

## Anwalt werdenden Rechts

DAN WIELSCH

### I.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

## II.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

### III.

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

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

---

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

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

17 Schindler (Fn. 16), 413

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

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

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

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

---

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

19 Vgl. Schindler (Fn. 16), 421

20 Vgl. Schindler (Fn. 16), 423

21 Vgl. Schindler (Fn. 16), 425

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

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

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

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

---

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

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

25 Schindler (Fn. 16), 417 f.

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

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

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

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

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

#### IV.

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

---

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

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

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

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



dingungen.<sup>32</sup>

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

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

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

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

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

---

32 Vgl. Wiethölter (Fn. 10), 28

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

34 Habermas (Fn. 8), 168

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

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

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

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