

EINFÜHRUNG: DIE UNVOLLENDETE VERFASSUNG

Von Dan Wielsch, Köln

Die Größe der bürgerlichen Revolutionen war die Institutionalisierung der Freiheit des Einzelnen, die Beschränkung darauf ihre Erblast. Die Erklärungen der Menschenrechte bewirkten die politische Emanzipation des Individuums, ja überhaupt erst seine Konstituierung. In Frankreich hob die Revolution den politischen Charakter der alten Gesellschaft auf, in den Vereinigten Staaten, wo er bereits aufgehoben war, hatten die natürlichen Rechte des Menschen bloß noch Eingriffe des Gesetzgebers in bestehende Freiheiten abzuwehren. Die Gesellschaft sollte sich auf individueller Meinungs- und Entscheidungsbildung aufbauen. Nirgends artikulierte sich das Selbstverständnis eines radikalen Individualismus deutlicher als im Verbot intermediärer Körperschaften durch die Loi Le Chapelier, deren namensgebender Berichterstatter formuliert: „Il n'y a plus de corporations dans l'État, il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général.“¹ In dem als Vorbild wirkenden voluntaristischen Demokratieverständnis Rousseaus schließen sich eine einwandfreie, den Willen aller einzelnen wirklich widerspiegelnde volonté générale und die Tolerierung intermediärer Gewalten gegenseitig aus.² Der politische Geist, so das Kalkül, sollte aus seiner Zerstreuung in die Stände, Korporationen, Innungen, Privilegien – „die ebenso viele Ausdrücke der Trennung des Volkes von seinem Gemeinwesen waren“ – extrahiert werden: Die Auflösung der *societas civilis sive res publica*, „sammelte ihn aus dieser Zerstreuung, sie befreite ihn von seiner Vermischung mit dem bürgerlichen Leben und konstituierte ihn als die Sphäre des Gemeinwesens, der allgemeinen Volksangelegenheit in idealer Unabhängigkeit von jenen besondern Elementen des bürgerlichen Lebens“.³

Die doppelte Bewegung der Konzentration des Politischen im Staat und die Proklamation von grundlegenden Freiheitsrechten des Einzelnen gegen den Staat greift freilich doppelt zu kurz: Zum einen erzeugt jede Ausübung von Freiheitsrechten transsubjektive Effekte. Die Menschenrechte der bürgerlichen Verfassungen ratifizieren nur die in der Neuzeit anlaufende und im Vernunftrecht der Aufklärung sich vollendende Entwicklung, in deren Verlauf die in der alten, politischen Gesellschaft gebundenen

¹ Rapport par M. Le Chapelier sur les assemblées de citoyens du même état, lors de la séance du 14 juin 1791, in: Archives Parlementaires de 1787 à 1860 – Première série (1787–1799) Tome XXVII, 1887, 210.

² Simitis, Die Loi Le Chapelier: Bemerkungen zur Geschichte und möglichen Wiederentdeckung des Individuums, KJ 22 (1989), S. 157, 166, mit eingehender Analyse des Kontextes der Loi Le Chapelier.

³ Marx, Zur Judenfrage (1844), MEW 1, 1986, S. 368.

Rechtsinstitute Eigentum und Vertrag für die aus der fremden Komplexität des Bewusstseins entspringenden Kontingenzen geöffnet und die in der spätscholastischen Tradition des ius als *potentia* oder *facultas* nur vorausgesetzte Freiheit der Verhaltensbestimmung nun zum Zweck des Rechts selbst gesteigert und Freiheit als ein Recht verstanden wird. Sobald aber die einzelnen Akteure ihr Handeln rechtlich frei bestimmen können und ihre gesonderten Pläne durchzuführen versuchen, haben die Entscheidungen Einfluss aufeinander. Durch die vielen Situationen doppelter Kontingenz fällt der Startschuss zur Bildung emergenter sozialer Systeme, die das Handeln orientieren.⁴ Privates Handeln erzeugt eine Vielzahl von Konventionen und gesellschaftlichen Ordnungsmustern, welche ihrerseits gerade nicht als privates Wissen angeeignet werden. Das *stat pro ratione voluntas* markiert nur die logische Sekunde eines solipsistischen Traumes, aus dem das bürgerliche Individuum sofort wieder herausgerissen wird durch die Kräfte eben jener Differenzierung, die es selbst erst hervorgebracht haben. Schon im nächsten Moment springen gleichsam die Rationalitäten autonomer Sozialsysteme mit ihren spezifischen Erfolgsmedien ein – allen voran eine wettbewerbsbestimmte Marktwirtschaft – und besetzen jene nur vordergründig arbiträre Stelle des freien Willens.

Zum anderen wird durch die Monopolisierung des Politischen im Staat das Reflexionspotenzial der gesellschaftlichen Selbstorganisation abgeschnitten. Die Aufhebung des politischen Charakters der alten Gesellschaft, durch deren korporatistische Institutionen der Einzelne in ein Verhältnis zum Staatsganzen gestellt wurde und die deswegen als „besondere Gesellschaften in der Gesellschaft“ fungierten, „war zugleich die Abschüttlung der Bande, welche den egoistischen Geist der bürgerlichen Gesellschaft gefesselt hielten“.⁵ Das zeitgenössische Privatrecht macht sich zum bloßen Vollzugsorgan dieses Geistes. Es sieht seine Aufgabe einzig in der Abgrenzung von individuellen Handlungssphären. Die Voraussetzungen für die Wahrnehmung subjektiver Rechte werden bestenfalls einfach unterstellt. Gesellschaftliche Ordnung soll sich von selbst als Folge von bürgerlichen Freiheiten ergeben. Für die liberale bürgerliche Rechtswelt ist Ordnung nicht Voraussetzung von gleichen Freiheiten, sondern ihre Folge.⁶ Weil im rechtswissenschaftlichen Positivismus später die rechtliche Reflexion gesellschaftlicher Bezüge sogar gezielt gekappt wird, bleibt unverarbeitet, dass das Recht zum bloßen Medium der in der Gesellschaft faktisch dominierenden Handlungs rationalitäten wird. Seinem Selbstverständnis nach handelt bürgerliches Recht von Rechten, nicht aber ihren sozialen Bedingungen.

⁴ Diese bilden sich keineswegs nur als Teilsysteme der Gesamtgesellschaft in Bezug auf eine bestimmte Funktion, sondern entstehen viel häufiger einfach als frei gebildete Sozialsysteme, wie das Beispiel der Netzwerke zeigt.

⁵ Marx (Fn. 3), S. 369.

⁶ Wiethölter, Rechtswissenschaft, 1968, S. 165, illustriert an Goethe, Egmont, Erster Aufzug, in dem auf die „bürgerliche Gesundheit“ angestoßen wird in der Reihenfolge „Sicherheit und Ruhe!“ und „Ordnung und Freiheit!“. Dort auch der Gegenentwurf: „Heute empfinden wir Bürgerliches Recht umgekehrt: „Ordnung“ ist nicht Folge von bürgerlichen Freiheiten, sondern ihre Voraussetzung. So denkt die politische bürgerliche Rechtswelt.“ (Hervorh. i. Orig.) Zu Wiethölters Programm, die Voraussetzungen von Freiheit durch Recht einholbar zu machen, vgl. Sheplyakova, Recht Schrägstrich Freiheit und umgekehrt, KJ 2019, S. 558, 566.

Die Abstinenz des Rechts gegenüber seinen sozialen Wahrnehmungsbedingungen reicht – und das ist entscheidend – bis in die Verfassung. In ihrer bürgerlichen Variante verfasst sie den Staat, nicht die Gesellschaft. Der liberale Konstitutionalismus erkennt einzig staatliche Politik als rechtlich zu verfassende soziale Autonomie an, erstreckt sich aber nicht auf andere gesellschaftliche Teillordnungen. Diese Nicht-Verfassung der sozialen Ordnungsbildung wird dafür umso eindringlicher vom Materialismus aufgezeigt: „Die Freiheit des egoistischen Menschen und die Anerkennung dieser Freiheit ist aber vielmehr die Anerkennung der *zügellosen* Bewegung der geistigen und materiellen Elemente, welche seinen Lebensinhalt bilden.“⁷ Das Verhältnis von individueller Freiheit und sozialer Emergenz, die durch freies Handeln entsteht, wird im bürgerlichen Konstitutionalismus nicht reflektiert. Es ist allenfalls eine Frage der Politik, nicht des Rechts. Jede auf die Konstituierung und Konstitutionalisierung von staatlichem Handeln bezogene Verfassung ist daher unvollendet. Der Fall der Loi Le Chapelier zeigt die Konsequenzen, wenn die Beschränkung auf einen radikalen Individualismus auch noch normativ abgesichert wird. Dann vollzieht sich der gesellschaftliche Naturalismus der citoyens-propriétaires in seiner tatsächlichen Parteilichkeit. Das weit formulierte allgemeine Korporationsverbot verwandelte sich jedenfalls schnell in eine ausschließlich auf die Gewerkschaften anwendbare Regelung, unter der eine Arbeits- und Wirtschaftsverfassung nicht möglich gewesen wäre.

Das Rechtsprojekt der Moderne ist daher in wesentlicher Hinsicht ergänzungsbürftig. Nachdem es das Recht selbst ist, das durch seine Formen die Differenzierung moderner Gesellschaften in autonome funktionale Teilsysteme stützt, kommt ihm auch eine Schlüsselfunktion bei der Stiftung von Reflexivität dieser Autonomien zu. Gerade auch dem Privatrecht die Aufgabe der Sozialverfassung zu stellen und eine institutionelle Betrachtungsweise seiner Formen zu eröffnen – dies ist das Verdienst von Gunther Teubner, der damit die Reflexivität der Privatrechtswissenschaft auf ein neues Niveau gehoben hat. „Privatrecht als Rechtsverfassung der Selbstorganisation einer Vielfalt von sozialen Systemen“ – so hat er selbst kürzlich sein Verständnis von Recht auf den Punkt gebracht.⁸ Dem ging eine rechtswissenschaftliche Identitätssuche voran, die manchen Umweg jenseits der üblichen Grenzen juristischen Arbeitens genommen hat, um dann freilich wieder in sie zurückzukehren. Es scheint, als beherzte Teubner, was Feuerbach jedem „Lehrer der Gerechtigkeit“ bei aller Orientierung am Gegebenen des Rechts als methodische Einsicht nahelegte: „Hier muß ich also aus dem Positiven hinaus, um in das Positive wieder hineinzukommen“.⁹

Die anspruchsvolle Erwartungshaltung des von der dogmatischen Ordnungsbildung des positiven Rechts Faszinierten ist es, dass sich auch die für den Konflikt verantwortlichen sozialen Kräfte in ihrer Eigenart identifizieren lassen. Die soziale Dimension des Handelns müsste vorab doch so aufzuschlüsseln und strukturiert darzustellen sein, dass sie für die Rechtsdogmatik erfassbar wird. Bevor Teubner dogmatisch ans Werk geht, heißt es für ihn also „Ordnung in die Verwirrung“ der gesellschaftlichen Zustände zu bringen. Welche sozialen Kräfte sind am Werk? Was ist der

⁷ Marx (Fn. 3), (Hervorhebung i. Orig.)

⁸ Teubner, Auf Umwegen: Zum Privatrecht als Gesellschaftsverfassung, ZEuP 2022, S. 648.

⁹ Feuerbach, Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft, 1804, S. 77.

Fall und was steckt dahinter? Die Suche nach Orientierung bei den Sozialwissenschaften verläuft freilich zunächst ernüchternd: In der empirischen Sozialforschung, wie sie die Soziologie der Nachkriegszeit zunächst prägt, findet sich mehr Material als Methode. Auch die marxistische Soziologie, die mit ihrem ökonomischen Reduktionismus die Autonomie des Rechts verfehlt, oder die Konflikt- und Rollentheorie, die gegen die Einsichten des Strukturalismus Gesellschaft in Gruppen auflöst und eine vorgesellschaftliche Freiheit des Individuums unterstellt, können Teubners Anspruch an eine der gesellschaftlichen Komplexität gewachsenen soziologischen Theoriebildung nicht genügen. Einlösbar wird Teubners Anspruch der Bildung gesellschaftsadäquater, nicht-reduktiver Wirklichkeitsbilder im Recht mit Hilfe der soziologischen Systemtheorie Luhmanns. Diese kommt Teubners rechtswissenschaftlichem Drang zur Voreklärung von sozialwissenschaftlichen Grundbegriffen gleichsam von der anderen Seite entgegen.

Denn was passiert beim Gehen dieser Umwege? Es werden neue Identitäten erzeugt! Wer den Umweg geht, lässt eben nicht im Privatrecht alles beim alten. Soziologische Jurisprudenz macht den Operationen des Rechts handfeste Angebote. Sie ist nicht vornehm-beobachtende Sozialtheorie, sondern macht sich die Hände schmutzig beim Wühlen in den „Fällen der Gesellschaft“.¹⁰ Die geradlinige Identifikation von Privatrecht mit seiner Dogmatik verfehlt dagegen Gesellschaft als Motor der Rechtsentwicklung, schaut nur auf die Produkte anstatt auf die Produktivkräfte. Gesellschaftsadäquate Rechtsbegriffe fallen nicht vom Himmel, sie wollen errungen sein.

Die hier versammelten Beiträge haben sich dazu auf je eigene Weise mit zentralen Aspekten des Werkes von Gunther Teubner aus Anlass von dessen 80. Geburtstag auseinandergesetzt. Sie sind hervorgegangen aus zwei Kolloquien in Frankfurt am Main und Bad Homburg, die aus öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Perspektive auf den Herausforderungsdruck alter und neuer sozialer Emergenzen reagieren – auf der Suche nach der Verfassung der Gesellschaft.

¹⁰ *Lomfeld* (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft*, 2017.