhand von an Eröffnungsspielräumen und Verfahrensregeln ausgerichteten Modellversuchen abgebildet werden.<sup>94</sup> Um das gesellschaftliche Potential zur Selbstgesetzgebung als Versprechen des bürgerlichen (Privat-)Rechts realisieren zu können, muss das Rechtssystem offen

---

92 Wiethölter, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, oben Fn. 16, 260.

93 Habermas, Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien, in: Habermas, *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt 1985, 141 ff.

94 Siehe dazu z.B. D. Becker, Recht-Fertigung im Internet. Beobachtungen zur Bewältigung von Modernisierungsschüben, *in diesem Band*.

gehalten werden für die Hereinnahme konfligierender Wertungen und Standards, freilich ohne hierbei auf ein geschlossenes Wertesystem zurückgreifen zu können. „Prozeduralisierung spielt nicht Materialität gegen Formalität (oder vice versa) aus. Sie ist nicht Fortsetzung tradierter Form-Inhalt-Bestimmungen, sondern Wiederaufnahme von Materialisierungs-Bestimmungen und ihrer Form-Bestimmbarkeiten. Sie hat nicht ein anderes Recht vor Augen, 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.“<sup>95</sup>

Schließlich scheint es in der Diskussion um Staatenwelt, Weltstaat oder Weltgesellschaft, um die staatliche Qualität der EU oder die demokratische Natur der Welthandelsorganisation „um letzte Fragen des Staatsgefühls“ zu gehen.<sup>96</sup> Auf den ersten Blick drängt sich daher eine Beschreibungsformel wie „Staat und Gesellschaft“ zur Verarbeitung globalisierter Regelungsverhältnisse nicht gerade auf. Denn abgesehen davon, dass jenseits des Nationalstaates die politische Architektur auf neue Grundlagen gestellt werden soll,<sup>97</sup> ist es unmöglich, die unterschiedlichen Akteure auf der globalen Bühne und die von ihnen gesetzten Normen und Regeln eindeutig einer *privaten* oder einer *öffentlichen* Sphäre zuzuordnen. In dieser kategorial schwer zu fassenden Entgrenzung von Handlungsmöglichkeiten liegt andererseits eine ungeahnte Anzahl von Differenzierungs- und neuen Identifikationsmöglichkeiten.<sup>98</sup> Hier sollten uns die bisherigen Erfahrungen mit den Schwierigkeiten, das Recht ständig für neue Regelungsbedürfnisse offen zu halten, dafür sensibilisiert haben, statt auf programmgesteuerte Implementation auf *lernfähige Experimente* zu setzen.<sup>99</sup> So könnte etwa das Recht der *lex mercatoria* begriffen werden als dezentral sich organisierendes Recht der Wirtschaft, wobei diese „Wirtschaft“ nicht angemessen beschrieben werden kann durch die staatlichen wirtschaftspolitischen Setzungen „hier“ und die in den Transaktionen laut werdenden Regelungsansprüche „dort“. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich beide genauso wie in den nationalstaatlichen „Privatrechtsgesellschaften“ auf nicht entwirrbare Weise ineinander verschränken. Statt also die Geburt eines neuen und qualifikativ anderen Rechts zu be-

---

95 Wiethölter, *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, in *diesem Band* (Ms. S. 10).

96 Großmann-Doerth, *JW* 1929, 3447, zit. bei Berger, *Die schleichende Kodifikation der lex mercatoria*, 1996, 26 Fn. 110.

97 Siehe etwa J.N. Rosenau u. E.-O. Czempel (eds.), *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge 1992; Rosenau, *Along the Domestic-Foreign Frontier - Exploring Governance in a Turbulent World*, Cambridge 1997; kritisch auch zu solchen „Auswegen“ Saskia Sassen, *Globalization and Its Discontents*, New York 1998.

98 Siehe hierzu etwa Chr. Engel, *A Constitutional Framework for Private Governance*, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe *Recht der Gemeinschaftsgüter*, Bonn 2001/4.

99 Hierzu in erster Linie Ladeur, *Postmoderne Rechtstheorie*, Berlin 1992; ders., *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft*, Berlin 1995; ders., *Negative Freiheitsrechte* (oben Fn. 76); in diesem Sinne auch Spindler, *Market Processes*, oben Fn. 83, 317: „The fundamental hypothesis underlying the substitution of legal norms by private standards is that we can leave much of the juridification task to market forces as markets tend to harmonise standards in an efficient manner. The democratic control of the sovereign by parliament is replaced by markets that select efficient private standards and eliminate ‚bad‘ ones.“; siehe, ebda., 332 f. zur Konfrontation von Information und Standards der Industrie mit solchen privater Verbraucherorganisationen und Standardisierungsorganisationen mit dem Effekt der ständigen Überprüfung des vorhandenen Sachverstands. Hiermit kommt auch dem Staat (bzw. der EU) eine ganz neue Rolle zu: „[D]eregulation in favor of private governance is perfect in the sense that the state limits its activity to the setting of an indispensable framework of rules.“ (Ebda., 333)

schwören, wäre vielmehr daran zu denken, die vielfältigen Erscheinungsformen der transnationalen Akteure und ihrer Regelungen<sup>100</sup> aus der Perspektive eines ständig *lernenden, prozeduralisierten Rechts* zu beobachten, welches auf die Entfaltung von Autonomie durch Ausbildung von Teilbereichsstandards und angemessenen sensiblen Kontextregelungen zu reagieren vermag.<sup>101</sup>

Während sich das Rechtssystem also als ganzes auf eine azentrische und wechseltend verlaufende Ausdifferenzierung gesellschaftlicher Aktivität einstellen muss<sup>102</sup>, ist diese epistemologische Einstellung um eine geschichtliche zu ergänzen. Oben haben wir einen Zusammenhang zwischen Recht und Geschichte als Einbettung des Rechts in zwei Geschichten beschrieben, der *rechtsintern* praktiziert wird als ‚Recht-Fertigung‘ und Erinnerung. In Ermangelung eines archimedischen Beobachtungspunktes – weder rechtsintern noch –extern – müssen wir demnach eintreten in einen Prozeß der Inbezugsetzung, in dessen Verlauf wir mit den vergangenen Erwartungen und Hoffnungen ebenso konfrontiert werden wie mit den damaligen Niederlagen und Enttäuschungen. In diesem Moment erscheint uns die damalige Gegenwart als vergangene Zukunft. Die Vorstellung von der Gegenwart als vergangener Zukunft beinhaltet die Vorstellung der Umschließung von Gegenwart und Vergangenheit in einem gemeinsamen geschichtlichen Horizont. Vor diesem Hintergrund wird die Vergangenheit aber zeitenlos und damit zeitgenössisch. Sie wird somit in die Gegenwart versetzt, aber die damalige intentionale Beschreibung von Gegenwart und Zukunft gibt erst jetzt, nach ihrer *Vergangenheit*, und das heißt nun aus zeitlichem Abstand, Auskunft über die (damalige) Gegenwart und Zukunft. Für das Verständnis der Gegenwart ergeben sich also aus der verzeitlichten Anschauung der *vergangenen Zukunft* Einsichten in die Formen der Kreditaufnahme in der Zukunft. Die Aussichten auf das Morgen werden in die Beschreibung der

---

100 Siehe etwa die Beiträge in: R. Appelbaum/W. Felstiner/V. Gessner (eds.), *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions* (Oxford: Hart 2001), 73-99; s. a. G.-P. Calliess, *Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System*, in: 2 *German Law Journal* No. 17 (1 November 2001), unter: [http://www.germanlawjournal.com/past\\_issues.php?id=109](http://www.germanlawjournal.com/past_issues.php?id=109).

101 Aus dieser Sicht würde es nicht mehr um die holzschnittartige Unterscheidung der *lex mercatoria* von nationalstaatlichem Recht gehen, sondern um eine bessere Kommunikation zwischen transnationalem Wirtschaftsrecht und den innerhalb des Nationalstaates entwickelten materialisierten Standards; siehe hierzu Joerges, *Vorüberlegungen* (oben Fn. 7), 26; zu den Grundlagen der Anknüpfung von Prozeduralisierung an Materialisierung vgl. Wiethölter, *Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht*, Ms., Florenz 1982; auf englisch in: Gunther Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, New York 1986, 221-249; ders., *Proceduralization of the Category of Law*, in: Joerges/Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden 1989, 501-510; s. auch Teubner, *Reflexives Recht*, ARSP 1982, 13-59; Ladeur, *Postmoderne Rechtstheorie* (oben Fn. 99); ders., *Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft* (oben Fn. 99); ders., *Negative Freiheitsrechte* (oben Fn. 76); jüngst Günther/Randeria, *Recht, Kultur und Gesellschaft*, Werner-Reimers-Stiftung 2001, 25 mit Verweis auf David Kennedy, *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance*, in: *Utah L. Rev.* 545 (1997); vgl. auch R. Cooter, *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, in: 144 *Univ. Pa. L. Rev.* 1643-1696 (1996).

102 Vgl. dazu auch Ladeur, *Der "Eigenwert" des Rechts - Die Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft und die relationale Rationalität des Rechts*, in: Christian J. Meier-Schatz (Hrsg.), *Die Zukunft des Rechts*, St. Gallen 1998, 31-56, 39 f.

Gegenwart aufgenommen und dienen so der Rechtfertigung und Stabilisierung der hier und jetzt verteidigten Ordnung.<sup>103</sup>

Viele der liebgewonnenen und die (Rechts)ordnung konstituierenden Rechtskategorien entstammen einem semantischen Kontext, der in einer post-modernen Gesellschaft von Rollenzuschreibungen, Verkehrskreiskennzeichnungen und Funktionalisierungen nicht mehr geeignet ist, adäquate Anknüpfungspunkte für moderne Vorstellungen universaler Gerechtigkeiten zur Verfügung zu stellen. Der Kantische Prinzipienhimmel ist im Zuge radikaler Ent-Individualisierungen auf den Boden gefallen, und die zeitgenössischen Rettungsversuche durch civil society, Subsidiarität und Kommunitarismus sind Zeugnisse eines zum Scheitern verurteilten Unternehmens, die Stellung des Menschen im post-metaphysischen Kosmos neu zu bestimmen, ohne auch gleichzeitig die Veränderungen wirtschaftlicher, politischer, sozialer und kultureller Systeme zu berücksichtigen. Entsprechend ist der Blick auf das in Europa weiterhin wirkungsmächtige Staat-Gesellschaft-Modell und die an dieses geknüpften politischen Hoffnungen zu richten. So gestaltet sich die Suche nach einer angemessenen Beschreibungsformel heutiger Gesellschaften als Übung, bisherige *Lernerfahrungen* revue passieren zu lassen. Vor dem dabei entstehenden Hintergrund der Entstehung des Staates und seiner Transformationen zu dem heutigen, komplexen Institutionengefüge unter ständigem Legitimationsdruck seitens seines sich immer weiter ausdifferenzierenden Souveräns, des 'Volkes', werden nicht nur herkömmliche Grenzziehungen zwischen öffentlich und privat zweifelhaft. Vielmehr wird ein Gesellschaftsbild erkennbar, welches im tiefsten Maße von einer besonderen Qualität der Dezentralität, des Fragmentarischen und der Unbestimmtheit geprägt ist.<sup>104</sup> Damit hat sich auch die Rolle des Staates verändert: Steuerung der Gesellschaft durch Recht kann danach nicht mehr ohne weiteres in der eingriffs- und schutzorientierten Weise gedacht werden, wie dies für die Genese des Interventions- und Wohlfahrtsstaats charakteristisch gewesen ist. Vielmehr verfängt sich rechtliche Steuerung in *technischer* Hinsicht in komplexen Informationsasymmetrien und Anwendungsschwierigkeiten, während es von *politischer* Warte aus zum Spielball entgegengesetzter Vorstellungen von *social engineering* und gesellschaftlicher Selbstorganisation durch Wettbewerb wird.<sup>105</sup> Die gegenwärtigen Legitimationsprobleme der nicht nur in Berlin diskutierten Arbeitsmarkt- und Wirtschaftspolitik belegen dieses Dilemma eindrucklich. Wie aber steht es um das Volk, die Bürger, die *Gesellschaft*, die mit Jürgen Habermas als Ergebnis allein der Subtraktion (einer Unbekannten) vom Staat selbst beschrieben werden könnte?<sup>106</sup> Nicht ein in den USA bekannter, autonomer Begriff von Gesellschaft als Sinnbild der Legitimationsbegründung "von unten her", sondern ein

---

103 Grundlegend hierzu Koselleck, *Vergangene Zukunft der frühen Neuzeit*, in: Hans Barion/Ernst-Wolfgang Böckenförde/Ernst Forsthoff/Werner Weber (Hrsg.), *Epirrhosis. Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*, Berlin 1968, Bd. 2, 549-566 (hier zitiert nach: Koselleck, *Vergangene Zukunft*, Frankfurt 1979, 17-37), 18; vgl. auch Zumbansen, *Spiegelungen von Staat und Gesellschaft*, in: Anderheiden/Huster/Kirste (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts*, ARSP Beiheft 79, Stuttgart 2001, 13-40, 17.

104 Ladeur, *Negative Freiheitsrechte*, oben Fn. 76, 11: „Die Einheit der hierarchisch gestifteten Ordnung wird durch eine polykontexturale relationale Logik der funktional differenzierten Kodierungen des Rechts, der Wirtschaft, der Politik etc. transformiert...“.

105 Siehe hierzu auch die klaren Ausführungen bei Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht*, Baden-Baden 2002, Kap.II.

106 Habermas, Habermas, *Postnationale Konstellation und Zukunft der Demokratie*, Postnationale Konstellation, 92 f.

Denken aus der Sicht des Staates ist prägend für das Selbstverständnis unserer Gesellschaft geworden. Im Schock einer willentlich schnell vernebelten, jüngsten Vergangenheit Deutschlands kommt es nach dem Krieg zu einer Renaissance von Prinzipientreue und Naturrechtsdenken. Gleichzeitig wird das Vakuum einer vom NS-Staat vereinnahmten und unter seiner Anleitung vielfach kartellierten Gesellschaft durch Experimente mit Sozialphilosophien westlicher Provenienz zu füllen versucht. Kennzeichnend hierfür sind die in Deutschland etwa nach dem Krieg vertretenen Pluralismus-Modelle, die von einem wieder neu zu schaffenden, noch fragilen Vertrauen in die Selbstordnungskräfte einer demokratischen Gesellschaft unter gelegentlicher Zuhilfenahme staatlicher Unterstützung und Korrektur getragen wurden.<sup>107</sup> Konzertierte Aktionen, die Wieder-Etablierung eines starken Gewerkschaftswesens als Experiment des domestizierten Klassenkampfes und die engen Verflechtungen von Staat und Wirtschaft beim Wiederaufbau des Landes, aber auch gesellschaftspolitische Auseinandersetzungen über weiter tätige NS-Funktionäre, Terrorismus und Sicherheitsgesetzgebung bis hin zu zeitgenössischen Diskussionen über Grenzen erlaubter Werbung ("Benetton") oder über die staatliche Anerkennung von religiösen Sekten ("Zeugen Jehovas") müssen - in paradoxer Verbindung - als Meilen- und Stolpersteine auf dem Weg zu einer demokratischen Gesellschaft und ihres Rechts angesehen werden. Die in der europäischen Verfassungsdiskussion zu beobachtende Renaissance des *Öffentlichen* als Chiffre einer stärkeren Demokratisierung ereignet sich genau vor dem Hintergrund dieser Ernüchterungen. Weil die angemessenen Beschreibungen sozialer Kommunikation nur noch aus den gesellschaftlichen Kontexten selbst zu gewinnen sind, und zu diesen gehören immer die sie umgebenden, historisch gewachsenen Strukturen nationalstaatlich ausgeprägter Institutionen, richtet sich das verfassungsschaffende Interesse in Brüssel und Straßburg auf *Vergleichen, Zuhören, Lernen*.<sup>108</sup> Statt um Hoffnungen auf eine übergreifende, allgemein verbindliche Verfassung für ein europäisches Volk geht es zunehmend um die Rahmenstrukturen einer grenzüberschreitenden, integrierenden Streitkultur.<sup>109</sup> Unter

---

107 Siehe Ernst Fraenkel, *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie*, Vortrag auf dem 45. Deutschen Juristentag, München 1964, B 1-29; U.K.Preuß, *Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen dargestellt am Beispiel kultureller Einrichtungen*, Stuttgart 1969; zum Korporatismus vgl. Grimm, *Verbände und Verfassung*, in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt 1991, 2. Aufl. 1994, 241-265; R.G.Heinze, *Neokorporatistische Strategien in Politikarenen und die Herausforderung durch neue Konfliktpotentiale*, in: Ulrich von Alemann (Hrsg.), *Neokorporatismus*, Frankfurt, New York 1981, 137-157; *Kl. von Beyme*, *Der Neokorporatismus - Neuer Wein in alte Schläuche?*, in: *Geschichte und Gesellschaft* 10 (1984), 211-233; R.Czada, *Konjunktoren des Korporatismus: Zur Geschichte eines Paradigmenwechsels in der Verbändeforschung*, in: Wolfgang Streeck (Hrsg.), *Staat und Verbände*, PVS-Sonderheft 25, Opladen 1994, 37-64.

108 Siehe Scott, *The Culture of Constitution Making? 'Listening' at the Convention on the Future of Europe*, in: *3 German Law Journal* No.9 (1 September 2002), available at: [http://www.germanlawjournal.com/past\\_issues.php?id=193](http://www.germanlawjournal.com/past_issues.php?id=193); vgl. auch Wilkinson, *Postnationalism, (Dis)organised civil society and Democracy in the European Union: Is Constitutionalism Part of the Solution or Part of the Problem?*, in: *3 German Law Journal* No. 9 (1 September 2002), available at: [http://www.germanlawjournal.com/past\\_issues.php?id=192](http://www.germanlawjournal.com/past_issues.php?id=192).

109 Siehe Frankenberg, *The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism*, in: *6 European Law Journal* 2000, 257 ff.; ders., *Why care? - The trouble with social rights*, *Cardozo Law Review* 17 (1996), 1365-1390; Grimm, *Does Europe need a Constitution?*, in: *1 European Law Journal* 1995, 282 ff.; Habermas, *Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe need a Constitution?'*, ebda., 303 ff.; vgl. weiter die Beiträge in: Bruha/Hesse/Nowak (Hrsg.), *Welche Verfassung für welches Europa?*, Baden-Baden 2001.

anderem diese Bemühungen um eine demokratische Streitkultur, ausgestattet mit rechtlichen Garantien von Meinungs-, Presse- und Kunstfreiheit, bereiten den Nährboden für eine gesellschaftliche Auseinandersetzung um Wirtschafts- und Sozialpolitik<sup>110</sup>, aber auch um die europäische Integration. Damit diese nicht nur als zuweilen noch heftig umstrittene Ost-Erweiterung thematisierbar bleibt, sondern auch mit gleichem Recht für die Beitrittskandidaten als *West-Erweiterung* und damit, für uns alle, als *Chance* verstanden werden kann, kommt es darauf an, den betroffenen Hoffnungen, Erwartungen, aber auch Ängsten und Befürchtungen Raum zu geben.

### III. Profession, Professionalisierung und Professoren

„Die Logik des Justizsyllogismus ist das dogmatische System als Standeskunst.“<sup>111</sup>

„Eine ausschließlich dogmatisch operierende Rechtswissenschaft ist einer sehr spezifischen Verbeugung ihres Horizonts ausgesetzt. Wer sich auf die Suche nach Regelungslücken be gibt, geht von der Idee eines konsistenten Systems aus, das wiederum die Vorstellung nahe legt, daß die Rechtsordnung – zumal im Privatrecht und zumindest in ihrem Kren – auf einem Gefüge von Grundsätzen und Einrichtungen beruht, die so stabil sind, daß sie gefahrlos als vorgegeben behandelt werden dürfen.“<sup>112</sup>

„Aus den Details kommt man nicht wieder zu den Globalaussagen zurück. Es entsteht eine Art Pedanterie des Genauerwissens, die alles, was behauptet wird, zersetzen, alles Wissen in Nichtwissen auflösen kann.“<sup>113</sup>

Mit dem Dualismus von Staat und Gesellschaft korrespondiert nach Rudolf Wiethölter (und etwa Ludwig Raiser) der die deutsche Rechtswissenschaft prägende Fokus auf das Paar von Rechtsschutz und Institutionenschutz. Darüber hinaus zu gehen wäre durch die Anknüpfung an und die Herausforderung von Semantiken der ‚Klagebefugnis‘. Dass eine weitere Hinzufügung zur Extremfall-Begründungskunst des Bundesverfassungsgerichts<sup>114</sup> nicht weiter führt, also keine verbindlichen Klageeröffnungswege sichert, zeigt

---

110 Wiethölter, Rechtsstaatliche Demokratie und Streitkultur, oben Fn. 47, 404, der die hier von mir nur grob gekennzeichnete Differenz zwischen juristischer Innen- und Außenwelt so beschreibt: „...geschichtlich-gesellschaftliche ‘Wirklichkeiten’ in der einen Hand, gegeben-aufgegebene ‘Legitimationen’ in der anderen; nur: Hände wessen?“

111 Wiethölter, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, oben Fn. 16, 237

112 Kübler, Rechtsbildung durch Gesetzgebungswettbewerb? Überlegungen zur Angleichung und Entwicklung des Gesellschaftsrechts in der Europäischen Gemeinschaft, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft [KritV]* (1994), 79-89, 79

113 Luhmann, Ideengeschichte in soziologischer Perspektive, in: Joachim Matthes (Hrsg.), *Lebenswelt und soziale Probleme. Verhandlungen des deutschen Soziologentages zu Bremen 1980*, Frankfurt/New York 1981, 49-61, 49

114 Siehe etwa Diederichsen, Zöllner u.a., oben Fn. 7 und 73.

sich an der bekannten Rechtsprechungskette der Handelsvertreter-, Bürgschafts- und Ehevertragsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Der Standard als solcher muss einer sensiblen Analyse unter Beteiligung der Beteiligten geöffnet werden. Was nützt der Abwägungszauber, wenn er zum einen neun Jahre nach Vorlage geschieht und zum anderen in eine Extremfall-Sonder- und Einzelfall-Mathematik führt, wie besonders an den beiden Ehevertragsentscheidungen aus dem Jahre 2001 deutlich wird?<sup>115</sup> Die Folie, auf der nach Wiethölter der Weg weg vom materiellen Rechtsmaßstab (Substanz) hin zu einer erst jetzt kommenden, also nicht ‚erst‘ formalen (und dann materialen bzw. materialisierten), Ebene der Zulässigkeit führen soll, ist gestaltet von Entmythologisierungen, Ausdifferenzierungen und Autonomien.<sup>116</sup> Das bestimmende bleibt die prozeduralistische Sicht, die wegen der Ernstnahme des eigenen Erkenntnis- und Entscheidungsverfahrens versucht, in der Hoffnung auf Gerechtigkeit der Versuchung zu entgehen, direkt auf das Ziel zuzusteuern, so wie es beispielsweise von Cardozo beschrieben wurde.<sup>117</sup>

## 1. Die Bildung der Juristen

„...man müßte ausdrücklich auf Verdienste fremder Nationen hinüberweisen, weil man das Buch ja auch für Kinder bestimmt, die man besonders jetzt frühzeitig auf die Verdienste fremder Nationen aufmerksam zu machen hat.“<sup>118</sup>

"Die Informationswelt, in der wir heute alle, willig oder unwillig gezogen werden, ist keine Orientierungswelt, auch wenn in rationalen Kulturen jede Orientierungswelt (zunehmend) Elemente eines Informationswissens enthalten muss."<sup>119</sup>

Zum Schluss die Anknüpfung der Theorie an die Praxis, der Bildung an die *Bildung*, wobei letztere auch die Juristenausbildung umfasst. Dabei gilt es, einmal mehr, nach den Grundlagen einerseits der Informationen zu fragen, die im Studium vermittelt werden und die die ausgebildeten Juristinnen und Juristen in theoretischer und praktischer Weise erkennen und verinnerlichen sollen, zum anderen aber nach der Orientierungsleistung, die gegenüber und gemeinsam mit den Studenten in der Universität erbracht wird.<sup>120</sup> Die Forderung nach einer Einphasenausbildung, nach einer Ausbildung

---

115 Siehe noch einmal BVerfGE 103, 89; BVerfG NJW 2001, 2248.

116 Wiethölter, Recht-Fertigungen eines Gesellschaftsrechts, in *diesem Band* (Ms. S. 4 f.)

117 Cardozo, *Judicial Process*, oben Fn. 19.

118 Goethe, Sämtliche Werke in 18 Bänden, Bd. 14: Schriften zur Literatur, Zürich/München 1977, 460-473, 462, zit. bei A.Assmann, *Arbeit am nationalen Gedächtnis*, oben Fn. 22, 91. Das Goethe-Zitat entstammt seinen Ausführungen zu dem von F.J.Niethammer 1808 vorgeschlagenen Projekt eines ‚nationalen Buchs‘: siehe dazu A.Assmann, ebda., 34 ff.

119 Siehe J.Mittelstraß, Bildung und ethische Maße, in: Nelson Killius/Jürgen Kluge/Linda Reisch (Hrsg.), *Die Zukunft der Bildung*, Frankfurt 2002, 151-172, 154.

120 Wiethölter, Arbeit und Bildung, oben Fn. 17, 371 f.

also, die nicht die Praxis in Form des Referendariats an die Theorie in Form des Universitätsstudiums anschließt, und die vor zwei Jahren auf dem Juristentag und der Justizministerkonferenz in Form einer praxisintegrierten universitären Juristenausbildung zur Debatte gestellt wurde, wirft eine Reihe nicht leicht beantwortbarer Fragen auf. Diese betreffen in erster Linie das Selbstverständnis der universitären Ausbildung und eine saubere Beweisführung bei der Anführung vermeintlicher Notwendigkeiten für die Reform.<sup>121</sup>

Bisher wird auf die Reparatur des Schiffes auf hoher See gesetzt: jüngste Nachrichten von früh ansetzenden, praxisorientierten und mit abgeschichtetem Prüfungsaufbau agierenden Studienprogrammen – jedes Fach wird am Ende eines Semesters mit einer Klausur abgeschlossen, und die im Studium gesammelten Punkte werden zum Abschlussnotendurchschnitt zusammengerechnet – setzen die Ingenieure der deutschen Juristenausbildung vermeintlich unter erheblichen Druck. Dazu kommt die Schreckensmeldung, dass die deutschen Absolventen um so vieles älter seien als ihre Mitbewerber auf dem internationalen Anwaltsmarkt. Es hat sich bei näherem Hinsehen gezeigt, dass dies nicht regelmäßig der Fall ist, und es wird sich angesichts der mittlerweile üblichen Kurzbiographie eines juristischen Studiums mit Freiversuchsexamen noch einmal relativieren. Ob dann aber auch noch im Ausland das bislang positive Bild von einem als sehr qualifiziert angesehenen Assessor weiter besteht, dürfte zweifelhaft sein.

Gerade der Vergleich mit den USA hinkt: dort schließt sich zwar an ein dreijähriges Jurastudium eine lediglich zwei Monate dauernde Paukphase und der Abschluss des Anwaltsexamens an. Dem Jurastudium ist aber ein vierjähriges Universitätsstudium in Physik, Literatur, Geschichte oder einem anderen Fach vorausgegangen. Nach vier Jahren Wiedergutmachung der High School-Versäumnisse scheint der junge Geist nun empfänglich zu sein für das kritische Studium von Straf- und Unternehmensrecht. Die geringen Studentenzahlen an den amerikanischen Jurafakultäten tragen zu einem intensiveren Austausch zwischen Studenten und Lehrkräften bei, die Veranstaltungen werden vom Professor gehalten, der seine Studenten in ein sokratisch genanntes Lehrgespräch verwickelt, auf das man sich ordentlich vorbereitet, will man eine ordentliche Blamage vor den Kommilitonen vermeiden.

In Deutschland erreicht der Professor die Studenten nur per Mikrofon, und die Studenten erreichen den Professor gar nicht, schon gar nicht in seinem Büro. Macht nichts, weil sie ihn oft nicht einmal dem Namen nach kennen. Dass die Veranstaltungen überfüllt sind, macht auch nichts, weil weder die Studenten noch der Professor die riesigen Veranstaltungen mögen und sie deshalb eher in einer Mischung aus Resignation und Zynismus ertragen. Und seitdem der Repetitor schon im ersten Semester mit Rat und Tat, Skripten und Erfrischungsgetränken und sogar einer sich geistreich "Life & Law" nennenden Zeitschrift zur Seite steht, zieht man seinen Stiefel an der Uni, will sagen die Scheine, so schnell wie möglich durch, und dann kommt man einfach nicht mehr. Dies alles steht freilich in furchterregendem Kontrast zu der sonstigen Auseinandersetzung über Bildung, Universität, Forschung und Lehre.<sup>122</sup> Hier findet, zum wieder-

---

121 Siehe hier jüngst Hans Peter Bull, Von der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Fachhochschule für Rechtskunde, in: *JZ* 2002, 977 ff.

122 Siehe etwa das Plädoyer Stichwehs für die Ersetzung von "Lehre und Forschung" durch den kooperativen Wissenserwerbungsprozess von ProfessorIn und StudentIn im Rahmen von "Lernen und Forschung", R.Stichweh, Die Einheit von Lehre und Forschung, in: ders., *Wissenschaft, Universität, Professionen*, Frankfurt 1994, 228-245, 239 ff.; vgl. auch: Killius u.a., oben Fn. 117, 7-8: "Wer heu-

holten Male, auch jetzt wieder eine umfassendere Diskussion über die Möglichkeiten und Chancen der Wissensvermittlung in einer post-modernen Gesellschaft statt, und die Analyse des paradoxen Verlusts von 'Wissen' in einer auf der Stufe der Informationsgesellschaft stehengebliebenen Entwicklung hin zur Wissensgesellschaft sollte Juristen und -ausbildungsreformer aufmerken lassen. Die Modernisierung von Universität, Studium und Ausbildung durch 'Erneuerung' und 'Informationstechnologie' lassen endgültig die Tatsache in Vergessenheit geraten, dass Suchen und Fragen erst ausgebildet werden muss und dass das bediene Bedienen einer Suchmaschine ebensowenig wie die Memorierung von Tatsachen und Fakten 'Wissen' vermittelt, Orientierung schafft.<sup>123</sup>

Zurück nach Amerika und der dortigen Ausbildung der Juristen im Rahmen des *Juris Doctor*-Studiiums an den juristischen Fakultäten. Wo die sokratische Methode die Gefahr einer Verwässerung von Strukturen bei der Wissensvermittlung birgt und das Zwiegespräch über Sinn und Unsinn einer für die Unterrichtsstunde vorbereiteten Gerichtsentscheidung nicht die umfassende Erörterung, Hinterfragung und Vermittlung von Rechtsproblemen und –strukturen ersetzen kann, kann es aber Sensibilitäten für Argumentationsstrukturen fördern.

Die Praxisorientierung und Spezialisierung an den amerikanischen Rechtsfakultäten wird in vielen Fällen von der Abhängigkeit der Uni von Drittmitteln, Spenden und Forschungsaufträgen bestimmt. Somit ist auch in dieser Hinsicht Praxisbezug vorhanden, und wissenschaftliche Autonomie gilt es immer wieder zu beweisen. Gleichzeitig ist die Gefahr einer spendenabhängigen Ausrichtung der Forschungsergebnisse an amerikanischen Universitäten nicht zu drastisch zu malen, weil sich hier das private financing of education and research viel selbstverständlicher etabliert hat als beispielsweise in Deutschland. Das über lange Zeit hartnäckige Festhalten am 'Staatsexamen' und die breite Fächerausrichtung für die Abschlussprüfungen sind nur vor dem Hintergrund eines einflussreichen, öffentlichen Bildungsauftrags zu verstehen. Damit blieb die Juristenausbildung auf lange Zeit weniger orientiert an der Spezialisierung, die sie, wenn

---

te weltweit nach der besten frühkindlichen Bildung, dem besten Schulsystem den besten Hochschulen oder sogar der besten betrieblichen Weiterbildung sucht, wird in Skandinavien, Asien oder den USA fündig, nicht in Deutschland." Entsprechend intensiv die Bemühungen zur Behebung der durch TIMSS und PISA allgemein bekannt gewordenen Mißstände, siehe mit Blick auf die Hochschule J.Mittelstraß, Bildung und ethische Maße, ebda., 151-172, der auf die problematische Rolle von Bildung vor dem Hintergrund einer sich schnell ausdifferenzierenden Wissenschaft hinweist, in der zunehmend 'Experten' eines sich immer weiter spezialisierten Wissens sind. In dem Maße, wie die 'Wissensgesellschaft' als 'Informationsgesellschaft' verstanden wird, wird die Gesellschaft aus dem Wissensgenerierungsprozess ausgeschlossen: statt Orientierung wird ihr Information zugebracht. "Nicht der Theoretiker und nicht der Experte sind diejenigen, die Orientierungsfragen beantworten, sondern derjenige, der lebensformbezogen die geheimnisvolle Grenze zwischen Wissen und Können, Theorie und Praxis schon überschritten hat." (156)

123 Mittelstraß, oben Fn. 122, 158: "...Informationswelten treten an die Stelle von Wissens- und Bildungswelten. Eine neue Pädagogik versucht uns einzureden, dass wir alle von Wissenszweigen zu Informationsriesen werden sollen. Das Wissen als leichte Ware und die Informationsgesellschaft als neues gesellschaftliches Glück? Im Credo einer derartigen Gesellschaft, nämlich in der Symbiose von Bildschirm und Kopf, wird die Unterscheidung zwischen Wissen und Information blass. Die Vorstellung macht sich breit, dass sich das Wissen selbst in Informationsform bildet bzw. mit dem Informationsbegriff auch ein neuer, ein überlegener Wissensbegriff entstanden ist. Mit ihm treten an die Stelle eigener Willensbildungskompetenzen Verarbeitungskompetenzen und das Vertrauen darauf, dass die Information 'stimmt'. Was soll auch ein Skeptiker vor dem Bildschirm? In Vergessenheit gerät, dass man sich Wissen nur als Wissender aneignen kann, dass Wissen den Wissenden voraussetzt."

auch mit schlechtem Gewissen, in einem weit aufgefächerten System von Wahlpflicht- und Wahlfächern zu ermöglichen versucht, als an der Verallgemeinerung, freilich verbunden mit dem Wahnsinn eines ständig weiter steigenden Prüfungsstoffes.<sup>124</sup> Erst die jüngsten Reformentwicklungen gehen wieder in die Richtung einer universitären Abschlussprüfung.

Also nicht: Amerika, Du hast es besser! Sondern die Forderung nach einer ernsthaften Auseinandersetzung über Inhalte und Ziele einer (juristischen) (Aus)bildung. Dazu zum Schluss drei Behauptungen:

1. Auch das sich an das erste Examen anschließende Referendariat macht die deutsche Juristenausbildung nicht praxisnäher. Das liegt in erster Linie daran, dass weder dort noch im Studium selbst eine nachhaltige Diskussion zwischen Professoren und Studenten über Rolle und Funktion des Rechts mit Blick auf seine Vergangenheit, Gegenwart und zu gestaltende Zukunft gefördert wird. Das erste Jahr beziehungsweise Semester, in dem ein junger Mensch auf Orientierungshilfe angewiesen wäre, um Ordnung in das Chaos aus postabiturieller Leere, diffusen Wünschen und elterlichen und gesellschaftlichen Erwartungen bringen zu können, wäre bei Einschaltung echter Grundlagenfächer und deren interdisziplinärer Vermittlung eine wertvolle, echt universitäre Leistung. Sie unterbleibt weitgehend, stattdessen wird hier bereits Tempo gemacht, indem die ersten Vorlesungen über das BGB mit 500 Kommilitonen beginnen. Die jüngsten Pläne einer praxisintegrierten Ausbildung rechnen zwar mit weniger Studenten, dafür aber auch mit weniger Grundlagen. All dies scheint einer sich als 'realistisch' verstehenden Einschätzung gegenwärtiger 'Erfordernisse' und 'Bedingungen' geschuldet. Aber, die damit verbundene Dummheit (Nicht-Wissen) gibt sich nicht leicht zu erkennen und ist wegen ihres technologisch gesehenen, ungeheuren Erfolgs auch nicht sehr auffällig. "Der Analphabetismus hat viele Formen."<sup>125</sup>

2. Die Programmarbeit - ob sie reformerisch oder revolutionär vorgehen will - ist zwischen den Polen des alten („der habilitierfähige Oberlandesgerichtsrat in der ordentlichen Gerichtsbarkeit“) und des neuen Ausbildungsziels („der wissenschaftlich-methodisch gründlich geschulte und mit exemplarischer Praxiserfahrung ausgestattete Nachwuchsjurist, der in der Lage ist, sich in alle juristischen Berufe einzuarbeiten“) konzeptuell gefangen. Bei dem von den Änderungen erwarteten Mehrwert darf nicht vergessen werden der hierfür zu entrichtende Preis. Ob etwa für das Studium der Rechtswissenschaften ein numerus clausus eingeführt werden muss, wie dies bei der praxisintegrierten Ausbildung als unausweichlich gesehen wird,<sup>126</sup> wirft ganz andere Fragen auf als solche, die mit der Verbesserung der Konkurrenzsituation für deutsche Juristen im Zusammenhang stehen.<sup>127</sup> Dass ein im Zentrum politischer und gesellschaft-

---

124 P.Hommelhoff/Chr.Teichmann, Das Jurastudium nach der Ausbildungsreform, *JuS* 2002, 839-844, 840: "Seit dieser Zeit sind die Anforderungen des Studiums zwar stark gestiegen, entscheidend für die Karriere des Juristen ist jedoch bis heute nahezu ausschließlich der Erfolg in der Staatsprüfung." Siehe zu den jüngsten Reformentwicklungen und Änderungen, ebda., mit weiteren Nachweisen.

125 Mittelstraß, oben Fn. 122, 159.

126 Siehe jüngst Hommelhoff/Teichmann, oben Fn. 124, 841, die zwecks Erreichens einer besseren Lehrer-Lernender-Ratio von einer Reduktion des Studienplätze um ca. 25% sprechen.

127 Vgl. zu dieser Frage im Rahmen der Organisation der Universität überhaupt Ludwig von Friedeburg, *Bildungsreform in Deutschland. Geschichte und gesellschaftlicher Widerspruch* (1989), Frankfurt 1992, 417 ff., 422 ff.



herzustellen, und dies muss sich äußern im kritischen Hinterfragen der Gesamtanforderungen sowie der im Rahmen von Schwerpunktbildungen zu erreichenden Reduktionen.<sup>131</sup>

## 2. Studieren, Lernen, Lehren und 'Selbstverwirklichung'

Die Juristen des Wiethölterschen Gesellschafts-Rechts gibt es nicht. Vielleicht doch, ganz wenige. Wichtiger ist (ihnen) die vorsichtige, aber beherrzte Praxis der Professionalisierung, nicht immer wieder ad hoc ‚kritisierte‘, geflickschusterte Ausbildungsreformen, die - ebenso wie andere Reformen - es immer wieder schaffen, zur eigenen Rechtfertigung die Vergangenheit lächerlich zu machen. Diese wird aus den Kontexten herausgeholt, indem mit den heute als allein richtig erscheinenden Prinzipien die vermeintlich allein richtige Lösung gezimmert wird. Dem Tatendrang sich zu widersetzen, fällt schwer, und sich - auch gegenüber dröhnenden Selbstverwirklichungsparolen<sup>132</sup> - auf Stilfragen zu berufen, scheint zu leise. Dennoch, die Grenzbewegungen in unseren gewohnten Rechtsdisziplinen weisen eher auf das Versprechen und den Wert einer leiseren, vorsichtigeren Gangart hin als auf weitere laute Proklamationen.<sup>133</sup> Also, nicht mehr die Gegenüberstellung von ‚Professor und Künstler‘<sup>134</sup>, sondern die Verbindung beider.

Als Friedrich Nietzsche, 27 Jahre alt, in Basel eine sechsteilige Vortragsreihe mit dem Titel „Über die Zukunft unserer Bildungs-Anstalten“ hielt, nahm er seine Zuhörer mit auf eine fast märchenhafte Erkenntnisreise. Er schilderte ihnen vermittelt durch die Geschichte zweier Freunde und deren Hoffnungen auf ein philosophisch erfülltes Leben, nun dass sie das Abitur hinter sich und die Universität vor sich hätten, welch zarter Natur jugendlicher Wissensdurst und hoffnungsfrohe Neugier sind, und welch sensibler Begleitung dieser Zustand bedarf. Mit diesen Worten begann Nietzsche seine Schilderung im Jahre 1872:

---

131 Hierzu nochmals Hommelhoff/Teichmann, oben Fn. 124, 843. Siehe in diesem Zusammenhang auch den Aufruf, von Carl Otto Lenz, Die Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts für die Juristenausbildung, *JuS* 2002, 1154-1157, ein Aufruf, der sich freilich eher an die ältere Generation richtet, weil die jüngere sich mit einiger Verve bereits seit langem den internationalen Dimensionen nationalen Rechts und den damit verbundenen Qualifikationserfordernissen bewußt wird. Vgl. als Beispiel Mock, Harmonization, Regulation and Legislative Competition in European Corporate Law, in: 3 *German Law Journal* No.12 (1 December 2002), abrufbar unter: [http://www.germanlawjournal.com/current\\_issue.php?id=216](http://www.germanlawjournal.com/current_issue.php?id=216).

132 Hierzu Mittelstraß, oben Fn. 122, 167 zur Verkümmern des Individuums zum reinen Bedürfnissubjekt; vgl. hierzu auch dens., Der Flug der Eule. 15 Thesen über Bildung, Wissenschaft und Universität, in: ders., *Der Flug der Eule. Von der Vernunft der Wissenschaft und der Aufgabe der Philosophie* (1989), 2. Aufl., Frankfurt 1997, 43-60, 57 f., 58: "Selbstverwirklichung (...) ist dann ein Kompensationsphänomen - sie füllt die leer gewordene Welt mit sich selbst -, kein Aufklärungsphänomen wie Bildung und Selbstbestimmung."

133 Wiethölter, Arbeit und Bildung, in: Rainer Erd/Dietrich Hoß/Otto Jacobi/Peter Noller (Hrsg.), *Kritische Theorie und Kultur*, Frankfurt 1989, 369-388, 370; ders., Politik und Aufklärung. Bemerkungen aus der Rechts- und Juristenwelt, in: Jörn Rüsen/Eberhard Lämmert/Peter Glotz (Hrsg.), *Die Zukunft der Aufklärung*, Frankfurt 1988, 33-39, 36: "Einzuprügeln ist Recht ohnehin nicht, weil es keine unveränderlich-unverrückbare feste Stücke - kernfest und auf die Dauer - gibt, wie jeweilige (ganz gleich, ob 'rechts' oder 'links') Parteinahme gern gegen jeweilige Gegner reklamiert."

134 Siehe zu Julius Langbehn und dessen 1890 anonym erschienenen Buch *Rembrandt als Erzieher*, A.Assmann, *Arbeit am nationalen Gedächtnis*, oben Fn. 22, 68.

„Wir versetzen uns mitten in den Zustand eines jungen Studenten hinein, das heißt in einen Zustand, der, in der rastlosen und heftigen Bewegung der Gegenwart, geradezu etwas Unglaubliches ist, und den man erlebt haben muß, um ein solches unbekümmertes Sich-Wiegen, ein solches dem Augenblick abgerungenes gleichsam zeitloses Behagen überhaupt für möglich zu halten.“<sup>135</sup>

---

135 Nietzsche, Über die Zukunft unserer Bildungs-Anstalten, in: *Werke in drei Bänden*, hrsg. von Karl Schlechta, Dritter Band, München 1977, 178.