

# Ancilla Iuris

Von „Wirtschaftsverfassung I, II“ zum  
„selbstgerechten Rechtsverfassungsrecht“:  
Zur Kritizität von Rudolf Wiethölter's  
„kritischer Systemtheorie“

*From “Economic Constitution I, II” to the  
“Self-justifying Law of Constitutional Law”:  
On the criticality of Rudolf Wiethölter's  
Critical Systems Theory*

Gunther Teubner\*  
Translated by Jacob Watson

## I. TODSÜNDEN

*Avaritia, superbia, contentio, curiositas, concupiscentia oculorum* – sollte die Überwindung dieser Sünden – gar Todsünden – des Mittelalters einen Schlüssel zu Wiethölter's Verfassungsverständnis abgeben? In der Tat ist dies meine These – allerdings nur unter der Bedingung, dass die drastische Umdeutung der alten Todsünden im Prozess der Herausbildung moderner Gesellschaftsverfassungen konsequent mitbedacht wird.

### 1. Umdeutungen

Was im Mittelalter als Todsünde der Einzelmenschen zählte, welche – überwacht von der pastoralen Disziplin der katholischen Kirche – über Seelenheil/Verdammnis entschied, wurde in der Renaissance in äußerster Radikalität umgewertet und zwar auf doppelte Weise. Zum einen, aus Todsünden wurden bewundernswerte individuelle Tugenden.<sup>1</sup> Zum anderen und wichtiger noch, die Todsünden verwandelten sich in autonome soziale Institutionen, die jeweils eine einzige *idée directrice* zu vervollkommen suchten. *Avaritia*, das Laster des Geizes und der Gier auf weltlichen Reichtum und Profit, von Augustinus als die Wurzel aller Sünden bezeichnet,<sup>2</sup> verwandelte sich spätestens seit den Florenzer Medici in eine lobenswerte Tugend und wurde schließlich unter dem Titel Nutzenmaximierung, zu einer bedeutenden sozialen Institution, der neuzeitlichen profitgetriebenen Wirtschaft.<sup>3</sup> Seit Macchiavelli war *superbia* nicht mehr Todsünde, sondern als Machtgier die primäre Tugend des Prinzen; zugleich wurde sie in dem sich autonomisierenden politischen System zu dessen führendem Handlungsmotiv. Galileos unersättliche *curiositas* wurde zwar noch von der Kirche als Hybris verdammt, aber von seinen Zeit-

## I. MORTAL SINS

*Avaritia, superbia, contentio, curiositas, concupiscentia oculorum*—should the overcoming of these mortal sins of the Middle Ages be a key to Rudolf Wiethölter's constitutional conception? Indeed, this is my thesis—but only under the condition that the drastic revaluation of the old deadly sins in the process of forming modern constitutionalism is taken into account consistently.

### 1. Revaluation

What counted in the Middle Ages as the mortal sins of individuals, which—minded by the pastoral discipline of the Catholic Church—determined the salvation/damnation of souls, was radically revalued to the extreme during the Renaissance in two ways. For one, mortal sins became admirable individual virtues.<sup>1</sup> More importantly, though, deadly sins were transformed into autonomous social institutions, each seeking to perfect a single *idée directrice*. *Avaritia*, the vice of miserliness and greed for worldly wealth and profit, described by Augustine as the root of all sins<sup>2</sup>, transformed into a praiseworthy virtue, at the latest since the Medici of Florence, and ultimately became one of the great social institutions: the modern profit-driven economy, touting value maximization above all.<sup>3</sup> Since Machiavelli, *superbia* has no longer been a mortal sin but rather the princes' primary virtue as lust for power; meanwhile, it has become the leading motive for actions in the autonomous political system. Galileo's insatiable *curiositas* was still condemned by the Church as hubris, indeed, but appreciated by his contemporaries as the privilege of man and has meanwhile become the core of the institution of science as it liberated itself from pope and

\* Für kritisch-konstruktive Kommentare danke ich Gotthard Bechmann, Pasquale Femia, Andreas Fischer-Lescano, Roman Guski, Bertram Lomfeld und Anton Schütz. Die Texte von Rudolf Wiethölter werden aus dem Sammelband *Marc Amstutz / Peer Zumbansen* (Hg.), *Recht in Recht-Fertigungen: Ausgewählte Schriften von Rudolf Wiethölter* (2014), soweit dort abgedruckt, zitiert und zwar unter der Abkürzung RW mit Angabe des Aufsatztitels und des Erscheinungsjahrs.

1 Dies ist eine Verallgemeinerung der These von Hans Blumenberg, in der Renaissance habe sich eine Umdeutung der *curiositas* von einem Laster in eine Tugend vollzogen, was erst die moderne Institution der Wissenschaft möglich gemacht hat, *Hans Blumenberg, Die Legitimität der Neuzeit* (1965), 68 ff.

2 *Thomas Aquinas, Summa theologiae*, Bd. 31: III (1934), Frage 84.

3 Dazu näher *Nahel Asfour, The Cultural Perspective of Wrongful Enrichment Law: A Study in Comparative Poetics* (2013), 56 ff., 60.

\* For their critical, constructive comments, my thanks goes out to Gotthard Bechmann, Pasquale Femia, Andreas Fischer-Lescano, Roman Guski, Bertram Lomfeld and Anton Schütz. The texts by Rudolf Wiethölter are quoted from the anthology, *Marc Amstutz/Peer Zumbansen* (eds.), *Recht in Recht-Fertigungen: Ausgewählte Schriften von Rudolf Wiethölter* (2014) as far as reprinted there, under the abbreviation RW with the title of the essay and the year of publication.

There are some English translations of Wiethölter's articles available: *Rudolf Wiethölter, Materialization and Proceduralization in Modern Law*, in: Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State* 221-249 (1985); *Rudolf Wiethölter, Social Science Models in Economic Law*, in: Daintith / Teubner (eds.), *Contract and Organization: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory* 52-67 (1986); *Rudolf Wiethölter, Proceduralization of the Category of Law*, in: Joerges / Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate* 501-510 (1989); *Rudolf Wiethölter, Justifications of a Law of Society*, in: Perez / Teubner (eds.), *Paradoxes and Inconsistencies in the Law* 65-77 (2005).

1 This is a generalization of Blumenberg's famous thesis that in the Renaissance a reinterpretation of *curiositas* from a vice into a virtue took place, only by which did the modern institution of science become possible, *Hans Blumenberg, The Legitimacy of the Modern Age* (1986), 229 ff.

2 *Thomas Aquinas, Summa theologiae*, Part One of Part Two, Question 84.

3 More on this *Nahel Asfour, The Cultural Perspective of Wrongful Enrichment Law: A Study in Comparative Poetics* (2013), 56 ff., 60.

genossen als Vorzug eines Menschen hochgeschätzt und wurde zugleich zum Kern der sich von Papst und Kaiser befreienden Institution der Wissenschaft.<sup>4</sup> Michelangelos *concupiscentia oculorum*, seine maßlose „Augenlust“ wurde nicht mehr verurteilt, sondern geradezu verehrt. Zugleich befreite er die autonome Kunst aus ihrer Abhängigkeit von der Kirche.<sup>5</sup> Und schließlich wurde die *contentio*, die Rechthaberei und Streitsucht zur rhetorischen Kunst eines Juristen veredelt; zugleich avancierte sie nach Irnerius, Accursius und ihren Bologneser Kollegen europaweit zum autonomen System des Rechts.

Damit gewann der berühmt-berüchtigte *take-off* des Westens, der in Italien der Renaissance begann, seine enorme Dynamik: mit dieser doppelten Transformation, mit der Umdeutung einstiger Todsünden in individuelle Tugenden und – wichtiger noch – mit ihrer sozialen Institutionalisierung in den großen autonomen Sinnsphären der Wissenschaft, Kunst, Politik, Wirtschaft und Recht.<sup>6</sup> Die Entfesselung ihrer Produktivkräfte beruhte darauf, dass sie im Europa der Neuzeit ausschließlich ihre je eigene Rationalität, ohne jede Rücksicht auf andere, verwirklichten. Diese geradezu paradoxe multiple Unifunktionalität autonomer Handlungssphären gibt dem Sonderweg Europas zum neuen Polytheismus Max Webers die Richtung vor, weil sie in jedem dieser Handlungssysteme kulturelle Höchstleistungen ermöglichte.<sup>7</sup>

Doch Todsünden bleiben Todsünden! In der Spätmoderne werden die destruktiven Tendenzen der auf ihnen erbauten Institutionen in aller Härte erfahrbar. Die Maßlosigkeit von *avaritia*, *superbia*, *contentio*, *curiositas* wiederholt sich in der Maßlosigkeit der modernen Funktionssysteme. Intern in rücksichtsloser Rationalitätsmaximierung und extern in kolonisierender Expansion wird die maßlose Rekursivität der Systeme der Politik, der Wirtschaft, des Rechts, der Wissenschaft und Technologie, der digitalen Medien geradezu zu einer Kollektivsucht, also per definitionem zur Wiederholung und Steigerung eines selbstschädigenden

emperor.<sup>4</sup> Michelangelo's *concupiscentia oculorum*, his boundless “lust of the eye” was no longer damning but revered. Meanwhile, he liberated autonomous art from its dependence on the church.<sup>5</sup> And finally, *contentio*, disagreement, and the desire to argue became the excellent rhetorical art of the jurist; meanwhile, it spread, following Accursius and his Bolognese colleagues, advancing into the autonomous system of law throughout Europe.

Thus began the (in)famous *take-off* of the West, which started in Italy during the Renaissance, to build its momentous dynamic: with this double transformation, with the reinterpretation of former mortal sins into individual virtues and—more importantly—with their social institutionalization in the great autonomous spheres of meaning, in science, art, politics, economy and law.<sup>6</sup> The basis for their productive forces to be unleashed in Europe of modern times was that each realized its own rationality in exclusivity, without any consideration for other rationalities. This almost paradoxical multiple unifunctionality of autonomous spheres of action sets the direction for Europe's unique path, because it enabled cultural excellence in each of these systems of action.<sup>7</sup>

But deadly sins remain deadly sins! In the late modern era, the destructive tendencies of the institutions built upon deadly sins can be experienced in all their severity. The excessiveness of *avaritia*, *superbia*, *contentio*, *curiositas* is mirrored in the excessiveness of modern functional systems. Internally in ruthless rationality maximization and externally in colonizing expansion, the excessiveness of the systems of politics, the economy, law, science and technology, of digital media becomes almost a collective addiction, i.e. the repetition and multiplication of a self-damaging social behavior despite the keen knowledge of its harmful effects.<sup>8</sup>

4 „Die Dienstbarkeit der Technik für die Theorie, der geradezu symbolische Rang des Teleskops für die Selbstbestätigung der theoretischen Neugierde, erforderten einen geistigen Durchbruch von der Kühnheit der Proklamation, die Galilei im März 1610 mit seinen ‚Sidereus Nuncius‘ vollziehen sollte.“ *Blumenberg* (Fn. 1), 435.

5 Ibid.

6 Anton Schütz merkt in seinem Kommentar zu diesem Text an, dass der Sündenbegriff plus seine Eigenschaft als tragender Pfeiler der Autopoiesis in der Tat der für die Moderne eigentlich zuständige Begriff sei. Man gewinne damit zu Luhmanns etwas brüsker Unterscheidung von sozialen und psychischen Systemen einen ganz anderen Zugang: „Was psychisch ‚Sünde‘ ist, ist sozial Bedingung für Betrieb und Funktion.“

7 Eingehende historische Analysen zur funktionalen Differenzierung bei *Niklas Luhmann*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik I-IV* (1980-1996).

4 The servitude of technology to theory, the almost symbolic rank of the telescope for the self-affirmation of theoretical curiosity, required a spiritual breakthrough from the boldness of the proclamation that Galileo was to carry out, see *Blumenberg* (fn. 1).

5 Ibid.

6 In his comment on this text Anton Schütz argued that the concept of sin in its foundational role for autopoiesis is the most relevant pillar of modernity. It opens a new access to Luhmann's distinction of social and psychic systems: “Psychic sins are social conditions for functioning systems.”

7 In-depth historical analysis of functional differentiation in *Niklas Luhmann*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik I-IV* (1980-1996), one article available in English: *Niklas Luhmann*, *Temporalization of Complexity*, in: Geyer / Zouwen (eds.), *Sociocybernetics* (1978), 95-111.

8 On collective addiction *Gunther Teubner*, *A Constitutional Moment? The Logics of “Hit the Bottom”*, in: Kjaer / Teubner / Febraro (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation* (2011), 4-42.

Sozialverhaltens trotz Kenntnis seiner schädlichen Wirkungen.<sup>8</sup> Und je nach sozialem Kontext unterschiedlich wird die globale Ökonomisierung, Politisierung, Technisierung, Juridifizierung der Gesellschaft gleichzeitig vorangetrieben, mit desaströsen Folgen für die Ökologie im weitesten Sinne, also für die Natur, für die Gesellschaft und für die Einzelmenschen.<sup>9</sup>

## 2. Systemkrisen

Für Rudolf Wiethölter führen diese blinden selbstschädigenden Wiederholungs- und Steigerungszwänge sozialer Systeme in „tödliche ‚Systemkrisen“.<sup>10</sup> Er sieht ihren Ursprung gerade nicht, wie es weithin üblich ist, nur in der unkontrollierbaren Autonomie der kapitalistischen Wirtschaft, sondern in der hochgetriebenen funktionalen Differenzierung selbst, die in einer unkontrollierbaren Eigendynamik der verschiedenen Funktionssysteme endet. Dies erzeugt den Streit um Glanz und Elend der Moderne.

„Die Gesellschaftstheorien sind sich als Evolutionstheorien jedenfalls darin einig, dass moderne Entwicklungen an Systemteilungen, Ausgrenzungen und Differenzierungen geknüpft seien. Streitgegenstand sind das Ausmaß und die Auswirkungen solcher Differenzierungen.“<sup>11</sup>

Die „tödlichen Systemkrisen“ sind für Wiethölter das zentrale Verfassungsproblem der Moderne. Denn die irrationalen Differenzierungen in der Verfassung der Gesellschaft erzeugen die Einsicht, dass „mit wachsender Rationalität in immer kleineren und ferneren dezentralen Einheiten die Irrationalität des ‚Ganzen‘ erst recht wachse.“ Ja, die Moderne ist von einem „historischer Fluch“ getroffen, weil sich die Differenzierungen der Gesellschaftsverfassung in der Weise geschichtlich vollzogen haben, dass eine gesamtgesellschaftliche Synthesis, eine „vernünftige Identität für moderne Gesellschaften“ nicht mehr zu greifen sei.<sup>12</sup>

8 Zur Kollektivsucht *Gunther Teubner*, A Constitutional Moment? The Logics of “Hit the Bottom”, in: *Kjaer / Teubner / Febbrajo* (Hg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation* (2011), 4-42. In die gleiche Richtung zielt *Femias* Kritik an einer „Paranoia“ moderner Institutionen als der dunklen Seite der Rationalisierungsbewegung, *Pasquale Femia*, *Desire for Text: Bridling the Divisional Strategy of Contract, Law and Contemporary Problems* 76 (2013), 150-168.

9 Zu den Steigerungszwängen der Funktionssysteme *Niklas Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997), 757; *Rudolf Stichweh*, *Towards a General Theory of Function System Crisis*, in: *Kjaer / Teubner / Febbrajo* (Hg.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation* (2011), 53-72; *Hartmut Rosa*, *Beschleunigung: Die Veränderung der Temporalstrukturen in der Moderne* (2005), besonders 295 ff.

10 RW 281 f., *Arbeit und Bildung*, 1989. Die Betonung liegt auf dem systemischen Charakter der Krisen. Hier bloß von Legitimationskrisen zu sprechen, ist ihm zu vordergründig. Bewusstseins-, Motivations-, Legitimationskrisen seien nur sekundär, seien „eher vom ‚System‘ als von der ‚Sozialität‘ bestimmt“.

11 RW 544, *Wissenschaftskritische Ausbildungsreform*, 1982.

12 RW 250, *Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht*, 1985.

And the global economization, politicization, scientification, juridification of society is driven simultaneously on in divergent ways, with disastrous consequences for the ecology in the broadest sense, i.e. for the natural world, for society and for individuals.<sup>9</sup>

## 2. System crises

For Rudolf Wiethölter, these self-damaging pressures of repetition and multiplication (*Steigerungszwänge*) in social systems has led to “deadly ‘system crises.’”<sup>10</sup> He does not see its origin solely in the uncontrollable autonomy of the capitalist economy, as is the widespread view, but in the highly driven functional differentiation itself, which ends in an uncontrollable momentum of the various functional systems. This culminates in the battle over the glamour and misery of modernity.

“Social theories, as evolutionary theories at any rate, agree that modern developments are linked to system divisions, exclusions and differentiations. The extent and effect of such differentiations is the heart of the matter.”<sup>11</sup>

For Wiethölter, the “deadly system crises” are the most urgent constitutional problem of modernity. For the irrational differentiation of society’s constitution generates the insight that “with growing rationality in ever smaller and more distantly decentralized units, the irrationality of the ‘whole’ grows all the more.” Yes, modernity suffers a “historical curse” because the extreme differentiation of the social constitution has taken place historically in such a way that a synthesis of society as a whole, a “reasonable identity for modern societies” can no longer be grasped.<sup>12</sup>

9 On the pressure of repetition and multiplication (*Steigerungszwang*) in functional systems, *Niklas Luhmann*, *Theory of Society* vol. 2 (2013), 95; *Rudolf Stichweh*, *Towards a General Theory of Function System Crisis*, in: *Kjaer / Teubner / Febbrajo* (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation* (2011), 53-72, sub IV; *Hartmut Rosa*, *Beschleunigung: Die Veränderung der Temporalstrukturen in der Moderne* (2005).

10 RW 281 f., *Arbeit und Bildung*, 1989. To speak here merely of legitimacy crises is simply too facile for him. Crises of consciousness, motivation and legitimacy are only secondary, are “more determined by the ‘system’ than by ‘sociality.’”

11 RW 544, *Wissenschaftskritische Ausbildungsreform*, 1982.

12 RW 250, *Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht*, 1985.

Und genau auf diese Problematik hin entwirft Wiethölter – jenseits seiner zeitdiagnostischen Verfassungsanalysen – seine Verfassungsutopie, die den Kampf gegen die Todsünden der Moderne, gegen die selbstdestruktiven Tendenzen der gesellschaftlichen Spaltungen aufnehmen könnte.<sup>13</sup> In Wiethölter’s Entwürfen einer künftigen Gesellschaftsverfassung sind zwei unterschiedliche Phasen erkennbar. In der ersten Phase, der „politischen Rechtstheorie“, entwickelte er das Programm einer „Wirtschaftsverfassung als Sozialverfassung“. In der zweiten Phase, nach seinem langen Marsch durch die drei dominierenden Gesellschaftstheorien der Moderne vollzieht er eine Wende hin zu einer „kritischen Systemtheorie“,<sup>14</sup> die er freilich in aller Schärfe gegen die funktionalistische Systemtheorie positioniert. Auch wenn er gegenüber „überladenen Erwartungen“ an kritische Systemtheorie skeptisch ist,<sup>15</sup> so sympathisiert er doch mit ihr in seiner „Vision als produktive Utopie“. „Selbstgerechtes Rechtsverfassungsrecht“ – so verrät Wiethölter seine Vision, deren zwei Hauptelemente einer neuartigen „Reziprozität“ und einer „unparteilichen Parteilichkeit“ nicht minder verrät sind.<sup>16</sup> Wie lassen sich, wenn überhaupt, diese Rätselbegriffe entschlüsseln? Und welche Perspektiven eröffnen sie, an einem solch ambitionierten Verfassungsprogramm weiterzuarbeiten?

## II.

## POLITISCHE RECHTSTHEORIE

Die Antwort des frühen Wiethölter’s auf die geschilderten Systemkrisen hieß: vielfältige Transformationen der viel zu eng gefassten Wirtschaftsverfassung der BRD – Wirtschaftsverfassung I – in eine umfassende Sozialverfassung – Wirtschaftsverfassung II.

„Ich selbst arbeite an ihnen unter dem Stichwort ‚Politische Rechtstheorie‘. Eine solche politische Rechtstheorie kümmert sich um eine Einheit von Arbeits-, Wirtschafts- und Sozialverfassung als Gegenstand eines Interesses an gesellschaftsgeschichtlichen Entwicklungstheorien von Recht.“<sup>17</sup>

13 RW 172, Zur Argumentation im Recht, 1995 (Rivalität von „Wirtschaftsdes-Rechts-Verfassung“, „Wirtschaft-der-Gesellschaft-Verfassung“, „Gesellschaft-als-Gesellschaft-Verfassung“).

14 Den Begriff hat Wiethölter 2007 im Seminar „Konstitutioneller Pluralismus in der Weltgesellschaft“ geprägt.

15 *Rudolf Wiethölter*, Der Reform-Planer, in: Hart (Hg.), Wissenschaft, Verwaltung und Politik als Beruf: Liber amicorum Volker Kröning zum 70. Geburtstag am 15. März 2015 (2015), 21.

16 RW 185, Zur Argumentation im Recht, 1995; RW 106 ff., Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, 2003.

17 RW 224, Vom besonderen Allgemeinprivatrecht zum allgemeinen Sonderprivatrecht, 1982/83.

And it is precisely with this in mind that Wiethölter—beyond his historical analyses of constitutions—lays out the blueprint for his constitutional utopia, designed to take up the struggle against modernity’s mortal sins of, against the self-destructive tendencies of social divisions.<sup>13</sup> Two distinct phases are discernible in Wiethölter’s ideas about a future social constitution. In the first phase, that of “political theory of law,” he develops the program of an “economic constitution as social constitution.” In the second phase, after his long march through the three dominant social theories of modernity, he takes a turn towards a “critical systems theory,”<sup>14</sup> which however he sharply positions against functionalist systems theory. Even if he is skeptical about overloaded expectations of critical systems theory,<sup>15</sup> he sympathizes with it in his “vision as productive utopia.” *Selbst-gerechtes Rechts-Verfassungs-Recht* or “the self-justifying law of constitutional law”—this is how Wiethölter enigmatizes his vision, whose two main elements of a novel “reciprocity” and an “impartial partiality” are no less enigmatic.<sup>16</sup> How, if at all, can these enigmatic terms be deciphered? And what prospects do they open up to future work on such an ambitious constitutional program?

## II.

## POLITICAL THEORY OF LAW

Early Wiethölter’s answer to the systemic crises described above was: a fundamental transformation of the much too narrowly conceived economic constitution of the Federal Republic of Germany—economic constitution I—into a comprehensive societal constitution—economic constitution II:

“I, myself, am working on it under the heading of ‘political theory of law.’ Such a political theory of law deals with a unity of labor, economic and social constitution as an object of interest in socio-historical development theories of the law.”<sup>17</sup>

13 RW 172, Zur Argumentation im Recht, 1995 (rivalry between economy-of-law-constitution, economy-of-society-constitution, society-as-society-constitution).

14 Wiethölter introduced the term critical systems theory in 2007 in his seminar on Constitutional Pluralism in World Society.

15 *Rudolf Wiethölter*, Der Reform-Planer, in: Hart (ed.), Wissenschaft, Verwaltung und Politik als Beruf: Liber amicorum Volker Kröning zum 70. Geburtstag am 15. März 2015 21-30 (2015), 21.

16 RW 185, Zur Argumentation im Recht, 1995; *Wiethölter* (fn. \*, 2005), 106 ff.

17 RW 224, Vom besonderen Allgemeinprivatrecht zum allgemeinen Sonderprivatrecht, 1982/83.

Die gesellschaftsgeschichtlichen Entwicklungstheorien als Grundlage für eine erneuerte Sozialverfassung suchte der frühe Wiethölter im Umfeld der Frankfurter kritischen Theorie, womit er auf eine von ihm klarsichtig analysierte prekäre Lage der postmarxistischen Rechtstheorie reagierte. Gerade in seiner radikalen Kritik der bürgerlichen Rechtsordnung war ihm stets gleichzeitig das Theoriedesaster einer an Marx orientierten Rechtstheorie bewusst, deren umfassende Neuorientierung ihm dringlich erschien.<sup>18</sup> Wenn nicht Folge der gesellschaftlichen Transformationen sein sollte, diese Theorie total zu verabschieden dann müssten die Versuche der Nachfolgetheorien – etwa Kritische Theorie der zweiten Generation, Poststrukturalismus, *critical legal studies*, Globalisierungskritik –, das Recht zu denken, auch hier einen völligen Neubau versuchen. Aber wie? Der frühe Wiethölter vertrat einen reflexionsprovozierenden „juristischen Negativismus“, der über die Entmythologisierung der traditionellen Wertungsjurisprudenz die Kritik des Rechts von dessen gesellschaftlicher Bedingtheit aus zu betreiben sucht.<sup>19</sup> Für eine solche Rechtskritik suchte Wiethölter die relevante gesellschaftliche Basis des Rechts drastisch zu verbreitern, sie nicht mehr nur in der Ökonomie, sondern sie gerade auch in anderen gesellschaftlichen Dynamiken zu suchen. Der Fokus seiner gesellschaftlich fundierten Verfassungsanalyse richtete sich zwar auch auf ökonomische Prozesse, vor allem aber auf hintergründige politische Konflikte, auf Machtkämpfe in Politik und in der Gesellschaft, heute besonders auf Machtkompromisse von Kollektivakteuren in Form „wortreich-lautloser wechselseitiger Erwartungs- und Verhaltensnotifikationen“.<sup>20</sup> Rechtskritik wurde dann im Kern Politikkritik oder weitergehend Kritik an gesellschaftlichen Machtasymmetrien, die in der geltenden Rechtsverfassung weiterwirken.

Es bleibt aber dabei: Die Rechtsform, besonders die sich als autonom verstehende Rechtsdogmatik, war für den frühen Wiethölter nur eine Fassade, hinter der die eigentlich relevanten gesellschaftlichen polit-ökonomischen Prozesse die Dynamik bestimmen. In seiner fulminanten Ideologiekritik des Rechts von 1968, die, weltweit beachtet, ihm im deutschen juristischen Establishment die Isolierung einbringen sollte, veranstaltete er die gnaden-

Early Wiethölter sought socio-historical development theories in the context of the Frankfurt school of critical theory as the basis for a renewed constitution of society, thus reacting to a precarious situation of post-Marxist legal theory he had so lucidly analyzed. Especially in his radical critique of the bourgeois legal system, he was always aware of the disaster of a theory of law oriented around Marx, which urgently seemed to him in need of a comprehensive reorientation. If the result of historical transformations is not in effect that this theory should be abandoned, then the attempts of the successor theories—such as critical theory, post-structuralism, critical legal studies, globalization critique—to rethink the law would have to try a completely new construction.<sup>18</sup> But how? The early Wiethölter formulated a “juridical negativism” that sought to critique the law in terms of its social conditionality by demythologizing traditional jurisprudence.<sup>19</sup> For such a radical critique of law, Wiethölter sought to drastically broaden the relevant social basis of the law, to seek it not only in the economy but in other social dynamics as well. His constitutional analysis also focused on economic processes, but above all it turned to underlying political conflicts, to power struggles in politics and in society. For contemporary society, it concentrated on power compromises entered into by collective actors in the form of “word-rich and silent mutual notifications of expectations and behavior.”<sup>20</sup> The critique of law then became essentially political criticism or criticism of social power asymmetries that have an ongoing effect in the current constitution of the law.

For the early Wiethölter, the legal form, especially legal doctrine, which perceives itself as autonomous, was only a façade behind which the actually relevant politico-economic processes determine the dynamics. His brilliant 1968 ideological critique of the law garnered international recognition.<sup>21</sup> In fact, it isolated him in the German legal establishment, for he staged a merciless “unmasking of a German idolatry,” in which many cryptic formula-

18 Rudolf Wiethölter, Arbeit und Bildung, in: Erd (Hg.), Kritische Theorie und Kultur (1989), 368ff., 375.

19 Die ausdrückliche Selbstkennzeichnung als „juristischer Negativismus“ findet sich in Rudolf Wiethölter, Recht und Politik: Bemerkungen zu Peter Schwerdtners Kritik, Zeitschrift für Rechtspolitik (1969), 155-158.

20 RW 49, Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht, 1977.

18 Rudolf Wiethölter, Arbeit und Bildung, in: Erd (ed.), Kritische Theorie und Kultur 368 ff. (1989), 375.

19 The explicit self-description under juridical negativism can be found in Rudolf Wiethölter, Recht und Politik: Bemerkungen zu Peter Schwerdtners Kritik, Zeitschrift für Rechtspolitik (1969), 155-158.

20 RW 49, Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht, 1977.

21 Rudolf Wiethölter, Rechtswissenschaft (1968). Italian translation: Le formule magiche della scienza giuridica, Rom 1975. Spanish translation: Las Formulas Magicas de la Ciencia Juridica, Madrid 1991. For a debate in the English speaking world: Duncan Kennedy, Comment on Rudolf Wiethölter's Materialization and Proceduralization in Modern Law? and Proceduralization of the Category of Law, in: Joerges / Trubek (eds.), Critical Legal Thought: An American-German Debate (1989), 511-524.

lose „Entlarvung eines deutschen Götzendienstes“, in dem juristische Rätselformeln nichts als „Zirkel, Leerformeln, Alibis, Tabus“, pathetische und ethische Verklärungen, ja sogar „künstliche Tarnungen“ waren, mit denen die „nackte Politik über-tüncht“ wird.<sup>21</sup> Deshalb entwarf er eine „politische Rechtstheorie“, die mit scharfer Polemik die Fassaden der bürgerlichen Rechtsdogmatik, welche in „gigantischen, strahlkräftigen Leerformeln, bloßen Tautologien, kurzum: in reinem *Gerede* Scheinbe-gründungen“ anbietet, niederzureißen suchte. Und im Namen einer politischen Vernunft forderte Wiethölter auf zum Ausgang aus selbstverschulde-ter Dogmatikgläubigkeit. Die Politisierung des Rechts sollte dadurch gelingen, so seine Empfeh-lung, dass das Recht den „Anschluss an die Wissen-schaftstheorie, Theoriebildung und Methodenleh-ren der Sozial- (genauer: Demokratie-)wissen-schaft“ findet.<sup>22</sup>

## III.

## „WIRTSCHAFTSVERFASSUNG I, II“

Deshalb Wiethölter's rastlose Suche nach der „Verfassung hinter der Verfassung“, der weder Philosophie noch Geisteswissenschaften den Kompass bieten könnten, sondern nur die Sozialwissen-schaften. In scharfer Polemik gegen die vorherr-schende Wertungsjurisprudenz vertrat er eine „materiale Verfassungstheorie als soziale Gesell-schaftstheorie“.<sup>23</sup> Von vornherein konstruierte er einen streng relationalen Verfassungsbegriff. Eine Verfassung kann nicht einfach als ein Korpus höherrangiger Rechtsnormen begriffen werden, sondern nur als eine Relation von Gesellschafts-verhältnissen und Rechtsverhältnissen, genauer als „die Transformation von Gesellschaftsverhält-nissen in Rechtsverhältnisse über Rechtsgrund-sätze, Prinzipien, Richtlinien, Programme“.<sup>24</sup> Wohl-gemerkt: aktive Transformation, nicht Wider-spiegelung, nicht Ableitung, nicht Determi-nierung. Stets aber betonte Wiethölter die Domi-nanz der Politischen Ökonomie, wonach Verfas-sungen primär temporäre Kompromisse in permanenten Klassenkämpfen, historischen Grup-penauseinandersetzungen und politischen Macht-

tions in law were nothing but “closed loops, empty formulas, alibis, taboos, pathetic and ethical trans-figurations, even artificial camouflages with which naked politics are covered up.” This is why he devel-oped a “political theory of law” that sought with sharp polemics to tear down the façades of the bour-geois legal doctrine which consisted in “gigantic, radiant empty formulas, mere tautologies, in short: fictitious justifications, in empty talk.” And in the name of political reason, Wiethölter called for an exit from self-inflicted dogmatic faith. The politici-zation of private law ought to succeed, he recom-mended, through the law's “connection to hypothe-ses and methodologies of social (more precisely: democratic) theory.”<sup>22</sup>

## III.

## “ECONOMIC CONSTITUTION I, II”

This is the reason why Wiethölter is relentless searching for the “constitution behind the constitu-tion.” Neither philosophy nor the humanities could offer the compass, but only social theory. Sharply disputing against prevailing jurisprudence, he advocated for a “material theory of the constitution as social theory of society.”<sup>23</sup> From the outset he constructed a strictly relational concept of the con-stitution. A constitution cannot simply be under-stood as a corpus of higher-ranking legal norms but rather as an interaction between social relations and legal relations, more precisely as “the transfor-mation of social relations into legal relations via legal principles, norms, guidelines, programs.”<sup>24</sup> It is important to note: an active transformation, not a reflection, not a derivation, not a determination. Yet Wiethölter did emphasize always the domi-nance of the political economy, according to which constitutions are primarily temporary compro-mises in ongoing class struggles, historical group conflicts and political power contestation, and only secondarily a corpus of higher-ranking legal rules.<sup>25</sup> Without finally deciding the controversy

21 Rudolf Wiethölter, *Rechtswissenschaft* (1968). Italienisch: *Le Formule Magiche della Scienza Giuridica* (übersetzt und eingeleitet von Pietro Barcellona), Rom / Bari 1975. Spanisch: *Las Formulas Magicas de la Ciencia Juridica*, Madrid 1991. Vgl. z.B. *Duncan Kennedy*, Comment on Rudolf Wiethölter's Materialization and Proceduralization in Modern Law and Proceduralization of the Category of Law, in: Joerges / Trubek (Hg.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate* (1989), 511-524.

22 Wiethölter (fn. 21). Die Zitate finden sich 9 f., 17 f., 26, 28 f.

23 RW 49, *Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht*, 1977. Eine neuere Diskussion verschiedener Versionen materialer Verfassungstheorie bei Marco Goldoni, Introduction to the Material Study of Global Constitutional Law, *Global Constitutionalism* 8 (2018), 71-93.

24 Ibid., 48.

22 Wiethölter (fn. 21). The quotes are from 9 f., 17 f., 26, 28 f.

23 RW 49, *Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht*, 1977. For the recent debate on a material constitutional theory, which continues this tradi-tion, Marco Goldoni, Introduction to the Material Study of Global Con-stitutional Law, *Global Constitutionalism* 8 (2018), 71-93.

24 Ibid., 48.

25 Ibid., 50.

konflikten sind und erst sekundär ihre rechtliche Normierung.<sup>25</sup> Ohne sich in der Kontroverse zwischen Klassentheorie und Konfliktsoziologie letztlich zu entscheiden, identifizierte Wiethölter historisch unterschiedliche Klassen- und Gruppenkompromisse, welche „hinter“ der Rechtsverfassung die alles bestimmende Verfassung bilden. War es im konstitutionellen Monarchismus des 19. Jahrhunderts der Kompromiss zwischen dem Adel (Monarchie) und dem Bürgertum, der die Verfassung des Kaiserreichs begründete, so war es für die Weimarer Verfassung der im Stinnes-Legien-Pakt ausgehandelte Kompromiss zwischen Kapital und Arbeit und der im Ebert-Groener Pakt hergestellte politische Kompromiss zwischen Sozialdemokratie und den alten Eliten des Reichs – *Wirtschaftsverfassung I*.

Und für die Bundesrepublik diagnostizierte er die Herrschaft einer eigentümlichen Verfassung hinter der Verfassung, die

„Durchsetzung eines Grundgesetzes des Grundgesetzes ... neuartige – unverbindlich-verbindliche – Verhaltens-, Verträge‘ institutionell-organisatorisch einflussreicher Machtrepräsentanten (‘Staat‘ – ‚Unternehmen‘ – ‚Gewerkschaften‘ – ‚Bundesbank‘ – ‚Kartellamt‘ usw.), weniger nach Art konzertierter Aktionen, planender Räte, gesprächiger Runden als nach Art wortreich-lautloser wechselseitiger Erwartungs- und Verhaltensnotifikationen.“<sup>26</sup>

Nicht die Verfassungsnormen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats bildeten also das Kraftzentrum der bundesdeutschen Verfassung, sondern neokorporatistische Machtkompromisse zwischen rivalisierenden gesellschaftlichen Gruppierungen, Klassen, Schichten, organisierten Interessen, Kollektivakteuren.<sup>27</sup>

Wenn Verfassungen sich als „historische Entwicklungskompromisse“<sup>28</sup> in der Relationierung von Gesellschaftsverhältnissen und Rechtsverhältnissen herausbildeten, dann war es nicht mehr plausibel, den Verfassungsbegriff auf die politische Staatsverfassung zu beschränken, wie es aber Verfassungsrechtler auch heute noch mit allem Nachdruck vertreten. Zumindest die *Wirtschaftsverfassung* müsste gegenüber der Staatsverfassung als eigenständig erkannt werden – *Wirtschaftsverfassung I*. Noch weitergehend aber hielt es Wiethölter für notwendig, dass sie in einer umfassenderen „Einheit von Arbeits-, Wirtschafts- und Sozialverfassung“ aufgeht – *Wirtschaftsverfassung II*. Ihre Aufgabe ist die „politische Inpflichtnahme der

between class theory and conflict sociology, Wiethölter identified historically different class and group compromises that form the all-determining social constitution behind the legal constitution. While it was the compromise between the nobility (monarchy) and the bourgeoisie in 19th century constitutional monarchism that founded the constitution of the German empire, in the Weimar Constitution it was the compromise between capital and labor negotiated in the Stinnes-Legien Agreement, and the political compromise between social democracy and the old elites of the empire produced in the Ebert-Groener Pact—*Wirtschaftsverfassung I*.

And for the Federal Republic of Germany, he diagnosed a peculiar constitution behind the constitution,

“... a Basic Law of the Basic Law ... novel—non-binding-binding—behavioral ‘contracts’ of institutionally and organizationally influential power representatives (‘state’–‘enterprise’–‘trade unions’–‘Bundesbank’–‘antitrust office’ etc.), less in the manner of concerted actions, planning councils, conversational rounds than in the manner of word-rich and silent mutual notifications of expectations and behavior.”<sup>26</sup>

Thus, it was not the constitutional law of the democratic and welfare state that formed the Federal constitution of Germany; instead, it was neo-corporatist power compromises between rival social groups, classes, strata, organized interests, collective actors—*Wirtschaftsverfassung II*.<sup>27</sup>

If constitutions have emerged as “historical compromises of social power constellation”<sup>28</sup> forming the interaction between social relations and legal relations, then it would no longer be plausible to restrict the constitutional concept to the political state constitution, yet constitutional lawyers still emphatically advocate doing so today. At the very least, the economic constitution would have to be recognized as independent of the state constitution—economic constitution I. What is more, Wiethölter considered it necessary to merge the latter into a more comprehensive “unity of labor, economic and social constitution—economic constitution II.” Its future task was to create a “political obligation of the economy to act in the public inter-

25 Ibid., 50.

26 Ibid., 49.

27 RW 398 ff., Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, 1977.

28 RW 50, Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht, 1977.

26 Ibid., 49.

27 RW 398 ff., Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, 1977.

28 RW 50, Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht, 1977.



Gesamtwirtschaft in Gesamtinteresse“.<sup>29</sup> Und in seinem Engagement für die Wissenschafts- und Hochschulverfassung wurde endgültig deutlich, dass Wiethölter einen Verfassungsbegriff vertrat, der sich auf die gesamte Gesellschaft bezieht.<sup>30</sup> Dies traf sowohl für seine Verfassungsdiagnosen zu als auch für seine Vorstellungen einer künftigen Verfassung. Und diese hießen für Wiethölter, ebenso wie für seinen Mitstreiter Jürgen Habermas, Politisierung und Demokratisierung der gesamten Gesellschaft über rechtliche Teilbereichsverfassungen zu institutionalisieren:

„Politisierung heißt dabei nicht Beginn politischer Strukturierung von Wissenschaft und Hochschule, sondern schlicht: die vorhandene Politisierung von Wissenschaft und Hochschule ... in ihre legitime Verfassung zu bringen. Dieses demokratische Verfassungsproblem muss uns außer für Hochschulen z. B. auch für Wirtschaft, Unternehmen, Presse usw. gelingen, wenn uns im Ergebnis die Hauptaufgabe, nämlich die Verfassungsorganisation der politischen Gesellschaft insgesamt gelingen soll.“<sup>31</sup>

## IV.

## KRITISCHE SYSTEMTHEORIE

Von der „Sozialverfassung“, in der die Gesellschaft das Recht bestimmt, zum „selbstgerechten Rechtsverfassungsrecht“, in dem das Recht zur Autonomie verurteilt ist – so lassen sich schlagwortartig die Wandlungen in Wiethölter's späterem Verfassungsdenken kennzeichnen. Seit dem „Schicksalsjahr 1974“, in dem die konservative Wende in der BRD seine Reformhoffnungen für Juristenausbildung und Hochschulverfassung jäh zerstörte,<sup>32</sup> wird nun die permanente Auseinandersetzung mit drei sozialtheoretischen Großtheorien – Kritik-Philosophie, System-Soziologie, Institutionen-Ökonomie – zum Dreh- und Angelpunkt seiner verfassungstheoretischen Überlegungen.

est.“<sup>29</sup> And in his commitment to the constitutions of science and higher education, it finally became clear that Wiethölter represented a constitutional concept that refers to all sectors of society.<sup>30</sup> This applied both to his constitutional diagnoses and to his ideas of a future constitution. And for Wiethölter, as well as for his fellow campaigner Jürgen Habermas, these meant institutionalizing the politicization and democratization of society as a whole in all its sectors:

“Politicization does not mean the beginning of political structuring of science and universities, but simply: to bring the existing politicization of science and universities ... into their legitimate constitution. We must succeed in this democratic constitutional problem not only for universities, for example, but also for the economy, businesses, the press, etc., if we are to succeed in our main task, namely the constitutionalisation of political society as a whole.”<sup>31</sup>

## IV.

## CRITICAL SYSTEMS THEORY

From the “social constitution,” in which society determines the law, to the “self-justifying constitutional law of the law” (“*selbst-gerechtes Rechts-Verfassungs-Recht*”), in which law is condemned to radical autonomy—this is how the changes in Wiethölter's later constitutional thinking can be characterized in catchwords. From the “fateful year 1974” in which the conservative turn in German government destroyed all his hopes for the reform of universities and of legal education,<sup>32</sup> Wiethölter reorients his focus toward constitutional theory, while continuously exposing it to three major social theories: critical philosophy, systems sociology, institutional economics.

29 RW 298, Position des Wirtschaftsrechts im Sozialstaat, 1965. Hintergrund sind natürlich die in Weimar entwickelten Vorstellungen zur Wirtschafts- und Sozialverfassung, besonders *Hugo Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden, herausgegeben von Otto Kahn-Freund und Thilo Ramm, 2 Bände (1976). Dazu monographisch *Ruth Dukes*, *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law* (2014).

30 RW 385, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, 1977.

31 RW 535 f., Anforderung an den Juristen heute, 1969. Zu Wiethölter's Einschätzung des Bremer Hochschulexperiments Wiethölter (Fn. 15), 22 ff.

32 *Rudolf Wiethölter*, „L'essentiel est invisible pour les yeux“, in: Joerges / Zumbansen (Hg.), *Politische Rechtstheorie Revisited* (2013), 188. Dazu eingehend *Domenico Siciliano*, „Juristen sind nicht ‚von Kant‘, sondern ‚von Ulpian‘“: Der Frankfurter Streit zwischen Jürgen Habermas und Rudolf Wiethölter über den „Philosoph als wahrer Rechtslehrer“, *Kritische Justiz* 52 (2019), 575–600.

29 RW 298 Position des Wirtschaftsrechts im Sozialstaat, 1965. Obviously, the background is the debate in the Weimar Republic on economic and labor constitutionalism, particularly *Hugo Sinzheimer*, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*. *Gesammelte Aufsätze und Reden*, herausgegeben von Otto Kahn-Freund und Thilo Ramm, 2 Bände (1976). For an excellent analysis, *Ruth Dukes*, *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law* (2014).

30 RW 385 ff., Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, 1977.

31 RW 535 f., Anforderung an den Juristen heute, 1969. On Wiethölter's assessment of the Bremen university experiment Wiethölter (fn. 15), 22 ff.

32 *Rudolf Wiethölter*, „L'essentiel est invisible pour les yeux“, in: Joerges / Zumbansen (eds.), *Politische Rechtstheorie Revisited* (2013) 188. For more details, *Domenico Siciliano*, „Juristen sind nicht ‚von Kant‘, sondern ‚von Ulpian‘“: Der Frankfurter Streit zwischen Jürgen Habermas und Rudolf Wiethölter über den „Philosoph als wahrer Rechtslehrer“, *Kritische Justiz* 52 (2019) 575–600.

## 1. Gesellschaftstheorien-Kollisionen

Den Streit der rivalisierenden Theorien mit Anspruch auf Verbindlichkeit zu entscheiden, vermeidet Wiethölter. Stattdessen praktiziert er Transversalität, ein Verfahren, das in der aktuellen Philosophie im Umgang mit der heutigen Diskurspluralität, die auf die Theoriekatastrophe der *grands récits* folgte, entwickelt wurde.<sup>33</sup> Für Wiethölter folgt aus dem Zusammenbruch der alteuropäischen „Theorie-Dreieinigkeit gegen alle intermediären („gesellschaftlichen“) Gewalten“, also der Einheit von bürgerlicher Politischer Philosophie, Politischer Ökonomie und Politischer Soziologie, dass unter den Bedingungen extremer gesellschaftlicher Spaltungen eine einzige allgemeingültige Gesellschaftstheorie nicht mehr existieren kann, sondern nur noch der nicht lösbare Konflikt zwischen mehreren gleichursprünglichen Gesellschaftstheorien. Ihre Berechtigung beziehen sie aus dem widersprüchlichen Nebeneinander, das heißt aus den Kollisionen unterschiedlicher gesellschaftlicher Rationalitäten, aber auch aus ihren wechselseitigen Abhängigkeiten. Wiethölter wehrt den Totalitätsanspruch einer jeden der drei Theorien ab und akzeptiert ihr jeweiliges Eigenrecht ebenso wie ihre Interdependenz.

Dieser Theorienkonflikt bietet die eigentliche Herausforderung für die Verfassungstheorie.<sup>34</sup> Trotz persönlicher Sympathien für Habermas' Diskurstheorie hält er peinlich auf Äquidistanz zu allen drei Theorien. Doch läuft das transversale Vorgehen durchaus nicht auf einen unverbindlichen Theorierelativismus *à la anything goes* hinaus. Ebenso wenig erhebt Wiethölter den Anspruch auf eine Supertheorie, in der die Differenzen der Theorien aufgehoben würden, stattdessen markiert er eine rätselhafte Leerstelle im Dreieck der Sozialtheorien. Erst ein solcher Suspensionsraum, innerhalb dessen die Geltungsansprüche der rivalisierenden Theorien einander aufheben, schafft die Freiheit, die Frage zu stellen: „Ist unserem Recht der Prozess zu machen?“<sup>35</sup> Der *re-entry* der drei Theorien in diesen Raum öffnet einen *imaginary space* für die Rechtstheorie, den Wiethölter maximal nutzt, um die Idee des Rechtsverfassungsrechts zu entwickeln.

Wiethölter setzt seine Hoffnungen auf wechselseitige Irritation, ja gar auf wechselseitige Lernchancen der Theorierivalen, ohne dass er aber diesen Metaprozess einseitig von der Rationalität des rationalen Diskurses, der Autopoiese oder des Marktes bestimmen lässt. Als solche Lernprozesse

## 1. Social Theory Conflicts

Wiethölter avoids making a definitive decision regarding the conflict between these rival social theories. Instead, he practices transversality, a procedure developed in contemporary philosophy to deal with today's discourse plurality that followed the theory catastrophe of the *grands récits*.<sup>33</sup> For Wiethölter, it follows from the collapse of the old European “theory triunity against all intermediate (‘societal’) powers,” i.e. the unity of bourgeois political philosophy, political economy and political sociology, that a single universally valid theory of society can no longer exist under the conditions of extreme social divisions. What remains is only the unsolvable conflict between several co-originary theories of society. They derive their justification from their contradictory coexistence, i.e. from the conflicts between different social rationalities, but also from their mutual dependencies. Wiethölter fends off the claim to totality of each of the three theories and accepts their intrinsic legitimacy as well as their interdependence.

This conflict between social theories poses the real challenge for constitutional theory.<sup>34</sup> Despite personal sympathies for Habermas' discourse theory, Wiethölter scrupulously maintains equal distance from all three. But the transversal approach does not at all amount to a non-binding, anything-goes relativism. Neither does Wiethölter lay claim to a super-theory that would eliminate the differences between the theories; instead, he marks a mysterious void within the triangle of social theories. Only such a suspension space, within which the validity claims of rival theories cancel each other out, creates the freedom to pose the question: “Do we have the right to bring the law to trial?”<sup>35</sup> Upon re-entry of the three theories, there opens up an imaginary space for legal theory, which Wiethölter maximizes to develop the law of constitutional law.

Wiethölter sets his hopes on mutual irritation, indeed on the reciprocal learning opportunities posed by the rival theories, but without allowing this metaprozess to be determined one-sidedly by the logics of either rational discourse, autopoiesis or the market. His breathless to-and-fro transla-

33 Besonders von Wolfgang Welsch, *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft* (1996).

34 Zu Anschlussmöglichkeiten des Rechts für alle drei Theorien RW 107, *Recht-Fertigungen eines Gesellschaftsrechts*, 2013.

35 So der Titel von RW 55, *Ist unserem Recht der Prozess zu machen?* 1989.

33 Wolfgang Welsch, *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft* (1996).

34 On the possibilities of connecting law to all three theories *Wiethölter* (fn. \*), 2005.

35 Thus the title of RW 55, *Ist unserem Recht der Prozess zu machen?* 1989.

sind wohl seine atemlosen Hin- und Her-Übersetzungen von Verfassungsfragen in die Sprache der Diskurstheorie, der Systemtheorie und des ökonomischen Institutionalismus zu verstehen.<sup>36</sup> Sie sollen im Verlauf der Übersetzungen einen normativen Mehrwert erzeugen, der die Formulierung von Verfassungsprinzipien, die der heutigen Gesellschaftslage gerecht werden, möglich macht. Und nur vorläufig, nur versuchsweise empfiehlt er, die Ausgangsunterscheidung bei der kritischen Theorie zu suchen, um in ihrem Lichte mit den anderen Theorien, mit Systemtheorie und Institutionenökonomik, als Folgeunterscheidungen anzuschließen. Immer wieder betont er die Vorläufigkeit dieser Entscheidung, wenn er das Verhältnis der Theorien zueinander darin sieht, dass sie ihre Schwachstellen wechselseitig beleuchten.

## 2. Rezeption und Kritik der Systemtheorie

„Kritik der funktionalistischen Vernunft“ – dies ist der gemeinsame Kampf, den Wiethölter zusammen mit Jürgen Habermas gegen die destruktiven Tendenzen der Moderne, gegen ihr Todsünden-Erbe und zugleich gegen dessen Apologeten führt. Gemeinsam ist beiden ein Theorieprogramm, in dem sie zwar vielfältige Elemente der funktionalistischen Systemtheorie in ihre Konzepte transplantieren, sie dann aber intern einer umso härteren Fundamentalkritik auszusetzen, welche die übernommenen Elemente radikal transformiert.

Aus Habermas' monumentaler Theoriearchitektur bricht Wiethölter jedoch bald aus und verfolgt windungsreichere und kühnere Gedankengänge. Habermas inkorporiert die Systemtheorie in der Weise, dass er stets zwei gesellschaftliche Welten mit je unterschiedlichen Handlungslogiken konstruiert und diese dann geradezu manichäisch einander entgegensetzt. Im Dualismus von Systemevolution, in der funktionale Imperative herrschen, einerseits und Normevolution andererseits, in der sich historisch eine Steigerung von normativen Rechtfertigungsniveaus bis hin zu diskursiver Vernunft beobachten lässt, realisiert sich historisch der Konflikt von Funktionslogik versus Diskursnormativität. Das wiederholt sich in den Dualismen von System versus Lebenswelt, von funktionalen Handlungssystemen versus normativen Lebensbereichen, und sogar innerhalb eines Systems, nämlich des Rechts, im Dualismus von Institution versus Medium.<sup>37</sup>

tions of constitutional questions into the languages of discourse theory, systems theory and economic institutionalism are to be understood as such learning processes.<sup>36</sup> The course of these translations ought to yield some normative surplus value that makes it possible to formulate constitutional principles which do justice to today's historical situation. And only for the time being, only on an experimental basis does he recommend searching for the initial distinction in critical theory in order to connect it in its own light with the other theories, with systems theory and institutional economics, as consequential distinctions. Again and again he emphasizes the provisional nature of this decision when he sees the relationship between the theories in the fact that they mutually illuminate each other's weak points.

## 2. Reception and Critique of Systems Theory

“Critique of functionalist reason”—this is the common struggle that Wiethölter and Jürgen Habermas wage against the destructive tendencies of modernity, against its legacy of deadly sins, and at the same time against its apologists. What both men have in common is a theoretical program in which they transplant diverse elements of functionalist systems theory into their concepts, but then expose these adopted elements internally to an even tougher fundamental critique from which they emerge radically transformed.

Wiethölter soon breaks free of Habermas' monumental theory architecture, however, to pursue more experimental and more daring trains of thought. Habermas incorporates systems theory in such a way that he always constructs two social worlds, each with a different action logic, and then opposes them almost Manichaeian-style. The conflict of functionalist logic versus discourse normativity, Habermas submits, is historically realized in the dualism of system evolution, in which functional imperatives prevail, on the one hand, and norm evolution, on the other, in which a movement from several normative levels of justification to discursive rationality can be observed historically. This is repeated in the dualisms between system versus lifeworld, of functional systems versus normative areas of life, and even within one system, namely the law, in the dualism of institution versus medium.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Etwa RW 171 ff., Zur Argumentation im Recht, 1995.

<sup>37</sup> Jürgen Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Band 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft (1981), 229 ff. (System/Lebenswelt, Evolution, Trennung von Handlungsbereichen); 536 ff. (Recht als Institution/Medium).

<sup>36</sup> For example, RW 171 ff., Zur Argumentation im Recht, 1995.

<sup>37</sup> Jürgen Habermas, The Theory of Communicative Action. Vol. 2 : Lifeworld and System - A Critique of Functional Reason (1987), 454 ff. (system/life world, evolution, separation of areas of action); 365 ff. (law as institution/medium).

Eine solch scharfe Reviertrennung, mit Hilfe derer sich die normative Welt gegenüber den funktionalen Imperativen der systemischen Welt abschirmen kann, und diese sich ihrerseits als resistent gegen normative Kritik erweist, kann Wiethölter nicht akzeptieren. Gerade für die Wirtschaft, um die sich Habermas gar nicht mehr kümmert, sucht Wiethölter nach einer normativ anspruchsvollen Verfassung. Gerade im Inneren der Ökonomie müsse man ein kritisches Potential aufdecken. Die funktionalistische Vernunft soll in allen Systemen von innen her aufzubrechen sein. Er sucht nach Chancen einer gesellschaftlichen Normativität, die gerade „unter Systembedingungen“ subversiv wirkt. Ein neues mögliches Recht könne nur ein „autopoietisches Unsystem“ sein, das den routinisierten Selbstlauf der Autopoiese ständig durchbricht, indem es „Chaos in Ordnung bringt“<sup>38</sup> – und dies genau in seiner de-konstruktiven Doppelbedeutung. Diese nervöse Dauerirritation von festgefühten Rechtskonstrukten unterscheidet Wiethölter’s Version einer kritischen Systemtheorie von Habermas’ begrifflich streng durchkonstruierter Theorie des kommunikativen Handelns. *Avaritia, superbia, contentio* – die funktionalistischen Todsünden nimmt Habermas in Abschiebehaft, um die verletzlichen diskursiven Welten vor ihren verderblichen Einflüssen zu schützen. Wiethölter dagegen nimmt in sämtlichen gesellschaftlichen Bereichen den „guten Kampf“<sup>39</sup> gegen die Todsünden auf.<sup>40</sup>

## V.

## RECHTSVERFASSUNGSRECHT

## 1. Radikale Rechtsautonomie

Jetzt entwickelt Wiethölter die Idee des Rechtsverfassungsrechts, deren, so wie er sagt, „Witz es ist, vorzuschlagen, Systemtheorie gerade als führende Gesellschaftstheorie radikal ernst zu nehmen“.<sup>41</sup> Warum aber um alles in der Welt gerade Systemtheorie? – Von Hegel, Marx und Bloch hat

38 RW 107, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, 2003. Allerdings würde die Systemtheorie einwenden, dass auch nach einer solchen Obstruktion stets ein neues autopoietisches System entsteht würde, so wie auch die moderne Kunst nach allen Obstruktionen ein autopoietisches System geblieben ist.

39 Diese quasi-religiösen Bezüge nimmt Wiethölter für seinen akademischen Vorgänger Franz Böhm, mit dem er sich durchaus identifiziert, in Anspruch, RW 85, Franz Böhm (1895-1977), 1989.

40 Eingehend zu den Divergenzen zwischen Habermas und Wiethölter, *Siciliano* (Fn. 32).

41 RW 154, Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts, 1992. Übereinstimmungen und Unterschiede der „Theorie rivalen“ Wiethölter und Luhmann beleuchten *Roman Guski*, Die Einheit der Gegensätze: Negativismus, Systemtheorie und Rechtsdogmatik, Kritische Justiz 52 (2019), 435–448, und *Gunther Teubner*, Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Joerges / Teubner (Hg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigungen zwischen Sozialtheorie und Privatrechtsdogmatik (2003), 25-45.

Wiethölter cannot accept such a sharp territorial boundary, with the help of which the normative world can shield itself from the functional imperatives of the systemic world, which in turn proves to be resistant to normative criticism. Especially for the economy, which Habermas no longer cares about, Wiethölter is looking for a constitution that proves normatively demanding. Critical potential must be uncovered especially within the economy. Across all systems, functionalist reason ought to be pried apart from within. He is looking for opportunities for a social normativity that has a subversive effect under systemic conditions. A new possible legal order could only be an “autopoietic non-system” that constantly breaks through the routinized self-fulfillment of autopoiesis by “putting chaos in order”<sup>38</sup>—and this precisely in its de-constructive double meaning. This nervous permanent irritation of fixed legal concepts distinguishes Wiethölter’s version of a critical systems theory from Habermas’ rigorously constructed theory of communicative action. *Avaritia, superbia, contentio*—Habermas puts the functionalist mortal sins into deportation custody to protect the vulnerable discursive worlds. But Wiethölter puts up the “good fight”<sup>39</sup> against the mortal sins in all areas of society.<sup>40</sup>

## V.

THE LAW OF CONSTITUTIONAL LAW  
(RECHTSVERFASSUNGSRECHT)

## 1. Law’s radical autonomy

Wiethölter now develops the idea of the law of constitutional law whose, as he says, “*pointe* it is to propose that systems theory be taken radically seriously as the leading theory of society.”<sup>41</sup> But why systems theory of all things? Wiethölter learned from Hegel, Marx and Bloch that utopias must not

38 *Wiethölter* (fn. \*, 2005), 75. Systems theory would object, however, that even after such an obstruction a new autopoietic system would always emerge, just as modern art has remained an autopoietic system after all obstructions.

39 Wiethölter makes use of these quasi-religious references for his academic predecessor Franz Böhm, with whom he certainly identifies, RW 85, Franz Böhm (1895-1977), 1989.

40 For the differences between Habermas and Wiethölter in detail, *Siciliano* (fn. 32).

41 RW 154, Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts, 1992. For the differences between Luhmann and Wiethölter, *Roman Guski*, Die Einheit der Gegensätze: Negativismus, Systemtheorie und Rechtsdogmatik, Kritische Justiz 52 (2019) 435–448; *Gunther Teubner*, Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Perez / Teubner (eds.), On Paradoxes and Inconsistencies in Law (2006), 41-64.

Wiethölter gelernt, dass Utopien nicht einfach gute Gegenentwürfe zur schlechten Wirklichkeit sein dürfen. Vielmehr müssen sie auf erkennbaren Entwicklungstendenzen der bestehenden Gesellschaft aufbauen und deren sich andeutenden Chancen nutzen, um eine realistische Vision der Zukunft entwerfen zu können und mit überlegten politischen Strategien die Realisierung der Chancen zu befördern. Und für Wiethölter ist es die Systemtheorie, welche die bisher klügsten Analysen dieser Entwicklungstendenzen geliefert hat. Zugleich aber wendet er, wie gesagt, den kritischen Stachel von innen her gegen die funktionalistische Systemtheorie, um sie in normativer Perspektive zu transformieren zu einer kritischen Systemtheorie.<sup>42</sup> Worin genau realisiert sich die Kritizität von Wiethölter's Version einer kritischen Systemtheorie gegenüber Luhmanns funktionalistischer Systemtheorie? Und wie schlägt sie sich im Verfassungsbegriff nieder?

Der rätselhafte Begriff des „selbstgerechten Rechtsverfassungsrechts“ markiert die spektakuläre Wende im Verfassungsdenken Wiethölter's. Während er früher der „Verfassung hinter der Verfassung“, also den gesellschaftlichen Machtkompromissen eine klare Dominanz gegenüber den rechtlichen Verfassungsnormen gab, so betont er jetzt in seiner Auseinandersetzung mit den Sozialtheorien geradezu umgekehrt die hohe Autonomie des Rechts:

„Vielleicht liegt in der Emanzipation solchen Rechts vom Recht in den rivalisierenden Gesellschaftstheorien, das wohl als ‚Anderes als Recht‘ oder ‚anderes Recht‘ (noch) nicht überholt scheint, hin zu einem ‚Anderen des Rechts‘ ein Verwirklichungs-Chancenschritt, ...“

Und dann kommt es heraus:

„‚Recht‘ beugte sich dann nicht den Gesellschaftstheoriesdesigns, sondern wäre selbst eines, mithin jedenfalls nicht ‚System‘, nicht ‚Diskurs‘, nicht ‚Unternehmen‘.“<sup>43</sup>

simply be good alternatives to bad reality. Rather, they must build on recognizable developmental trends in society and exploit the opportunities they present in order to be able to draw up a realistic vision of the future and to promote their realization with thoughtful political strategies. And for Wiethölter it is systems theory that provides the most advanced analyses of these development trends. At the same time, however, he wields the critical sting from within against functionalist systems theory in order to transform it into a critical systems theory from a normative perspective.<sup>42</sup> Wherein exactly does the criticality of Wiethölter's version of a critical systems theory materialize in relation to Luhmann's functionalist systems theory? And how is it reflected in his concept of constitution?

The enigmatic concept of a “self-justifying law of constitutional law” marks the spectacular turn in Wiethölter's constitutional thinking. Whereas in the past he had clearly prioritized the constitution behind the constitution, i.e. the social power compromises over legal constitutional norms, now, in his confrontation with social theories, he almost inversely emphasizes the high autonomy of law:

“Perhaps in the emancipation of such law from the law in the rival social theories, which probably does not (yet) seem outdated as ‘other than law’ or ‘other law’, lies a step towards the opportunity of realization of an ‘other of the law’, ...”

And then it comes out:

“‘Law’ then did not bow to the social theory design but was itself one, at least not ‘system,’ not ‘discourse,’ not ‘undertaking.’”<sup>43</sup>

42 Wahrscheinlich aus dem gleichen Grunde zeigt sich bei Emilius Christodoulidis, einem prominenten Vertreter der kritischen Rechtstheorie, eine Wahlverwandtschaft zu Luhmanns Systemtheorie, *Emilius A. Christodoulidis, On the Politics of Societal Constitutionalism*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20 (2013), 629-664. Parallel dazu benutzt Bob Jessop sechs Schlüsselbegriffe der Systemtheorie, um Defizite der heutigen Marxismustheorien zu korrigieren, *Bob Jessop, Zur Relevanz von Luhmanns Systemtheorie und von Laclau und Mouffes Diskursanalyse für die Weiterentwicklung der marxistischen Staatstheorie*, Hirsch / Kannankulam (Hg.), *Der Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (2008), 157-179.

43 RW 108 Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, 2003. An anderer Stelle bezeichnet er es als das „Rechtsparadoxon – Recht begründet seine Geltungen (autonom) als Recht durch Recht gegen Recht“, RW 59 Ist unserem Recht der Prozess zu machen? In unmittelbarer Nachbarschaft zu Wiethölter's Ideen zu Autonomie und Interdependenz entwickelt Jessop (Fn. 42) eine gründlich durchdachte Synthese von kritischer Theorie und Systemtheorie, die auf eine radikale operative Autonomie der Sozialsysteme im Schatten der ökologischen Dominanz der Wirtschaft hinausläuft.

42 Probably for the same reasons Emilius Christodoulidis, a prominent speaker of critical systems theory, shows elective affinities to Luhmann's theory, *Emilius A. Christodoulidis, On the Politics of Societal Constitutionalism*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20 (2013) 629-664. In a parallel fashion Bob Jessop makes use of six central concepts of systems theory to compensate for deficiencies of contemporary Marxist theories of society, *Bob Jessop, Zur Relevanz von Luhmanns Systemtheorie und von Laclau und Mouffes Diskursanalyse für die Weiterentwicklung der marxistischen Staatstheorie*, Hirsch / Kannankulam (eds.), *Der Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (2008), 157-179.

43 *Wiethölter* (fn. \*, 2005), 75. He characterizes the legal paradoxon: “Law is founding its validity (‘autonomously’) as law through law against law”, RW 59 Ist unserem Recht der Prozess zu machen? Close to Wiethölter's ideas on autonomy and interdependence, *Jessop* (fn. 42) elaborates a thoroughly thought-through synthesis of systems theory and critical theory, ending up with the social systems' radical operative autonomy existing in the shadow of the economy's ecological dominance.

Diese Wende verblüfft Freunde und Feinde. Verblüffend ist zum einen, dass er jetzt den Operationen des Rechts gegenüber ihren gesellschaftlichen Korrelaten eine Autonomie zuspricht, die sehr viel radikaler gedacht ist als die bloße relative Autonomie des Rechts, wie sie von der kritischen Sozialtheorie und der unkritischen Rechtssoziologie verstanden wird. Schon gar nicht darf sie mit der Autonomie der Rechtsdogmatik im Sinne der herrschenden Lehre verwechselt werden. Autonomie heißt jetzt: Eigensinn eines gesellschaftlichen Handlungsbereichs, dessen Identität nicht bloß durch Normen, Prinzipien, dogmatische Lehrsätze, sondern tieferliegend erst durch seine Praxis des Streitigen – durch Rechtsentscheidungen, Gesetz, Vertrag, Richterspruch, akademische Kontroversen, politische Kämpfe –, die eine rechtseigene Innenwelt erzeugen, konstituiert wird.

Verblüffend ist jetzt zum anderen, dass die alles bestimmende Leittheorie für das Recht und besonders für die Verfassung nicht mehr extern, in Sozialtheorie oder Philosophie, zu finden sein soll. Plädierte Wiethölter früher leidenschaftlich für ein Aufgehen der Rechtswissenschaft in einer umfassenden Sozialwissenschaft, so experimentiert er jetzt überraschend mit der genau entgegengesetzten Idee, nämlich dass das Recht eine eigenständige Gesellschaftstheorie (*sic!*) produziert. Nicht nur eine eigene Theorie des Rechts, sondern eine rechtseigene Theorie der ganzen Gesellschaft! Dass eine solche Rechtsgesellschaftstheorie aber nicht in selbstgenügsame Rechtsdogmatik, rechtssysteminterne Ideologie und professionelle Selbstverständlichkeiten abrutscht, dafür muss freilich die stets durchgehaltene Konfrontation mit den drei großen Sozialtheorien sorgen, die als externe Beobachter das autonome Recht permanent mit inkongruenten Perspektiven provozieren. Die Rechtsdogmatik befreit sich von ihren professionellen Zwängen, indem sie sich durch das von den Sozialtheorien erzeugte Überschusspotential an Strukturvariationen für seine Selbständerungen irritieren lässt. Und genau in dieser Konfrontation wird das autonome Recht selbst zu einem der merkwürdigen Sinnwelten der Gesellschaft, deren Reflexionspotential höher ist als das der ganzen Gesellschaft, genauso wie es Gotthard Günther beschrieben hat.<sup>44</sup> Wiethölter's Rechtsutopie ist aus dem eigenen Reflexionspotential des Rechts und nicht aus dem der Soziologie oder der Philosophie zu entwickeln.

Weil ein solcherart sozialwissenschaftlich „aufgeklärtes“ rechtseigenes „Gesellschaftstheoriesign“ vor allem auf eine hochgetriebene Autonomie der Operationen und der Selbstbeschreibungen des

This astonishes friends and enemies alike. It is astonishing, for one, that he now ascribes a high degree of autonomy to the operations of the law vis-à-vis its social correlates, which is much more radical than the mere relative autonomy of law as thought by critical social theory and uncritical sociology of law. By no means should it be confused with the autonomy of legal doctrine in the usual sense. Autonomy now means: The obstinacy of an area of social action whose identity is constituted not merely by norms, principles, doctrines, but rather foremost by its practice of dispute—by legal decisions, legislation, contract, judgement, academic controversies, political struggles—which generate an inner phenomenal world of the law.

It is also astonishing that the all-determining guiding theory for law and especially for the constitution is no longer to be found externally, in social theory or philosophy. While early Wiethölter used to argue passionately for the integration of jurisprudence and doctrine into a comprehensive social science, he is now experimenting surprisingly with the very opposite idea, namely that law itself produces an independent theory of society (*sic!*). Not just a theory of law, but a theory of society as a whole! In order to ensure that law's own theory of society does not slide into self-sufficient legal doctrine, judicial ideology and professional self-evidence, however, confrontation with the three major social theories is needed. These three external observers permanently provoke autonomous law with incongruent perspectives. Legal doctrine which has been captive to professional pressures will thus gain the freedom to react to the irritations caused by the excess potential of the social theories. The effect is an opening to self-modification. And it is in this confrontation that autonomous law itself becomes one of the noteworthy parts of society, whose potential for reflection is greater than that of society as a whole, as Gotthard Günther has described it.<sup>44</sup> Wiethölter's juridical utopia is developed out of the reflection potential of law itself and not from that of sociology or philosophy.

Such an enlightened legally innate “societal theory design” relies above all on a radical autonomy of law's operations and self-descriptions. Thus, the development of modern law is no longer to be

44 Gotthard Günther, Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik (1976), 319.

44 Gotthard Günther, Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik (1976), 319.

Rechtes setzt, ist die Entwicklung des modernen Rechts nicht mehr als bloßes Epiphänomen von fundamentalen gesellschaftlichen Prozessen zu verstehen, sondern als ein eigenständiger gesellschaftlicher Verselbständigungs- und Entfremdungsprozess im Rahmen einer kapitalistisch verfassten Gesellschaft.<sup>45</sup> Dessen Verlauf und dessen Ergebnisse sind nun primär aus der Eigenlogik des Rechts und erst sekundär aus ihrem indirekten Bezügen zu den Eigenlogiken der Wirtschaft, der Politik, der Kultur etc. zu verstehen.

## 2. Kritik des Rechtsfunktionalismus

Soweit Konsens mit der Systemtheorie. Je stärker aber Wiethölter die Autonomie des Rechts und in strenger Parallele dazu die Autonomie anderer Sozialsysteme betont, um so härter fällt seine Anklage gegen ihre Todsünden aus, seine Fundamentalkritik an ihrer rücksichtslosen Eigenrationalitätsmaximierung und an ihrer ebenso rücksichtslosen Expansion über ihre Grenzen hinaus. Insofern sich „Recht als Recht“ in der Tat radikal auf Selbstbestimmtheit hin „emanzipiert“ habe und es sich abgekoppelt habe sowohl von Rechts-subjekten als auch von (Sozial-)Moral, dann begeht es eine Todsünde, wenn es, wie es die herrschende Rechtsdogmatik, besonders in Deutschland, tut, erbitterten Widerstand leistet gegen neuartige erst herzustellende Rückkoppelungen an „Externalität, Normativität gesellschaftsgeschichtlichen Legitimationen, Strukturierungen, Codierungen“. Das genaue Gegenteil tue Not: Gerade weil das Recht zu hoher Autonomie verurteilt ist, muss es nun selbst aktiv nach neuen belastbaren Rückbindungen an die Gesellschaft suchen.<sup>46</sup>

Das gleiche gelte auch in der Beziehung des Rechts zur Autonomie anderer Systeme, besonders zur Wirtschaft. Je mehr diese sich in ihrer hochgetriebenen Eigendynamik von gesellschaftlichen Bedürfnissen abkoppelten, umso mehr bedürften sie externer Kontrollen, unter anderen durch das Recht. In der Konfrontation des Rechts mit Problemen der Weltgesellschaft – Stichworte: Finanzialisierung der gesellschaftlichen Reproduktion, ökologische Risiken, Gefahren der Reproduktivmedizin, Exklusion von ganzen Bevölkerungsgruppen, all dies als Folge weltweiter funktionaler Differenzierung – erwächst dem autonomen Recht eine neuartige Aufgabe gegenüber anderen ihrerseits autonomen Sozialsystemen.

Gerade vor dieser Problematik aber versagt die Theorie autopoietischer Systeme – dies ist Wiethölter's Fundamentalkritik an Luhmann. Fast

understood as a mere epiphenomenon of more fundamental social processes. Rather, it is to be seen as an independent process of social autonomy—and simultaneously of alienation—within the framework of a capitalist society.<sup>45</sup> Its course and its results are now to be understood primarily from the inherent logic of the law and only secondarily from its indirect references to the inherent logics of the economy, politics, culture, etc.

## 2. Critique of juridical functionalism

So far in consensus with systems theory. But the more Wiethölter emphasizes the autonomy of law and, in strict parallel, the autonomy of other social systems, the more gravely he accuses their deadly sins. His critique of their ruthless rationality maximization and of their equally ruthless expansion beyond their limits is fundamental. To the extent that “law as law” has indeed “emancipated itself radically towards self-determination and has uncoupled itself both from legal subjects and from (social) morals,” he says, it commits a mortal sin when—as the current legal doctrine, especially in Germany, does—it bitterly resists new feedback with “externality, normativity of socio-historical legitimacies, structure, codes.” Wiethölter's prescription is the exact opposite: The law itself must now actively seek new, resilient ties back to society precisely because it has gained such a high degree of autonomy.<sup>46</sup>

The same applies to the relationship between law and other systems, especially the economy. The more they have decoupled themselves from social needs in their highly driven momentum, the more they would need external controls, particularly by law. When the law is confronting problems of world society—financialization of social reproduction, ecological catastrophes, the dangers of reproductive medicine, the exclusion of entire population groups—, all this as a result of worldwide functional differentiation, law acquires a new task in its relation to other autonomous social systems.

But it is precisely in confronting this major problem that the theory of autopoietic systems fails—this is Wiethölter's basic criticism of Luhmann. Almost

<sup>45</sup> Ebenso *Sonja Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts (2007).

<sup>46</sup> RW 167, Zur Argumentation im Recht, 1995.

<sup>45</sup> Same *Sonja Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts (2007).

<sup>46</sup> RW 167, Zur Argumentation im Recht, 1995.

zynisch spiele dieser das Zentralproblem der Moderne, die dringend benötigte Integration einer extrem gespaltenen Gesellschaft, herunter.<sup>47</sup> Schlimmer noch, Luhmann bestreite zu Unrecht die Möglichkeit einer Gemeinwohlorientierung mitsamt ihrer Chancen, zur Integration einer extrem gespaltenen Gesellschaft beizutragen. Stattdessen überlasse er es – und dies ist das Skandalon – ausgerechnet der Ökonomie, heimlich die Integration der Gesellschaft zu bewirken. Die funktionalistische Systemtheorie re-integriert, so lautet Wiethölter's vernichtendes Urteil, „eine Scheintotalität von Differenzierungen in die ‚Wirtschaft der Gesellschaft‘“ und legitimiert damit eine höchst fragwürdige „Einheit von ‚Ökonomie‘ und ‚Recht‘, der die Systemtheorie Autonomie, Positivität, Selbstreferenz als Autopoiese beglaubigt“.<sup>48</sup> Das aber wäre nichts anderes als ein ökonomischer Totalitarismus, in dem *avaritia* endgültig den gesellschaftlichen Primat zugesprochen bekäme.

### 3. Reziprozität / (Un-)Parteilichkeit

Seine normativ heiß aufgeladene Vision des Rechtsverfassungsrechts baut Wiethölter deshalb direkt auf Luhmanns kalter Funktionsanalytik auf, weil er sie, wie gesagt, als die avancierte Diagnostik der heutigen Entwicklungstendenzen der Gesellschaft ansieht. Wiethölter's zwei Prinzipien des Rechtsverfassungsrechts – Reziprozität und parteiliche Unparteilichkeit – sind deshalb unmittelbar auf die funktionale Differenzierung der Gesellschaft bezogen, zielen aber zugleich auf das von der Systemtheorie sträflich vernachlässigte Gemeinwohl. Freilich haben beide Prinzipien kaum noch etwas mit ihrer traditionellen Bedeutung zu tun.<sup>49</sup> Ein Versuch, sie zu entschlüsseln, würde Reziprozität jetzt nicht mehr verstehen als gegenseitiger Ausgleich zweier Individualinteressen im synallag-

cynically, Luhmann plays down the central problem of modernity, the urgently needed integration of an extremely divided society.<sup>47</sup> Worse still, according to Wiethölter, Luhmann wrongly denies even the possibility of an orientation towards the public good and accordingly the opportunities to contribute to the integration of an extremely divided society. Instead he leaves it—and herein lies the scandal—to the economy of all things to secretly bring about the integration of society. According to Wiethölter's devastating verdict, functionalist systems theory re-integrates the “totality of differentiations into the ‘economy of society’” and thus legitimizes a highly questionable “unity of ‘economy’ and ‘law’ to which systemic autonomy, positivity, self-reference as autopoiesis is accredited.”<sup>48</sup> But that would be nothing other than economic totalitarianism, in which *avaritia* would be awarded social primacy.

### 3. Reciprocity / (im-)partiality

Wiethölter's normatively hotly charged vision of the law of constitutional law is built up directly on Luhmann's cold functional analysis because, as pointed out above, he sees it as the most advanced diagnostics of today's society. Wiethölter's two principles of the law of constitutional law—reciprocity and partial impartiality—are therefore a direct reaction to the functional differentiation of society. At the same time, though, they aim at the crucial common good, which is totally neglected by systems theory. Admittedly, both principles hardly have anything to do with their traditional meaning.<sup>49</sup> An attempt to decipher them would now no longer understand reciprocity as mutual balancing of two individual interests in the synallagmatic contract, but instead as the reciprocal productive

47 Luhmann ironisiert die vielfach angemahnte Integration als ein „Verzweiflungskonzept“, dessen „überrollende Dringlichkeit“ er schlicht bezweifelt. Stattdessen beschreibt er die moderne Gesellschaft als eher „überintegriert“, *Luhmann* (Fn. 9), 618, 777.

48 RW 64 f., Ist unserem Recht der Prozess zu machen? 1989. Ob diese Kritik (ebenso wie Wiethölter's Zuordnung von Systemtheorie und ökonomischer Theorie zum gleichen politischen und theoretischen Lager) zutrifft, steht auf einem anderen Blatt. Eine gesellschaftsintegrierende Rolle spricht Luhmann dem Wirtschaftssystem wohl nicht zu; im Gegenteil betont er eher dessen desintegrierende Rolle. Und ob die unbestreitbaren Tendenzen einer Ökonomisierung des Rechts, heute tatsächlich, wie es Wiethölter sagt, zu einer Fusion der Wirtschaft und des Rechts geführt haben, dürfte zweifelhaft sein. Eher müsste man das heutige ökonomisierte Recht daraufhin im Detail untersuchen, welche der folgenden Alternativen verwirklicht sind: (1) massive Steigerung der wirtschaftlichen Irritationen des Rechtssystems oder (2) Zunahme ökonomischer Programme im binär codierten Recht oder (3) ökonomische Zweitcodierung des Rechts oder (4) Transformation des binären Rechtscodes in den binären Wirtschaftscodex mit dem Rechtscodex als bloße Fassade. (1) und (2) dürften mit Sicherheit zutreffen, (3) wahrscheinlich (noch) nicht, (4) dürfte auszuschließen sein.

49 Beide Begriffe unterscheiden sich deutlich vom zur Zeit üblichen Gebrauch, z.B. von Rainer Forst's Definition der Reziprozität des Inhalts und der Reziprozität der Gründe in normativen Diskursen, *Rainer Forst, Toleranz im Konflikt: Geschichte, Gehalt und Gegenwart eines umstrittenen Begriffs* (2003), 491 ff., oder von Brian Barry's Definition von (sekundärer) Unparteilichkeit als Erfordernis, dass Regeln auf der freien Übereinstimmung von Personen, die freie Übereinstimmung in vernünftigen Begriffen suchen, basieren, *Brian Barry, Justice as Impartiality* (1995), 11.

47 Luhmann speaks of integration with irony as a “concept of despair” whose overwhelming urgency he simply doubts. Instead, he describes modern society as overintegrated, *Luhmann* (fn. 9), 16.

48 RW 64 f., Ist unserem Recht der Prozess zu machen? 1989. Whether this criticism is justified is a different matter. Arguably, Luhmann does not attribute a socially integrating role to the economic system; on the contrary, he emphasizes rather its disintegrating role. And it is doubtful whether the undeniable tendencies towards the economization of law have actually led, as Wiethölter says, to a real fusion of the economy and the law today. Rather, one would have to examine today's economized law in detail as to which of the following alternatives have been realized: (1) massive increase of economic irritations of the legal system or (2) multiplication of economic programs within binary coded law or (3) economic secondary coding of the law or (4) transformation of the binary legal code into the binary economic code with the legal code as mere façade. (1) and (2) must certainly apply, (3) probably not (yet), (4) can be excluded.

49 Both concepts differ from established contemporary definitions, e.g. from Rainer Forst's philosophical concept of “reciprocity of content” and “reciprocity of reasons” in the process of normative reasoning, *Rainer Forst, The Right to Justification: Elements of a Constructivist Theory of Justice* (2007), 6 and *passim*, as well as from Brian Barry's definition of impartiality which requires that rules be based on free agreement of people seeking agreement on reasonable terms, *Brian Barry, Justice as Impartiality* (1995), 11.



matischen Vertrag, sondern als wechselseitige produktive und solidarische Verknüpfung der großen gesellschaftlichen Autonomiebereiche, besonders der Funktionssysteme. Individuelle Vertragsparität mit richterlichen Einzelkorrekturen herstellen zu wollen, wie es alternativ denkende Privatrechtler eifrig vorantreiben, erscheint dann als naiver Rekurs auf überholte Konzepte von einer einzelnen in sich ausbalancierten Rechtsbeziehung oder von der Autonomie des bürgerlichen Subjekts. Das eben wäre die falsche Utopie, die am Mangel an Gesellschaftsadäquität litte. Gesucht ist in der heutigen Gesellschaftslage stattdessen eine wirksame Kompensation von asymmetrischen Individualbeziehungen, die höchst umweghaft über mehrere Systemgrenzen hinweg soziale Ausgleichsbeziehungen herstellt. Ersichtlich geht Wiethölter damit weit über Parsons' Vorstellungen von Tauschbeziehungen zwischen sozialen Systemen, und über Luhmanns Analysen ihrer wechselseitigen Ergänzung und Beschränkung hinaus.<sup>50</sup> Es geht ihm um eine normativ verstandene sozialstaatliche Reziprozität als gesamtgesellschaftliche Ausgleichsgerechtigkeit zwischen Teilautonomien, die netzwerkartig nicht nur die Autonomie von funktionalen Großsystemen, sondern auch die von Individuen, Kollektiven, Institutionen, Organisationen in wechselseitiger Solidarität verknüpft. Als ein durch und durch normatives Konzept steht diese gesellschaftsweite Reziprozität durchaus Durkheims organischer Solidarität, die dieser als Reaktion auf gesellschaftliche Arbeitsteilung begriffen hatte, nahe und distanziert sich in ihrer normativen Aufladung deutlich von Luhmanns relativ blassem Begriff der strukturellen Kopplung.

Unparteiliche Parteilichkeit: Mit diesem zweiten, offen paradox formulierten Prinzip des Rechtsverfassungsrechts schließt Wiethölter wieder an systemtheoretische Zeitdiagnosen an, distanziert sich in der Folge aber endgültig von systemischen Autonomiebegriffen.

„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>51</sup>

and solidary interconnection of distant areas of social autonomy. Wanting to create contractual justice via singular judicial corrections, as lawyers with an alternative visions of private law entertain, then appears as an almost naive recourse to outdated concepts of a single, self-balanced legal relationship or of the autonomy of the bourgeois subject. That indeed would be the false utopia that suffers from a lack of social adequacy. What is sought in today's society instead is an effective compensation of asymmetrical individual relations, which creates solidary relations via a long detour across several system boundaries. Obviously, Wiethölter thus goes far beyond Parsons' ideas of exchange relations between social systems, and beyond Luhmann's analyses of their mutual complementarity and limitation.<sup>50</sup> He is concerned with a normative reciprocity of the welfare state as a social equilibrium between partial autonomies, which links not only the autonomy of functional, large-scale systems but also that of individuals, collectives, institutions, organizations in mutual solidarity in a network-like manner. As a thoroughly normative concept, this society-wide reciprocity is reminiscent of Durkheim's organic solidarity, which he had understood as a reaction to the social division of labor, and in its normative charge clearly distances itself from Luhmann's relatively pale concept of structural coupling.

Impartial partiality: Through this second, openly paradoxically formulated principle of the law of constitutional law, Wiethölter again concurs with systemic diagnoses of law in modern society, but subsequently distances himself from systemic concepts of autonomy.

“‘Autonomy’ was in fact never anywhere a guarantee of decentralized and sectoral ‘general good’ but itself a party, to which one releases activities only at the cost of ‘objectively justified’ criteria, venues kept open and fairness procedures kept to, in short, ‘relative impartiality’ and the capacity for universalization.”<sup>51</sup>

50 Zu intersystemischen Beziehungen *Talcott Parsons / Neil J. Smelser, Economy and Society: A Study in the Integration of Economic and Social Theory* (1956), 70 ff.; *Luhmann* (Fn. 9), 603 ff.

51 RW 471, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, 1988.

50 On intersystemic relations *Talcott Parsons / Neil J. Smelser, Economy and Society: A Study in the Integration of Economic and Social Theory* (1956), 70 ff.; *Luhmann* (fn. 9), 6 ff.

51 RW 471, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, 1988.

Will man diese paradoxe (Un-)Parteilichkeit dechiffrieren, so dürfte man die Rolle des Rechts gegenüber den Todsünden-Exzessen autonomer Funktionssysteme, gegenüber den Maßlosigkeiten ihrer internen Rationalisierung ihrer externen Expansion, weder darin bestimmen, mit hoheitlichen Regulierungen zu intervenieren, noch darin, eine bloße Rahmenordnung zu errichten. Vielmehr dürfte es Aufgabe des Rechts sein, die innerhalb des gesellschaftlichen Autonomiebereichs schon angelegten Normativitätspotentiale zu entbinden – eine Art Mäeutik. In deutlichem Gegensatz zu Luhmanns Autonomie-Soziologie, die in cooler Indifferenz ihre vermeintlich unparteiliche Wissenschaftsdistanziertheit zelebriert, übernimmt das Rechtsverfassungsrecht damit in bewusster Parteilichkeit die Teilnehmerperspektive im normativen Rechtsdiskurs. Parteilich wäre dann die unparteiliche Rechtsverfassung in einem dreifachen Sinne: Parteilich für die im Recht autonom entwickelten Normativitätsmaßstäbe, die den gesellschaftlichen Autonomiebereichen unparteilich abverlangt werden. Aber auch parteilich für die Normativitätsmaßstäbe der gesellschaftlichen Autonomieräume selbst, für die in Konfliktfällen das Recht Partei ergreift, um unparteilich Streitfälle zu lösen. Und schließlich parteilich für „Gesellschaft als Gesellschaft“, eine der merkwürdigsten Rätselformeln, mit der Wiethölter, obgleich er explizit auf der Dekonstruktion des Gesellschaftsbegriffs in der Moderne insistiert, kontrafaktisch-utopisch an ihm festhält.<sup>52</sup>

#### 4. Verfassungskollisionen

##### a) *Verfassungsppluralismus*

Mit „Gesellschaft als Gesellschaft“ verbindet sich eine weitere Inkorporations-Kritik am Verfassungsbegriff der funktionalistischen Systemtheorie. Für Wiethölter ist Luhmanns strikte Beschränkung des Verfassungsbegriffs auf das politische System des Nationalstaats nicht haltbar. Bekanntlich wendet sich Luhmann schroff gegen die Ausdehnung der Verfassung auf die Gesellschaft, gegen Drittwirkung der Grundrechte, gegen Wirtschafts-

52 RW 158 f., Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts, 1992; RW 183, Zur Argumentation im Recht, 1995; RW 102 f., Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, 2003. An dieser Stelle könnte man, wie *Guski* (Fn. 41) andeutet, einen Berührungspunkt der eher spekulativen Theoriekomponenten beider Denker, Luhmann und Wiethölter, vermuten. Denn Luhmann entwickelt den Begriff einer ökologischen Rationalität von Funktionssystemen, wonach das System die Reflexion auf seine Umweltwirkungen und deren Rückwirkungen auf die Identität des Systems richtet. Geradezu komplementär dazu ist Wiethölter's Rechtsverfassungsrecht daraufhin angelegt, in parteilicher Unparteilichkeit gesellschaftliche Lernzwänge für Teilsysteme in Richtung auf eine solche ökologische Reflexion rechtsförmig zu institutionalisieren und auf Dauer zu stellen. Dass sich die Gedankengänge beider Autoren in Richtung Utopie bewegen, vertritt Wiethölter offensiv. Aber auch Luhmann räumt, wenn auch etwas zögerlich, ein, da seine „Vorstellungen über wirtschaftsspezifische Rationalität ins Utopische tendieren“, *Niklas Luhmann*, Replik auf die Besprechung des Buches: Niklas Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, durch Richard Münch und Claus Offe, Soziologische Revue 14 (1991) 258-261.

If one wants to decipher this paradoxical (im-)partiality, one should see the role of the law against the deadly sin excesses of functional systems neither in directly intervening with their self-regulation nor in establishing a mere framework order. Rather, it should be the task of law to aid in releasing the normativity potential already latent within the area of social autonomy—a kind of maieutic. In clear contrast to Luhmann's sociology, which in cool indifference celebrates its supposedly impartial distance, Wiethölter's law of constitutional law consciously adopts the partiality perspective in the normative legal discourse. The impartial constitution would then be partial in a threefold sense: Partial to the standards of normativity developed within law, which impartially are applied to the social systems. But also partial towards the normativity standards of the social systems themselves, for which law takes sides in cases of conflict in order to solve disputes impartially. And finally, partial towards “society as society,” one of the strangest enigmas with which Wiethölter counterfactually holds on to the concept of society in modernity, although he explicitly insists on the destruction of this very concept in modernity.<sup>52</sup>

#### 4. Collisions of constitutions

##### a) *Constitutional pluralism*

Luhmann's constitutional concept suffers a further critique when confronted with “society as society.” Luhmann's insistence on the monopoly of the state constitution is untenable in Wiethölter's eyes. As is well known, Luhmann argues against the extension of the political constitution to the whole of society, against the third-party effect of basic rights in non-state sectors, against the economic constitution and against societal constitutionalism, as repre-

52 RW 158 f., Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts, 1992; RW 183, Zur Argumentation im Recht, 1995; Wiethölter (fn. \*, 2005). *Guski* (fn. 41), identifies a certain convergence of rather speculative theory elements of both Luhmann and Wiethölter. Luhmann develops the concept of an ecological rationality which focuses the system's reflection toward its effects on the environment as well as the retroactive effects on the system. Almost complementarily Wiethölter aims to institutionalize in impartial partiality social learning pressures for such a systemic reflection. Wiethölter speaks openly about the utopian dimension. But Luhmann as well admits, somewhat hesitantly, that his ideas about an ecological rationality of the economy have a tendency toward utopia, *Niklas Luhmann*, Replik auf die Besprechung des Buches: Niklas Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, durch Richard Münch und Claus Offe, Soziologische Revue 14 (1991) 258-261.

verfassung und gegen einen gesellschaftlichen Konstitutionalismus, wie ihn David Sciulli und Reinhart Koselleck vertreten haben.<sup>53</sup> Und für ihn gibt es auch kein transnationales Äquivalent für die nationale Verfassung als Kopplung von Politik und Recht.<sup>54</sup> Gewiss, so kontert Wiethölter, muss man die Einsicht der Systemtheorie übernehmen, die Verfassung nicht als eine politisch-rechtliche Einheit, sondern streng relational als strukturelle Kopplung des Rechts mit außerrechtlichen Prozessen zu konzipieren. Aber diese Kopplung des Rechts ausschließlich auf das politische System des Nationalstaates zu beschränken, wie Luhmann es ebenso wie die herrschende Lehre im Verfassungsrecht tut, ist für Wiethölter eine nicht akzeptable Reduktion des Verfassungsbegriffs. Er setzt dem eine „Gesellschaft-als-Gesellschaft-Verfassung“ entgegen:

„Gesellschaft als Gesellschaft besteht ... nicht lediglich aus der ‚demokratischen‘ Vereinigungssumme solcher Menschenbürger, sondern ‚organisiert‘ Institutionalisationen für Entscheidungs-, Kommunikations- und Bildungsprozesse.“<sup>55</sup>

Die Alternative stellt sich dann, ob man, wie Reinhart Koselleck oder Otfried Höffe, eine umfassende Gesellschaftsverfassung – oder gar eine Weltverfassung – annehmen darf oder aber eine Vielheit von Verfassungen gesellschaftlicher Institutionen. Im „Kampf um die (internationale) Gesellschaftsordnung als Rechtsverfassung“<sup>56</sup> plädiert Wiethölter, wieder gegen Luhmann, für die zweite Alternative, für einen gesellschaftlichen Verfassungpluralismus, für eine Vielzahl rechtlich zu verfassender gesellschaftlicher Institutionen, wenn er es als die wohl „spannendste Erwartungshoffnung“ bezeichnet, dass ein Rechtsverfassungsrecht die

„Kollisionsprinzipienebenen für Recht ./.. Moral, Recht ./.. Politik, Recht ./.. Wirtschaft usw. besetzt, genauer und allgemeiner: Recht als ‚strukturelle Kopplung‘ von ‚Lebenswelt-Systemen‘“<sup>57</sup>

Somit identifiziert Wiethölter neben den Staatsverfassungen die Wirtschaftsverfassungen nationaler wie internationaler Ausrichtung,<sup>58</sup> die Verfassung der Wissenschaft und anderer weltweit

represented by David Sciulli and Reinhart Koselleck.<sup>53</sup> In addition, for Luhmann, a transnational equivalent for the national constitution as a coupling of politics and law does not exist.<sup>54</sup> Certainly, Wiethölter counters, one must accept the insight of systems theory that the constitution needs to be conceived strictly relationally, as a structural coupling of law with non-legal processes. But to limit this coupling of the law exclusively to the political system of the nation state, as Luhmann and the prevailing doctrine in constitutional law do, is for Wiethölter an unacceptable reduction of the constitutional project. He opposes this with a “society-as-society constitution”:

“Society as society consists of ... not merely the ‘democratic’ aggregation of human citizens but also a variety of ‘organized’ institutionalizations for decisional, communicational and educational processes.”<sup>55</sup>

Should one then, like Reinhart Koselleck or Otfried Höffe, adopt a comprehensive constitution for society as a whole—or potentially even a world constitution—as a normative unity? Or should one opt for a multiplicity of constitutional sites? Wiethölter advocates, again in opposition to Luhmann, for the second option in the “struggle for the (international) social order as legal constitution,”<sup>56</sup> He opts for constitutional pluralism, for a multitude of social institutions to be legally constitutionalized. Indeed, he describes this as probably the “most exciting prospect for hope” that a constitutional law of the law is beginning to develop

“conflict-of-laws principles for law versus morality, law versus politics, law versus the economy etc., or more exactly and more generally, law as a ‘structural coupling’ of ‘life-world systems.’”<sup>57</sup>

Thus, Wiethölter identifies not only the state constitution but also the economic constitution (national as well as international),<sup>58</sup> the constitution of science and other functional systems, as well

53 Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (1965), 115 f., 205, Fn. 9; Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993), 582; Niklas Luhmann (Fn. 9), 1088, Fn. 356 zur Kritik an Sciulli.

54 Ders. (Fn. 53, 1993), 582.

55 RW 158, Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts, 1992.

56 RW 374, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, 1977. Wiethölter spricht stets die internationale Dimension der Rechtsverfassung an, ausführlich RW Ibid. 373 ff. passim; eher beiläufig RW 506, Pluralismus und soziale Identität, 1981; RW 424, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, 1984.

57 RW 185, Zur Argumentation im Recht, 1995.

58 RW 374, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, 1977.

53 Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (1965), 115 f., 205, fn. 9; idem, *Law as a Social System* (2004), 487 f.; idem (fn. 9), 430, fn. 356 criticizing Sciulli.

54 Idem (fn. 53, 2004), 487 f.

55 RW 158, Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts, 1992.

56 RW 374 ff., Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, 1977. Wiethölter always addresses the international dimension of the law's constitution, in detail idem 373 ff. passim; rather in passing RW 506, Pluralismus und soziale Identität, 1981; *Wiethölter* (fn. \*, 1986), 223.

57 RW 185, Zur Argumentation im Recht, 1995.

58 RW 374, Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, 1977.

vernetzter Funktionssysteme, ebenso wie die Verfassungen multinationaler Unternehmen,<sup>59</sup> der Universitäten und die anderer formaler Organisationen,<sup>60</sup> und schließlich sogar die Verfassung transnationaler Zulieferketten<sup>61</sup> und die anderer Netzwerke, jeweils verstanden als eine Kopplung sozialer Institutionen mit dem Recht. In den Teilverfassungen ist der Rechtsfokus nun endgültig auf einen radikalen Pluralismus gesellschaftlicher Autonomien eingestellt. Quer zur obsoleten Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht arrangieren multiple Verfassungen, national wie international in einem „Meta-(Welt) Systemkollisionsrecht“,<sup>62</sup> als eine Fusion von globalem Wirtschaftsverfassungsrecht und internationalem Privatrecht, das Verhältnis des Rechts zu höchst unterschiedlichen gesellschaftlichen Autonomien und ihren Eigenrationalitäten und Eigennormativitäten.

#### b) Verfassungskontrollen gesellschaftlicher Autonomie

Damit wäre womöglich eine erste Dimension des rätselhaften selbst-gerechten Rechts-Verfassungs-Rechts entschlüsselt.<sup>63</sup> Denn offensichtlich ist dies ein mehrfach reflexiv gefasster Begriff, der Recht und Verfassung im *genitivus subjectivus* und im *genitivus objectivus* selbstreferentiell aufeinander bezogen werden und der zudem ein selbstreflexives Praxisspiel bezeichnen soll. In dieser ersten Dimension entscheidet das Rechtsverfassungsrecht, verstanden als das Recht einer Teilverfassung, ob die einzelne Kopplungsbeziehung von gesellschaftlichem Teilbereich und Recht den Anforderungen von Reziprozität und parteilicher Unparteilichkeit entspricht. Für das damit implizierte Verhältnis des Rechts zur Autonomie von Sozialsystemen formuliert Wiethölter das Problem,

„ob und wie ‚Autonomie‘ als Selbst-Bestimmung ernst genommen und gleichwohl unerlässliche Externalisierung (Kontrolle) nicht als Fremdbestimmung, sondern als mögliche Hilfe in Lagen unmöglicher Selbsthilfe tauglich werden kann, nicht unähnlich ‚Beratungs‘-Hilfen und ‚Verträglichkeits‘-Stiftungen außerhalb des Rechts.“<sup>64</sup>

as the constitution of multinational corporations,<sup>59</sup> universities and other formal organizations,<sup>60</sup> and even the constitution of transnational supply chains<sup>61</sup> and other networks, each understood as a coupling of social institutions with the law. In Wiethölter's constitutionalism, the legal focus is now finally geared towards a radical pluralism of social autonomies. At odds with the obsolete dichotomy of private versus public law, multiple constitutions, national as well as international in a “meta-(‘world’) system conflict law,”<sup>62</sup> regulate the relation of law to different social autonomies as a fusion of the law's global economic constitution with international private law.

#### b) Constitutional control of social autonomy

This may decipher a first dimension of the enigmatic “self-justifying legal constitutional law” (*selbst-gerechtes Rechts-Verfassungs-Recht*).<sup>63</sup> Because, it is obviously a concept that has multiple layers of self-reflexivity and brings law and constitution into a complex self-referential relation, in *genitivus subjectivus* and in *genitivus objectivus* culminating in “self-justifying praxis-games” (*selbst-gerechte Praxisspiele*). In this first dimension, the law's constitutional law decides whether the coupling relationship of each of the social subareas with the law meets the requirements of reciprocity and partial impartiality. This implies the relation between the law and the autonomy of a social system and it entails the problem,

“if and how ‘autonomy’ can be taken seriously as self-determination and, nevertheless, can become suitable as essential externalization (control), not as external determination, but as possible help in situations of impossible self-help, not unlike ‘counselling’ help and ‘compatibility’ therapy outside the law.”<sup>64</sup>

59 Ibid., 417 ff.

60 RW 535 f., Anforderung an den Juristen heute, 1969; *Wiethölter* (fn. 15), 22 ff.

61 RW 418 f., Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, 1977.

62 Ibid., 418.

63 Die verschiedenen Dimensionen lassen sich aus dem folgenden Zitat erschließen: RW 106, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, 2003: „Rechtsverfassungsrecht! Statt ‚Verfassung‘ lassen sich einsetzen: Konstitutionalisierung, Ermöglichung und Verwirklichung, Vergleichen und Kopplung, Verhältnis o. ä. Wichtig daran ist nur: Es geht um ‚Kollisionsregeln‘.“

64 RW 476, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, 1988.

59 Ibid., 417 ff.

60 RW 535 f., Anforderung an den Juristen heute, 1969; *Wiethölter* (fn. 15), 22 ff.

61 RW 418 f., Begriffs- oder Interessenjurisprudenz, 1977.

62 Ibid., 418.

63 The various dimensions are alluded to in the following citation: RW 106, *Wiethölter* (fn. \*, 2005): “The law of constitutional law! Instead of ‘constitution’ the following can be applied: constitutionalization, potentialization and realization, comparison and coupling, interrelation, among others. The only important facet: It is about ‘rules of conflict.’”

64 RW 476, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung, 1988.

In dieser Dimension ist es also Aufgabe der Rechts, durch konstitutive Regeln im Sinne John Searles die Autonomie der einzelnen gesellschaftlicher Teilsysteme überhaupt erst zu gewährleisten, um dann durch limitative Regeln wirksame externe Korrekturen auszuüben.<sup>65</sup> Das bedeutet zugleich Schutz ihrer Integrität vor falscher Politisierung oder Ökonomisierung.

### c) Kollisionsrecht von Verfassungen

Die zweite Dimension des Rechtsverfassungsrechts hatte schon der frühe Wiethölter angedeutet, als er von der Notwendigkeit einer Meta-Verfassung als „Verfassung von Verfassung“ sprach,<sup>66</sup> dies später unter Bedingungen des Verfassungsp pluralismus genauer als Recht kollidierender Rechtsverfassung(en) modifiziert, also als ein Meta-Verfassungsrecht bestimmt, das die Kollisionen zwischen den Verfassungen der Wirtschaft, der Politik, der Wissenschaft und verschiedenen formalen Organisationen national wie transnational regelt.<sup>67</sup>

Hier kommt nun die für Wiethölter typische Denkform eines Kollisionsrechts zum Tragen, die er aus dem Internationalen Privatrecht herauslöst und für andere Rechtsgebiete, besonders für das Verfassungsrecht fruchtbar zu machen sucht. Es geht nicht mehr nur wie im IPR darum, Kollisionen zwischen nationalen Rechtsordnungen zu bewältigen, sondern das kollisionsrechtliche Denken selbst so zu generalisieren, dass es auch für Kollisionen zwischen anderen Normkomplexen, Rechtsgebieten, Rechtsinstitutionen, besonders zwischen verschiedenen staatlichen und gesellschaftlichen Verfassungen, aber auch für Konflikte zwischen den Rationalitäten verschiedener sozialer Systeme und sogar für Theorierivalitäten fruchtbar wird. Mit diesem doppelten Rückgriff, auf reichhaltige historische Erfahrungen des internationalen Privatrechts einerseits und auf Theorien gesellschaftlicher Rationalitätenkonflikte andererseits gelingt es, „Rechtskollisionen“ als die zentrale Kategorie der juristischen Rekonstruktion gesellschaftlicher Widersprüche zu etablieren.<sup>68</sup> Im Kollisionsrechtsdenken Wiethölters erschienen die gesellschaftlichen Widersprüche jedoch nicht als solche, sondern in einer spezifisch juristischen Verwandlung. Ein komplizierter Transformationsvorgang verwandelt Realwidersprüche der Gesellschaft in Kollisionen unterschiedlicher staatlicher und gesellschaftlicher Verfassungen. Gesellschaftliche Konflikt dynamiken verengen sich zum rechtlichen Entscheidungszwang, der nach Foren, Verfahren,

It is thus the task of law in this first dimension to guarantee the autonomy of social processes in the first place through constitutive rules, in John Searle's sense, in order to then exercise effective external control through limitative rules.<sup>65</sup> This means at the same time protecting its integrity from false politicization or economization.

### c) Collision rules of constitutions

Early Wiethölter already hinted at the second dimension of the law's constitutional law in speaking about the necessity of a meta-constitution, as a constitution for the constitution.<sup>66</sup> He later modified this under the conditions of constitutional pluralism more precisely as the law of conflicting legal constitutions. A meta-constitutional law is supposed to resolve between the constitutions of politics, economy, science and of various formal organizations.<sup>67</sup>

Here the typical Wiethölter way of thinking about a conflict of laws comes into play, which he extrapolates from private international law and tries to make fruitful for other areas of law, especially for constitutional law. It is no longer only a matter of dealing with conflicts between national legal systems, but instead of generalizing conflict law thinking itself to such a great degree that it becomes fruitful in conflicts between other norm complexes, areas of law, legal institutions, state and social constitutions, but also for conflicts between the rationalities of different social systems and even between rival theories of society. With this double recourse to rich historical experiences of both international private law on the one hand and of massive rationality conflicts on the other, it is possible to prioritize such generalized collisions of laws in the juridical reconstruction of social contradictions.<sup>68</sup> In Wiethölter's conflicts of law, however, the social contradictions do not appear as such, but rather in a specifically juridical transformation. This complicated process translates society's real contradictions (*Realwidersprüche*) into conflicts of different constitutions. Social conflict dynamics are now exposed to law's obligation to make decisions, which calls for suitable fora, procedures and criteria. The concepts of conflict sociology are translated into a doctrine of conflict law (connection, qualification, referral, *renvoi*, *ordre public*, alignment, internal and external decision-making harmony).

65 John R. Searle, *Social Ontology: Some Basic Principles*, Anthropological Theory 6 (2006), 12-29.

66 RW 49, *Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht*, 1977.

67 RW 185, *Zur Argumentation im Recht*, 1995.

68 Dazu Teubner (Fn. 41), 26 f.

65 John R. Searle, *Social Ontology: Some Basic Principles*, Anthropological Theory 6 (2006) 12-29.

66 RW 49, *Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht*, 1977.

67 RW 185, *Zur Argumentation im Recht*, 1995.

68 On this in more detail, Teubner (fn. 41), 42 f.

Kriterien verlangt. Die Begriffe der Konfliktsoziologie werden ersetzt durch eine kollisionsrechtliche Dogmatik (Anknüpfung, Qualifizierung, Verweisung, *renvoi*, *ordre public*, Angleichung, innerer und äußerer Entscheidungseinklang).

In dieser zweiten Dimension ist also Rechtsverfassungsrecht als Kollisionsrecht von Verfassungen zu verstehen. Es entscheidet Konflikte zwischen verschiedenen nationalen Staatsverfassungen, aber wichtiger noch Konflikte zwischen gesellschaftlichen Rationalitäten, die sich rechtlich als Kollisionen zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Teilrechtsverfassungen – der Wirtschaft, der Politik, der Wissenschaft, der Erziehung, der Informationsmedien – artikulieren. Auch hier wieder die Rezeption eines systemtheoretischen Elements – Konflikte der Funktionssysteme – und zugleich dessen kritisch-normative Transformation. Die Kollisionen werden nicht gleichmütig der blinden Evolution überlassen, sondern in ein Rechtsproblem, über das argumentativ zu entscheiden ist, transformiert.

#### d) Gemeinwohlorientierung

Schließlich ist im Rechtsverfassungsrecht noch eine dritte Dimension verborgen, die sich auf eine wiederum andere Kollision bezieht, auf die Kollision zwischen den Eigenlogiken der Funktionssysteme und der schon angesprochenen „Gesellschaft als Gesellschaft“. Eine bloße Kompatibilisierung der Funktionssysteme, wie sie Luhmann anvisiert,<sup>69</sup> ist danach gänzlich unzureichend. Statt nur zwischen Teilrationalitäten Kompromisse zu schließen, müsse ein Verfassungskollisionsrecht seine Orientierung an einem gesamtgesellschaftlichen *ordre public* suchen. Wiethölter's Anstrengungen gelten einer Verfassung der „Gesellschaft als Gesellschaft“, in Form einer Theorie, die, wie er sagt, als „Stachel im gesellschaftsgeschichtlichen Entwicklungsfleisch mitwächst.“<sup>70</sup>

„Gesellschaft als Gesellschaft“ begreift er nicht als eine eigene gesellschaftliche Sphäre im Gegensatz zum Staat,

„... sondern als Raum der kulturellen Reproduktionen, der sozialen Identitätsbildungen, der gelingenden Sozialisierungen. In Gesellschaft als Gesellschaft ist nicht etwa der „ganze Mensch“ rechtlich zu Hause, sondern seine immer bestimmungsbedürftige Rollen-, Funktions-, Entscheidungs-, Bildungsbeteiligung, ...“<sup>71</sup>

69 Luhmann (Fn. 9), 618 f.

70 So kennzeichnet Wiethölter das Projekt von Franz Böhm, mit dessen Intentionen (nicht aber mit dessen konkreten Konsequenzen) er sich zugleich identifiziert, RW 87, Franz Böhm (1895-1977), 1989.

71 RW 158, Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts, 1992.

The law of constitutional law, therefore, is to be understood in this second dimension as the law governing conflicts between constitutions. It adjudicates conflicts between different national constitutions, but more importantly conflicts between social rationalities, which articulate themselves in law as conflicts between different social constitutions—those of the economy, politics, science, education, information media. Here again Wiethölter overcomes the initial reception of a systems theory element—conflicts between functional systems—with its critical-normative transformation. The conflicts are not equanimously left to blind evolution but rather transformed into a legal problem to be decided via suitable fora, procedures and criteria.

#### d) *Ordre public*

Finally, there is a third dimension, hidden in the law of constitutional law, that refers to the already mentioned “society as society,” which collides with the partial rationality of the diverse functional systems. A mere compatibility of the functional systems, as envisaged by Luhmann,<sup>69</sup> is judged accordingly as completely inadequate. Instead of making compromises only between partial rationalities, a constitutional conflict law would have to seek its orientation towards an *ordre public* for society as a whole. Wiethölter's efforts are directed towards a constitution of “society as society,” in the form of a theory which, as he says, which works as “a thorn in the flesh of socio-historical development.”<sup>70</sup>

For Wiethölter, “society as society” does not exist as a separate social sphere in contrast to the state,

“... but rather as a space of cultural reproductions, of social identities, of successful socializations. In society as society, it is not the ‘whole person’ who is legally at home, but rather his participatory role, function, decision-making, education, which each constantly requires definition...”<sup>71</sup>

69 Luhmann (fn. 9), 6 ff.

70 This is how Wiethölter characterizes Franz Böhm's project, the intentions of which he also identifies (but not the concrete consequences), RW 87, Franz Böhm (1895-1977), 1989.

71 RW 158, Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts, 1992.

Wiethölter kritisiert die funktionalistische Systemtheorie, dass sie den Gesellschaftsbegriff verdünnt auf die bloße Summe aller Kommunikationen, die intern mit der Unterscheidung von Selbstreferenz und Fremdreferenz operieren.<sup>72</sup> Er stellt ihr einen normativ hoch aufgeladenen Gesellschaftsbegriff entgegen. Dieser akzeptiert zwar die systemtheoretische Aufspaltung des „ganzen Menschen“ in wechselseitig geschlossene Bewusstseinsprozesse und in unterschiedliche gesellschaftliche Kommunikationsprozesse. Aber unter solcherart radikalisierten Entfremdungsbedingungen müsse die Gesellschaft-als-Gesellschaftsverfassung erst recht für die Befreiung zu Freiheit gegen Unfreiheit stehen, „die im Namen sachlicher Herrschaftsvernunft, mehrheitlichen Willens oder freiheitlicher Individualrechte auftritt.“<sup>73</sup> „Rechtfertigungen eines Gesellschafts-Rechts“<sup>74</sup> produzieren eine Verfassung der Gesamtgesellschaft, die aber nicht als einheitliche Gesellschaftsverfassung, gar als einheitliche Weltgesellschaftsverfassung gemeint ist, sondern als eine Kollisionsverfassung im Inneren eines Verfassungspluralismus.

#### e) *Streitkulturrecht*

„Selbstgerechtes Rechtsverfassungsrecht“? Die in den drei Dimensionen entfaltenen selbstreferentiellen Beziehungen zwischen Objektsbereichsnormen und Metabereichsnormen überbietet Wiethölter am Ende mit einer weiteren Selbstreferenzschleife. Die Abschlussformel „Selbstgerechtigkeit“ schneidet den infiniten Regress der Suche nach immer höheren Normen ab, verweigert sich aber auch der Kelsenschen Grundnorm ebenso wie der Luhmannschen Kontingenzformel. Sie verweist die Frage nach der Gerechtigkeit des Rechtsverfassungsrechts auf vielfältige zirkuläre Beziehungen von Sachnormen und Kollisionsnormen, die in der sozialen Praxis des Streitens um gerechte Normen verwirklicht werden.<sup>75</sup> Solche wie Wiethölter es nennt „selbstgerechten, selbstrechtfertigenden Praxisspiele“ verwirklichten sich in einem „Streitkulturrecht“ als „Geltungszulassung unterschiedlicher und verschiedenartiger Teilkulturen, natürlich mit Grenzbestimmungen“.<sup>76</sup> Solche Praxisspiele müssten ihre Eigengerechtigkeit entwickeln, indem sie endgültig die bisherigen Grenzen

Wiethölter thus criticizes functionalist systems theory that it dilutes the concept of society down to the mere sum of all communications that operate internally with the distinction between self-reference and other-reference.<sup>72</sup> He contrasts it with a normatively highly charged concept of society. This accepts initially the systems theory division of the whole person into mutually closed off processes of consciousness and social communication. Under such radicalized alienation, however, the society-as-society constitution must stand all the more for liberation towards freedom against bondage, “which occurs in the name of the rule of impartial reason, majority will or liberal individual rights.”<sup>73</sup> “Self-justifications of societal-law”<sup>74</sup> produce a constitution of the whole of society, which however is not meant as a uniform constitution of society or even of world society, but rather as a meta-constitution dealing with conflicts within constitutional pluralism.

#### e) *Conflict culture*

“Self-justifying law of constitutional law”? The self-referential dynamics of object-norms and meta-norms unfolding in the three dimensions are culminating in a final self-referential loop. The ultimate formula of “self-justification” (*Selbstgerechtigkeit*) cuts off the infinite regress of seeking ever higher norms and meta-norms, refuses Kelsen’s *Grundnorm* as well as Luhmann’s contingency formula of justice. Wiethölter refers the question of the justice of the law of constitutional law to the manifold circular relationships of substantive norms and collision norms which are discovered in the social practices of the dispute over colliding norms.<sup>75</sup> Such, as Wiethölter calls it, “self-justifying praxis games” would be realized in a “law of conflict culture” as “admission of different partial cultures, of course within limits.”<sup>76</sup> Such praxis games would have to finally transcend the narrow boundaries of the law, but not in the direction of a transcendence of otherness, rather in the direction of the immanence of a quasi-therapeutic relationship that is oriented more towards the healing normativity of medicine

72 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie* (1984), 60 f., 573 ff.

73 RW 81, Franz Böhm (1895-1977), 1989.

74 RW 101, *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, 2003.

75 Wiethölter spricht von selbstgerechten Normen in vielen Zusammenhängen, später von selbstgerechtem Rechtsverfassungsrecht. Zur Selbstgerechtigkeit der Kollisionsnorm oder der Sachnorm: RW 373 ff., *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz*, 1977; zum selbstgerechten Rechtsverfassungsrecht: RW 109, *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, 2003.

76 RW 493, *Politik und Aufklärung*, 1988.

72 Niklas Luhmann, *Social Systems* (1995), chap. 1 II, chap. 10 V.

73 RW 81, Franz Böhm (1895-1977), 1989.

74 Wiethölter (fn. \*, 2005), 65.

75 Wiethölter speaks about self-justifying norms in many contexts, later on about the self-justifying law of constitutional law. On self-justification of collision rules or of substantive rules, RW 373 ff., *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz*, 1977; on self-justifying law of constitutional law, *Wiethölter* (fn. \*, 2005).

76 RW 493, *Politik und Aufklärung*, 1988.

des Rechts überschreiten, aber nicht in Richtung einer Transzendenz der Alterität, sondern der Immanenz einer quasi-therapeutischen Beziehung, die sich eher an der Heilungsnormativität der Medizin orientiert, als an einem Eingang der Logik von Verletzung und Heilung in das Recht.<sup>77</sup> Zur Frage, was diese Suche nach einer „immanenten Transzendenz“ des Rechts bedeuten könnte, bekennt Wiethölter offen:

„(D)as ist das Numinose, und jedes Numinose hat ein Faszinosum und auch ein Tremendum.“<sup>78</sup>

## VI. ANKNÜPFUNGEN

Wie aber, so lautet die abschließende Frage, lassen sich Wiethölter’s Verfassungsanalysen weiterführen?

### 1. Verschiedene Dimensionen

In den letzten Jahren sind schon einige Vorstöße unternommen worden, die Idee des Rechtsverfassungsrechts aus ihrem nationalstaatlichen Zusammenhang zu lösen und für aktuell laufende Prozesse transnationaler Konstitutionalisierung fruchtbar zu machen.<sup>79</sup> Auch für die neuesten Debatten um eine Digitalverfassung und um einen ökologischen Konstitutionalismus kann das Rechtsverfassungsrecht Impulse geben.<sup>80</sup> Schon regelrecht Schule gemacht hat in anderen Zusammenhängen das Kollisionsdenken Wiethölter’s, das die Tiefenstrukturen von bloßen Rechtsnormkonflikten in den verschiedensten Bereichen offenlegt und Lösungsmöglichkeiten eröffnet, welche die alten Kollisionsnormen *lex posterior*, *lex superior* etc. weit hinter sich lassen.<sup>81</sup> Und schließlich hat

<sup>77</sup> RW 107, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, 2003.

<sup>78</sup> Wiethölter (Fn. 32), 189.

<sup>79</sup> Andreas Fischer-Lescano, Luhmanns Staat und der transnationale Konstitutionalismus, in: Neves / Voigt (Hg.), Die Staaten der Weltgesellschaft: Luhmanns Staatstheorie (2007), 99-113; Dan Wielsch, Gesellschaftliche Transformation durch subjektive Rechte, in: Fischer-Lescano / Franzki / Horst (Hg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts (2018), 141-163; Johan Horst, Transnationale Rechtserzeugung: Elemente einer normativen Theorie der Lex Financiaría (2019).

<sup>80</sup> Zur Digitalverfassung Edoardo Celeste, Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology’s Challenges, HIIG Discussion Paper 2018-02 (2018). Zum transnationalen ökologischen Konstitutionalismus Antonio Cardesa-Salzmán / Endrius Cocciolo, Global Governance, Sustainability and the Earth System. Critical Reflections on the Role of Global Law, Transnational Environmental Law (2019), 1-25.

<sup>81</sup> Von Wiethölter’s kollisionsrechtlichen Ansatz außerhalb des internationalen Privatrechts ließen sich beeinflussen: Christian Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem: Eine Untersuchung zum Stand der Theorie und zu den Entwicklungsperspektiven des Verbraucherrechts (1981), 123 ff.; Karl-Heinz Ladeur, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, Kritische Justiz 32 (1999), 281-300; Peer Zumbansen, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat: Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag (2000), 182ff.; Dan Wielsch, Freiheit und Funktion: Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft (2001), 194ff.

than towards juridical logic of injury and restoration.<sup>77</sup> Wiethölter openly admits to the question of what this search for an immanent transcendence of law could mean:

“[That] is the numinosum, and each numinosum has a fascinosum and also a tremendum.”<sup>78</sup>

## VI. CONTINUATION

But how, finally, can Wiethölter’s constitutional analyses be continued onward?

### 1. Various pathways

In recent years, several attempts have been made to detach the concept of the law of constitutional law from its national context and to make it fruitful for the current transnational constitutionalization.<sup>79</sup> In the future, Wiethölter’s principles of society-wide reciprocity and partial impartiality will be a challenge for constitutionalist studies. The law of constitutional law can provide the impetus for the recent debates on digital and ecological constitutionalism.<sup>80</sup> In other contexts, Wiethölter’s ideas on conflict of laws have already set a precedent, revealing the deep structures of simple legal norm conflicts in a wide variety of areas and opening up possible solutions that leave the old conflict norms of *lex posterior*, *lex superior* etc. far behind.<sup>81</sup> And critical systems theory has experienced a clear res-

<sup>77</sup> Wiethölter (fn. \*, 2005), 75.

<sup>78</sup> Idem (fn. 32), 189.

<sup>79</sup> Andreas Fischer-Lescano, Luhmanns Staat und der transnationale Konstitutionalismus, in: Neves/Voigt (eds.), Die Staaten der Weltgesellschaft: Luhmanns Staatstheorie 99-113 (2007); Dan Wielsch, Gesellschaftliche Transformation durch subjektive Rechte, in: Fischer-Lescano / Franzki / Horst (eds.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts 141-163 (2018); Johan Horst, Transnationale Rechtserzeugung: Elemente einer normativen Theorie der Lex Financiaría (2019).

<sup>80</sup> On digital constitutionalism Edoardo Celeste, Digital Constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology’s Challenges, HIIG Discussion Paper 2018-02 (2018). On ecological constitutionalism Antonio Cardesa-Salzmán / Endrius Cocciolo, Global Governance, Sustainability and the Earth System. Critical Reflections on the Role of Global Law, Transnational Environmental Law (2019) 1-25.

<sup>81</sup> Wiethölter’s approach to conflict of laws outside international private law has been influential: Christian Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem: Eine Untersuchung zum Stand der Theorie und zu den Entwicklungsperspektiven des Verbraucherrechts (1981), 123 ff.; Karl-Heinz Ladeur, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie, Kritische Justiz 32 (1999) 281-300; Peer Zumbansen, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat: Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag (2000), 182ff.; Dan Wielsch, Freiheit und Funktion: Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft (2001), 194 ff.



die kritische Systemtheorie in der nationalen wie auch in der internationalen Debatte eine deutliche Resonanz erfahren, die verhärteten Fronten der Habermas/Luhmann-Kontroverse erfolgreich aufgebrochen und Anschluss an kulturwissenschaftliche Theoriebildungen gefunden.<sup>82</sup>

## 2. Realwiderspruch im Recht

Eine weitere vielversprechende Anknüpfung scheint mir in Wiethölter's Umdeutung eines Grundbegriffs von Karl Marx zu liegen. Der für das Recht fundamentale „Realwiderspruch“ sei der zwischen Produktivkräften und Produktionsverhältnissen – so weit, so wenig erstaunlich, doch jetzt kommt es! – nicht der Ökonomie, sondern des Rechts selbst. Wie? Eine rechtseigene „Dialektik von *rechtlichen* Produktivkräften und *rechtlichen* Produktionsverhältnissen“?<sup>83</sup> Gegen Marx, mit Marx und über Marx hinaus – der späte Wiethölter verfolgt hier seinen gegenüber früher radikalisierten Ansatz in letzter Konsequenz. Weil er vor allem registriert, dass das Recht zur Autonomie verurteilt ist, sucht er nun die von Marx nur für die Ökonomie angenommene Widerspruchslogik zu generalisieren und sie auf einen systemeigenen Realwiderspruch des Rechts selbst zu respezifizieren.

Damit stellt sich Wiethölter in eine Reihe von Marx-Rezeptionen, die eine Analogie zur kapitalistischen Logik der Ökonomie in anderen Funktionssystemen suchen. Schon Pareto, Mosca, Weber haben für die Politik versucht, eine Analogie zur Marx'schen radikalen Autonomie der Ökonomie herzustellen und damit die Politik aus ihrer Überbau-Position heraus und in eine zur Ökonomie koriginäre Basis-Lage hinein zu manövrieren. Kirchheimer griff dies auf und erfasste mit seinem Konstrukt der „Verrechtlichung“ eine wirtschaftsanaloge Autonomisierung der „Rechtsmaschine“ und zugleich parallel zur gesellschaftsweiten Ökonomisierung die problematische Expansionsdynamik des Rechts.<sup>84</sup> Max Weber konnte zeigen, dass sich die Moderne nicht nur der formalen

onance in both national and international debate, successfully broken open the hardened fronts of the Habermas/Luhmann controversy, and found a connection to post-structuralist theories.<sup>82</sup>

## 2. Real contradiction in law

Another promising line of research seems to me to lie in Wiethölter's reinterpretation of one of Karl Marx' basic concepts. He claims that the fundamental real contradiction (*Realwiderspruch*) of law is between productive forces and relations of production—so far, so underwhelming, but here it comes!—not of the economy, but of the law itself. How's that? A legally innate “dialectic of *legal* productive forces and *legal* relations of production”?<sup>83</sup> Against Marx, with Marx and beyond Marx—here the late Wiethölter pursues his approach of a radical autonomy of law, and seeks to generalize the contradiction logic assumed by Marx only in the economy, and to re-specify this logic within the law itself.

Wiethölter thus places his among a series of Marx receptions that seek an analogy to the capitalist logic of the economy in other functional systems. Pareto, Mosca and Weber already had attempted to create an analogy to Marx' radical autonomy of the economy for the sphere of politics, and thus to maneuver the political system out of its superstructure position and into a co-original base position with respect to the economy. Kirchheimer picked up on this and, with his theory of juridification, described an analogous autonomization of the machinery of law while, at the same time, detailing its problematic expansion dynamics parallel to economization.<sup>84</sup> Max Weber demonstrated that modernity owes its character not only to the formal rationality of capitalism but equally to a variety of

82 Referenztext: Marc Amstutz / Andreas Fischer-Lescano (Hg.), *Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie*, (2013); Bertram Lomfeld, *Grammatik der Rechtfertigung: Eine kritische Rekonstruktion der Rechts(fort)bildung*, *Kritische Justiz* 52 (2019), 516–527; Michael Blecher, *Geschichte und Eigensinn: Rudolf Wiethölter's Rechts-Bewegungs-Kunst im 100. Semester*, in: Joerges / Zumbansen (Hg.), *Politische Rechtstheorie Revisited: Rudolf Wiethölter zum 100. Semester* (2013), 31–44; Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos, *Critical Autopoiesis and the Materiality of Law*, *International Journal for the Semiotics of Law* 27 (2014), 389–418.

83 Wiethölter (Fn. 15), 30 (Hervorhebung von mir). Soweit ersichtlich spricht Wiethölter explizit von einer eigenrechtlichen Dialektik Produktivkräfte/Produktionsverhältnisse zum ersten Male in diesem Text von 2015 (!), während er in früheren Texten stets die Dialektik ganz konventionell „politisch-ökonomisch“ verstanden hat, z.B. RW 212, *Vom besonderen Allgemeinprivatrecht zum allgemeinen Sonderprivatrecht?* 2015 und öfter.

84 Otto Kirchheimer, *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*, in: Kirchheimer, *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung* (1976 (1928)), 36 f.

82 Fischer-Lescano, *Critical Systems Theory, Philosophy and Social Criticism* 38 (2011) 3–23; Bertram Lomfeld, *Grammatik der Rechtfertigung: Eine kritische Rekonstruktion der Rechts(fort)bildung*, *Kritische Justiz* 52 (2019) 516–527; Marc Amstutz / Andreas Fischer-Lescano (eds.), *Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie*, (2013); Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos, *Critical Autopoiesis and the Materiality of Law*, *International Journal for the Semiotics of Law* 27 (2014) 389–418.

83 Wiethölter (fn. 15), 30 (my emphasis). It is for the first time in 2015 that Wiethölter speaks of a specifically juridical dialectics of productive forces/relations, while in former texts he had understood these dialectics in the traditional meaning of political economy, e.g. in RW 212, *Vom besonderen Allgemeinprivatrecht zum allgemeinen Sonderprivatrecht?* 2015.

84 Otto Kirchheimer, *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*, in: Kirchheimer, *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung* (1976 (1928)), 36 f.

Rationalität des Kapitalismus verdankt, sondern einer Vielfalt von analog gebauten formalen Rationalitäten, unter anderem auch der eigenständigen formalen Rationalität des Rechts.<sup>85</sup> Paschukanis konzipierte die „Rechtsform“ in Analogie zur „Warenform“ mit ihren rechtseigenen Entfremdungserscheinungen.<sup>86</sup> Mit den Konstrukten des Sozialkapitals und des kulturellen Kapitals generalisierte Bourdieu den Marxschen Kapitalbegriff, um ihn – allerdings nur metaphorisch benutzt und nicht theoretisch ausgearbeitet – zur Bezeichnung der Ressourcen der Akteure in ihren Machtkonflikten auf verschiedenen gesellschaftlichen „Märkten“ anzuwenden.<sup>87</sup>

Wiethölter treibt diese Analogien weiter, wenn er nun einen Realwiderspruch zwischen rechtseigenen Produktivkräften und rechtseigenen Produktionsverhältnissen zu identifizieren sucht. Damit folgt er Marx gerade nicht in dessen These vom Recht als Überbauphänomen, wohl aber sucht er die von Marx nur für die Ökonomie als grundlegend behauptete Widerspruchsdynamik im Recht selbst nachzuweisen. Dann aber ist – im Gegensatz zu den meisten kritischen Rechtstheorien – die Rechtsform nicht mehr bloße Fassade, die relevante gesellschaftliche, besonders politökonomische Prozesse verdeckt. Vielmehr treibt ein dem Recht selbst immanenter Grundwiderspruch eine gegenüber der Ökonomie eigenständige gesellschaftliche Autonomisierungsdynamik an. Und die Utopie des Rechtsverfassungsrechts müsste genau am rechtsimmanenten Grundwiderspruch ansetzen.

Diesen Gedanken weiterzutreiben und die rechtseigenen Produktionsverhältnisse etwa als Rechtsverhältnisse (in der Nachfolge von Savignys Änderung der rechtlichen Denkart) zu verstehen, ebenso wie die rechtsrelevanten Produktivkräfte zu identifizieren, womöglich in der Korrelation von Kommunikationsmedien und gesellschaftlichen Normierungsprozessen,<sup>88</sup> bietet sich an.<sup>89</sup> Mein Vorschlag aber geht in eine davon verschiedene Richtung, nämlich dahin, im Recht eine andersartige Analogie zur Ökonomie zu versuchen, die Analogie zur schlimmsten aller Todsünden, zur *avaritia* – zum ökonomischen Profitprinzip selbst.

85 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, (1976 [1921]), 503 ff.

86 Eugen Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus: Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe* (1970 [1924]), 41 f. Dazu Buckel (Fn. 45), 94 ff.

87 Pierre Bourdieu, *Ökonomisches Kapital – Kulturelles Kapital – Soziales Kapital*, in: Kreckel (Hg.), *Soziale Ungleichheiten* (1983), 183–198.

88 Zur materialistisch-technologischen Perspektive der Medientheorie Friedrich Kittler, *Aufschreibesysteme 1800/1900* (1985). Umfassend zur Korrelation von Medien- und Rechtsevolution Thomas Vesting, *Die Medien des Rechts*. Band I-IV (2015).

89 Wielsch greift Wiethölter's Unterscheidung auf, um deutlich zu machen, wie die Rechtsformen, die Ausdruck rechtseigener Produktionsverhältnisse sind, gesellschaftliche Produktivkräfte ermächtigen. Er beginnt, ein Rechtsformveränderungsrecht zu entwickeln, das die Zulassung neuer gesellschaftlicher Produktivkräfte ermöglicht, Dan Wielsch, *Rechtsformveränderungsrecht: Die Zulässigkeit des Neuen*, *Kritische Justiz* 52 (2019), 639–656.

analogously constructed formal rationalities, including the formal rationality of law.<sup>85</sup> Pashukanis conceived the legal form in analogy to Marx' commodity form with all its alienation phenomena.<sup>86</sup> With the construct of social capital, Bourdieu generalized Marx' concept of capital in order to apply it analogously as a resource of the actors competing for power in various social fields.<sup>87</sup>

Wiethölter pushes these analogies further when he tries to identify a real contradiction between productive forces and relations of production that are innate to the law. Thus he rejects Marx' thesis of law as a superstructure, instead seeking to demonstrate that the contradictory dynamics, which Marx located exclusively in the economy, exist within law itself as well. But then—in contrast to many critical legal theories—the legal form is no longer a mere façade that obscures the really relevant processes in the political economy. Rather, a fundamental contradiction immanent in the law itself drives a transformative dynamic outside the economy. And the utopia of a law of constitutional law would have to build on the fundamental contradictions inherent in the law itself.

One obvious option would be to carry this idea forward and to understand the innate relations of production as legal relations (*Rechtsbeziehungen à la Savigny*) as well as to identify the legally relevant productive forces, possibly in the correlation of communication media<sup>88</sup> and social norms.<sup>89</sup> My proposal, however, goes in a different direction, namely to try an analogy to the economy in law, the analogy to the worst of all deadly sins, to *avaritia*—to the economic profit principle itself.

85 Max Weber, *Economy and Society* (1978), 61.

86 Evgeny Bronislavovich Pashukanis, *The General Theory of Law and Marxism*; Buckel (fn. 45), 94 ff.

87 Pierre Bourdieu, *The Forms of Capital*, *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education* (1986) 46–58.

88 On the materialist-technological perspective of media theory, Friedrich Kittler, *Literature, Media, Information Systems (Critical Voices)* (1997). Comprehensive on the correlation of media and legal evolution, Thomas Vesting, *Legal Theory and the Media of Law* (2018).

89 Wielsch makes use of the distinction and demonstrates how juridical forms, which represent production relations of law, empower productive forces in society. He begins to develop a “law of change of juridical forms” that makes the admission of new productive forces possible, Dan Wielsch, *Rechtsformveränderungsrecht: Die Zulässigkeit des Neuen*, *Kritische Justiz* 52 (2019), 639–656.

## 3. Gesellschaftliche Mehrwerte

Kritik an der kapitalistischen Gesellschaft richtet sich dann nicht mehr nur gegen das Profitprinzip in der Ökonomie, aber auch nicht mehr nur gegen die von neo-liberalen Fanatikern forcierte Expansion des ökonomischen Profitzwangs in nicht-ökonomische Bereiche der Gesellschaft, die möglichst alle gesellschaftlichen Aktivitäten bei Strafe ihrer Insolvenz darauf abrichten wollen, einen monetären Mehrwert zu erzeugen. In der Kritik steht vielmehr eine andersartige gesellschaftsweite Expansion der „kapitalistischen“ Logik, dass nämlich die Zugehörigkeit zu einem Funktionssystem jede einzelne Operation dazu zwingt, über ihre unmittelbare Sinnproduktion hinaus einen systemeigenen – aber gerade nicht-monetären – Mehrwert zu erzeugen. Nicht-monetärer Mehrwert bedeutet in der Politik, dass jede Sachentscheidung zu gesellschaftlichen Problemen unter dem Zwang steht, zugleich einen Mehrwert an politischer Macht zu generieren. In der Wissenschaft werden bei Strafe des Reputationsverlustes durchaus erfolgreiche Forschungen an Gegenstandsbereichen nur dann als relevant anerkannt, wenn sie einen Mehrwert an generalisierbarem Wissen erzeugen. Im Recht stehen die Gerichte unter der Obliegenheit, über die konkrete Streitentscheidung hinaus einen normativen Mehrwert, nämlich für die Zukunft generalisierbare Normen produzieren zu können. Rechtsakte müssen in der Lage sein, über ihren konkreten Gegenstand hinaus die gesellschaftlich relevante rechtseigene Normativität zu reproduzieren und wenn möglich zu steigern. Deswegen kommt es in der bekannten Rechtsparabel der Rückgabe des zwölften Kamels darauf an, dass der Richter seine Entscheidung so fällt, dass das zwölfte Kamel, also die akzeptanzgeeignete rechtliche Normativität, nicht nur den Streit entscheiden, sondern dass es zugleich an den Richter zurückgegeben werden kann.<sup>90</sup> Und ausgebeutet wird auch hier – und zwar die Streitlust der Leute, die doch eigentlich nur am Erfolg ihres konkreten Rechtsstreits interessiert sind und trotzdem Energien dafür aufbringen müssen, dass aus ihrem Streit der Mehrwert neuer Normativität für künftigen gesellschaftlichen Gebrauch hervorgehen,<sup>91</sup> allgemeiner, dass das Recht seine Fähigkeit, für seine Erwartungsbildung Akzeptanz in Recht und Gesellschaft zu erzeugen, stets regeneriert und sogar steigert.

## 3. Societal surplus values

The critique of capitalist society is then no longer directed solely at the profit principle within the economy. Nor is it merely directed against the expansion, pushed by neo-liberal fanatics, of the economic profit principle into non-economic areas of society—which threatens all social activities to produce monetary profit or else be done away with completely. Rather, it criticizes a different kind of society-wide expansion of the capitalist logic. The very belonging to a functional system forces every operation to generate a surplus value—but explicitly non-monetary—beyond its immediate production of meaning. In politics, non-monetary surplus value means that every policy-decision needs to generate simultaneously a surplus of political power. In science, successful research in the various subject areas, which is constrained by reputation maximization, is only recognized as relevant if it generates surplus of generalizable, applicable knowledge. In law, the courts are under the obligation to produce a normative surplus value, i.e. norms that can be generalized for the future, over and above the concrete decision in a dispute. Legal acts need to reproduce, and if possible to increase, juridical normativity. This is the reason why in the famous parable “Return of the Twelfth Camel” it is crucial that the khadi formulates his decision in such a way that the twelfth camel—the juridical normativity which guarantees acceptance—is not only used to resolve the concrete case but at the same time can be returned to the khadi.<sup>90</sup> And here, too, exploitation is at play—namely of those people who are actually interested merely in the success of their concrete legal dispute but who nevertheless have to muster the extra energy that generates the surplus values of new resources of normativity for future use that emerge from their dispute,<sup>91</sup> and, more generally, that enables the law to reproduce and even increase its capacity to create acceptance in law and society.

90 Zur Interpretation der Parabel siehe die Beiträge in: *Gunther Teubner* (Hg.), *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit* (2000), auch in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21 (2000), 189-215.

91 *Niklas Luhmann*, *Die Einheit des Rechtssystems*, *Rechtstheorie* 14 (1983), 146.

90 For an interpretation of the parable see *Gunther Teubner*, *Alienating Justice: On the Social Surplus Value of the Twelfth Camel*, in: *Nelken / Pribán* (eds.), *Law's New Boundaries: Consequences of Legal Autopoiesis* (2001), 21-44.

91 *Niklas Luhmann*, *The Unity of the Legal System*, in: *Teubner* (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (1988), 23 f.

In der Sprache der Systemtheorie: Orientierung eines Funktionssystems an seinem eigenen gesellschaftlichen Mehrwert bedeutet stets den Zwang, über die unmittelbare Aktivität hinaus einen systemeigenen Überschuss mitzuproduzieren, der jedoch nur im Falle der Wirtschaft monetärer Profit ist. Allgemeiner geht es um einen Überschuss am systemeigenen Kommunikationsmedium – Geld, Macht, Recht, Wissen –, der erst in der reflexiven Anwendung von Operationen auf Operationen entsteht. In einem rückbezüglichen Prozess werden nicht nur die üblichen Anschlussoperationen ermöglicht, sondern zugleich wird die eigene Operationsfähigkeit im systemspezifischen Medium wieder hergestellt – oder gar verstärkt.<sup>92</sup> Wenn dies in verschiedenen Systemen als Gesichtspunkt der Selbststeuerung akzeptiert ist, dann avanciert die Produktion systemeigener Mehrwerte zur zentralen Dynamik unerbittlicher Steigerungszwänge innerhalb der modernen Gesellschaft.<sup>93</sup> Gesellschaftliche Mehrwertproduktion, die der Reproduktion oder sogar der Steigerung des eigenen Kommunikationsmediums dient, ist keinesfalls einfach mit ständiger Leistungssteigerung, mit Output-Maximierung, nach dem Motto „Höher, weiter, schneller“ zu verwechseln. Den gesellschaftlichen Mehrwert ausschließlich als Stärkung des systemeigenen Kommunikationsmediums zu verstehen, unterscheidet einen systemtheoretisch strenggefassten Mehrwertbegriff von anderen Versuchen, alle möglichen bei einem Produktionsprozess anfallenden Nebenprodukte als gesellschaftlichen Mehrwert zu begreifen.<sup>94</sup>

Warum gerade die Kommunikationsmedien für die überall zu spürenden Steigerungszwänge der Funktionssysteme verantwortlich sein sollen, ist durchaus nicht auf Anhieb einsichtig. Die Eigenleistung der Kommunikationsmedien besteht genau darin, in ihrem Geltungsbereich die *Motive* (!) dafür zu schaffen, dass Kommunikationszumutungen auch und gerade gegen Widerstand akzeptiert werden. Sie haben die „Funktion, die Annahme einer Kommunikation erwartbar zu machen in Fällen, in denen die Ablehnung wahrscheinlich ist.“<sup>95</sup> Die den Kommunikationsmedien eigene Motivationskraft erweist sich damit als der eigentliche Motor für die unheimlichen Wachstumswänge, die jedes der Funktionssysteme aus sich heraus endogen entwickelt und auf deren Wiederherstel-

In the language of systems theory: The orientation of a functional system towards its societal surplus value means there is constant pressure to co-produce a surplus of its mediality beyond the actual production process, which only in the case of the economy is monetary profit. It is the surplus of the system's own communication medium—money, power, law, knowledge—which arises in the reflexive application of operations to further operations. In a reflexive process, not only are the usual follow-up operations made possible, but at the same time each one's own ability to operate is restored or even increased.<sup>92</sup> If this is established as a criterion of self-regulation in various systems, then the surplus production becomes the driving dynamics of the expansion imperatives in modern society.<sup>93</sup> The production of societal surplus value, which serves to reproduce or even increase each system's own communication medium, is by no means simply to be confused with a constant increase in performance, with output maximization, according to the motto “Higher, further, faster.” Defining social surplus exclusively as strengthening the communication medium distinguishes a systemic concept of surplus from other attempts to describe all kinds of byproducts of production as social surplus.<sup>94</sup>

It is by no means immediately obvious why communication media in particular should be held responsible for the ubiquitously perceptible pressure of increase caused by functional systems. The special contribution of communication media in their area of application consists precisely in creating the *motives* (!) for the fact that communication expectations are also and especially accepted against strong resistance. They have the “function of making the acceptance of a communication expectable in cases in which rejection is likely.”<sup>95</sup> The motivational power inherent in communication media thus proves to be the actual motor for the uncanny growth constraints, which each of the functional

92 Damit wird versucht, Luhmanns Thesen zum Profitprinzip der Wirtschaft zu generalisieren und für andere Funktionssysteme zu respezifizieren, Niklas Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft (1988), 55 ff.

93 Damit wird klargestellt, dass die in den Funktionssystemen institutionalisierte Kollektivsucht, dazu Teubner (Fn. 8), sich auf die hier angesprochenen systemeigenen Mehrwertproduktionen richtet.

94 Meist mit sozialpolitisch positiv bewerteten Konnotationen, z.B. Mark H. Moore, Recognizing Public Value (2013); Anja Schwerk, Strategisches gesellschaftliches Engagement und gute Corporate Governance, in: Backhaus-Maul / Biedermann / Nährlich / Polteraer (Hg.), Corporate Citizenship in Deutschland (2010), 173-199.

95 Luhmann (Fn. 9), 316.

92 This generalizes Luhmann's theses on the profit principle of the economy and respecifies them for other functional systems, Niklas Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft (1988), 55 ff.

93 The production of surplus value is indeed the object of desire for a collective addiction which is institutionalized in various functional systems, see Teubner (Fn. 8).

94 Usually associated with positive social policy ambitions, e.g. Mark H. Moore, Recognizing Public Value (2013); Anja Schwerk, Strategisches gesellschaftliches Engagement und gute Corporate Governance, in: Backhaus-Maul / Biedermann / Nährlich / Polteraer (eds.), Corporate Citizenship in Deutschland (2010), 173-199.

95 Luhmann (fn. 9), Ch. 2, IX.

lung und Steigerung die Mehrwertproduktion ausschließlich zielt.

Die Motivationskraft der Kommunikationsmedien beeinflusst nicht psychische Zustände, sondern soziale Konstruktionen, die mit der Unterstellung entsprechender Bewusstseinszustände auskommen. Kommunikationsmedien formen also primär die soziale Motivbildung und wirken allenfalls indirekt bis in die individuelle intrapsychische Willensbildung hinein. Hier also liegt der Ursprung des – in dieser Weise medientheoretisch verstandenen – Willens zur Macht, zum Geld, zum Recht, zur Wahrheit. Kommunikationsmedien zwingen das Individuum von vornherein in Max Webers „Gehäuse der Hörigkeit der Zukunft“, der hier als der überwältigende gesellschaftliche Motivierungszwang der je eindimensional ausgerichteten Kommunikationsmedien zur Produktion des Mehrwerts verstanden wird. Allerdings ist dann das Individuum nicht ausschließlich dem Profitzwang der kapitalistischen Wirtschaft, den man als Ursache der Dynamik meist vor Augen hat,<sup>96</sup> ausgesetzt, sondern ebenso anderen gesellschaftlichen Mehrwertzwängen, also dem Machtzwang der Politik, dem Wissenszwang der Wissenschaft und Technologie, dem Neuigkeitszwang der Informationsmedien, dem Digitalisierungszwang der Online-Welt, dem Normierungszwang des Rechts.

Zugleich wird es möglich, die unterschiedlichen gesellschaftlichen Ausformungen gesellschaftlicher Mehrwerte genauer zu bestimmen, als es die bloße Trennung ökonomischer, kultureller und sozialer Phänomene (wie in Bourdieus Kapitalbegriffen) vermag. Nur dann, wenn über die unmittelbare Aktivität und deren Sinn hinaus ein Beitrag zur Funktion des jeweiligen Sozialsystems „erwirtschaftet“ wird,<sup>97</sup> dann entsteht dieser mediale Mehrwert, der als Kriterium der Selbststeuerung, als ein rekursives Prinzip der Selbstlegitimation systemischer Operationen wirkt. Dies gilt für Zahlungsoperationen der Wirtschaft nicht anders als für Streitentscheidungen im Recht, *policy*-Entscheidungen in der Politik, epistemische Operationen der Wissenschaft oder Heileingriffe im Medizinbetrieb, womöglich auch für die digitalen Operationen im *cyberspace*.

Der gesellschaftsweite Mehrwertzwang in seinen unterschiedlichen Ausformungen zielt nicht wie im herkömmlichen Verständnis auf Abschöpfung des Mehrwerts für private Verwendung. Es geht gar

systems develops endogenously out of itself. It is also the exclusive aim of surplus production to restore and increase communication media wherever possible.

The motivational power of communication media does not directly influence psychological states; rather, it twists social constructions that get by with the assumption of corresponding states of consciousness. Communication media therefore shape primarily the formation of social motivation and, at best, have an indirect effect on individual intrapsychic decisions. Here, then, lies the origin of the—understood in this way by media theory—will to power, to money, to law, to truth. Communication media force the individual from the outset in Max Weber's "iron cage of the slavery of the future," which is understood here as the overwhelming motivational pressure, created by each one-dimensionally oriented communication medium, to produce added value. However, the individual is then subject not exclusively to the profit compulsion of the capitalist economy, which one usually has in mind as the cause of such dynamics,<sup>96</sup> but also to other surplus constraints, i.e. the power pressures of politics, the knowledge pressures of science and technology, the novelty pressures of information media, the digitization pressures of the online world, the normativization pressures of law.

At the same time, it becomes possible to determine more precisely the different social forms of social surplus values than via the mere separation of economic, cultural and social phenomena (as in Bourdieu's capital concepts). Only when a contribution to the function of the social system is "generated" beyond the immediate activity and its meaning<sup>97</sup> does this count as a medial added value that acts as a criterion of self-regulation, as a recursive principle of the self-legitimation of systemic operations. This applies to payment operations of the economy no differently than it does to dispute decisions in law, policy decisions in politics, epistemic operations of science or curative interventions in medicine, possibly also for digital operations in cyberspace.

The society-wide pressure to produce surplus value does not aim at skimming off the surplus value for private use, as in the conventional understanding of profit. It is not at all about the antagonism between

96 Etwa Christoph Menke, Kritik der Rechte (2015), 266 ff.

97 Vgl. Niklas Luhmann, Organisationen im Wirtschaftssystem, in: Luhmann, Soziologische Aufklärung 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation (1981), 401ff.

96 Christoph Menke, Critique of Rights (2020), Ch. III, 12.

97 Cf. Niklas Luhmann, Organisationen im Wirtschaftssystem, in: Luhmann, Soziologische Aufklärung 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation (1981), 401 ff.

nicht um den Antagonismus von öffentlicher Produktion und privater Aneignung, sondern im Gegenteil gerade um eine Ablösung von privaten Motiven.<sup>98</sup> Denn eine Orientierung am gesellschaftlichen Mehrwert macht es möglich, sich von der Reziprozität einfacher Tauschverhältnisse abzulösen und stattdessen gesellschaftsweite Reziprozitätsbeziehungen einzurichten. Der so generalisierte und respezifizierte Profitzwang ist in der Sache eine systemimmanente „Besteuerung“ einer jeden Operation für die Funktionserfüllung des Systems: monetärer Mehrwert für die Zukunftssicherung der Gesellschaft, normativer Mehrwert einer konkreten Streitentscheidung im Recht für Normgewinnung in der Gesellschaft, Machtmehrwert von *policy-decisions* für generalisierte Machtressourcen zukünftiger politischer Entscheidungen, Wissensmehrwert für die Theoriebildung in der Wissenschaft, medizinischer Mehrwert von Einzeloperationen für die Entwicklung des Gesundheitssystems, Digitalisierungsmehrwert für die Rekonstruktion der realen Welt im der online-Welt.

#### 4. Gesellschaftliche Mehrwerte als Verfassungsproblem

Doch nicht anders als das monetäre Profitdiktat in der Ökonomie haben die anderen gesellschaftlichen Mehrwertzwänge ihr überaus hässliches Gesicht. Die destruktiven und selbstdestruktiven Tendenzen, die Marx der ungebremsten Profitsteigerung in der Ökonomie zusprach, verwirklichen sich in der nicht-monetären Mehrwertorientierung anderer Lebensbereiche mit nicht geringerer Wucht. Immer wieder sind es die Exzesse der Mehrwertmaximierung oder die der Expansion systemeigener Mehrwertabschöpfung in fremde Gesellschaftsbereiche, mit denen die moderne Gesellschaft ihre Todsünden begeht. Hitlers und Stalins totalitäre Politik verwirklichte sich in exzessiver Machtmehrwertsteigerung und in der Gleichschaltung gesellschaftlicher Bereiche, die aus deren Aktivitäten einen Machtmehrwert abzuschöpfen suchte. Fukushima steht für die Exzesse des technologischen Mehrwertzwanges, Doktor Mengele, der die Resultate seiner Menschenversuche an KZ-Häftlingen an das Kaiser-Wilhelm-Institut in Heidelberg schickte, für die Pervertierung eines von allen moralischen Fesseln befreiten Wissensmehrwertzwangs. Eine übermäßige Juridifizierung der Gesellschaft endet in neuen Ungerechtigkeiten deswegen, weil sie den normativen Mehrwert von Rechtsentscheidungen zu maximieren sucht. Eine exzessive Medikalisierung, die für jedes individuelle Leiden einen medizinischen

public production and private appropriation; on the contrary, it is precisely about a detachment from private motives.<sup>98</sup> For an orientation towards societal surplus makes it possible to detach oneself from the reciprocity of simple exchange relationships and instead establish reciprocity relationships throughout society. Pressure to make a profit generalized in this way is then in substance a system-immanent “taxation” of every operation for the fulfillment of the system’s function: monetary surplus in the economy for securing future needs, normative surplus of concrete dispute adjudication in law for norm production in society, power surplus of policies as generalized resources for future political decisions, surplus knowledge for the formation of theories in science, surplus medical value of individual operations for the development of the health sector.

#### 4. Societal surplus values as constitutional problem

But not unlike the monetary profit pressure in the economy, the other societal surplus pressures have their ugly faces, too. The destructive and self-destructive tendencies that Marx attributed to the relentless profit maximization in the economy are realized in the non-monetary surplus orientation of other areas of life with no less force. Again and again, it is the excesses of maximizing surplus value as well as the expansion of the system’s own skimming of surplus from other areas of society with which modern society commits its mortal sins. Hitler’s and Stalin’s totalitarian policies were realized in excessive increases in the surplus value of power and in the far-reaching politicization of other social areas, which siphoned off their power surplus value. Fukushima stands for the excesses of technological surplus pressures. Dr. Mengele, who sent the results of his cruel experiments on concentration camp prisoners to the Kaiser Wilhelm Institute in Heidelberg, exemplifies the perversion of surplus value pressure for scientific knowledge freed from all moral constraints. Excessive juridification of society results in new injustices because it seeks to maximize the normative surplus of legal decisions. New pathologies arise from excessive medicalization, which wants to branch off a medical therapy surplus for each individual case of suffering.

98 Ders. (Fn. 92), 55 entwickelt dies Argument für das Profitprinzip der Wirtschaft.

98 Idem (fn. 92), 55, develops this argument for the profit principle of the economy.

Therapieüberschuss abzweigen will, endet in neuen Pathologien. Der Zwang zur Digitalisierung droht, in einer extrem einseitigen Sicht auf die Welt zu enden und in der Vernachlässigung dringender Sozialprobleme, die sich dem Digitalisierungszugriff entziehen.

Spätestens an dieser Stelle wird deutlich, dass der gesellschaftliche Zwang zu unterschiedlichen Mehrwertproduktionen ein Verfassungsproblem ersten Ranges darstellt. Immerhin ist die Mehrwertorientierung die eigentliche *idée directrice*, ihr zentrales Kriterium der Selbststeuerung, sowohl in ökonomischen als auch in nicht-ökonomischen Institutionen einer kapitalistischen Gesellschaft, die für ihre produktive Dynamik, besonders aber für ihre destruktiven Effekte verantwortlich ist. Unerbittlich gibt sie den jeweiligen Systemoperationen ein Formalziel verbindlich vor, welches das Sachziel der Operationen überlagert, beschränkt, dominiert. Ja letztlich verfälscht.<sup>99</sup>

Wenn Kapitalismuskritik wie hier vorgeschlagen, nicht mehr einfach als Kritik der profitgesteuerten Wirtschaft, sondern als Kritik einer mehrwertgesteuerten Gesellschaft formuliert wird, wie soll dann die Verfassung mit der exzessiven Ambivalenz dieser ubiquitären Mehrwertproduktionen umgehen? Profitbeschränkungen? Änderung der Profitverteilung? Kollektivierung der nicht-monetären Profiterzeugung? Befreiung vom gesellschaftlichen Profitzwang? Wenn der Zwang zur Abschöpfung von Mehrwert überall in der Gesellschaft, wenn auch in unterschiedlichen Ausprägungen, strukturell verankert ist, dann genügt es offensichtlich nicht mehr, bloß noch eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidung für oder gegen eine profitgesteuerte Ökonomie zu treffen. Völlig überzogen erscheinen dann Hoffnungen auf Abschaffung des Privateigentums, auf dass der Profitzwang aus der Welt verschwinde. Denn die destruktiven Tendenzen der nicht-monetären Profitmaximierung in anderen Systemen, besonders in Wissenschaft, Technologie und natürlich in der Politik, blieben davon gänzlich unberührt.

Der Umgang der Verfassung mit unterschiedlichen gesellschaftlichen Mehrwertproduktionen müsste überlegter konzipiert werden als es eine simple Verbotsstrategie tut. Als wertvolle Anregung könnten – *horribile dictu* – ökonomische Erfahrungen mit externen gesellschaftlichen Pressionen auf Wirtschaftsunternehmen dienen, die gegenwärtig auf die monetäre Profiterzeugung ausgeübt wer-

At this point, at the latest, it becomes clear that massive pressures to produce various surplus values is a constitutional problem of high order. Surplus orientation is after all the actually driving *idée directrice* in both economic and non-economic institutions of a capitalist society, which is responsible for its productive dynamics, but especially for its destructive effects. It gives the respective system operations a formal goal which overlays, limits, dominates, ultimately falsifies their substantive goal.<sup>99</sup>

But how should the constitution deal with the excessive ambivalence of ubiquitous surplus production? Surplus restrictions? Changes to profit distribution? Collectivization of the non-monetary generation of profit? Liberation from the societal pressure towards profit maximization? If the compulsion to siphon off surplus value is structurally rooted everywhere throughout society, albeit in different forms, then it is obviously no longer sufficient to make a basic decision under economic constitutional law for or against a profit-driven economy. Hopes for the abolition of private property and the elimination of the monetary profit orientation are in vain. Because the destructive tendencies of non-monetary profit maximization in other systems, especially in science, technology and, of course, politics, would remain completely unaffected.

The way constitutions deal with diverse societal surplus productions would have to be conceived more carefully than any simple prohibition strategy would do. One suggestion could be—*horribile dictu*—economic experiences with external societal pressures on commercial enterprises, which are currently being exerted in the direction of monetary profit generation. This is because the concrete pat-

<sup>99</sup> Auch hier wieder eine Generalisierung, diesmal einer gängigen Unterscheidung der Betriebswirtschaft, und ihre Respezifizierung für andere Handlungssysteme, *Erich Kosiol*, Die Unternehmung als wirtschaftliches Aktionszentrum (1972), 54, 223.

<sup>99</sup> Here again a generalization, this time of a common distinction used in business management, and its respecification for other action systems, *Erich Kosiol*, Die Unternehmung als wirtschaftliches Aktionszentrum (1972), 54, 223.

den. Denn dort wird die konkrete Ausgestaltung der Mehrwerterzeugung und Mehrwertverteilung nicht allein den Unternehmen überlassen, sondern extern oktroyiert durch eine Trias der Überschussabführung: Rendite, Steuern, Arbeitnehmerlöhne.<sup>100</sup> Verschiedene Kollektivakteure zwingen die Unternehmen dazu, dass sie über die bloße Produktion von Gütern oder Dienstleistungen hinaus einen monetären Überschuss erzielen und in welchen Proportionen sie ihn an verschiedene Begünstigte verteilen: der Staat, um Steuern abzuschöpfen, die Gewerkschaften, um Löhne und Arbeitsbedingungen zu erkämpfen, die Kapitaleigner, um für ihren Risikoeinsatz den Residualgewinn zu kassieren und die Unternehmen selbst, um Re-investitionen vorzunehmen. Und das Verfassungsrecht spielt hier eine prominente Rolle, denn verschiedene Teilverfassungen sorgen für die rechtliche Absicherung solcher Pressionen: Finanzverfassung, Eigentumsverfassung, Arbeitsverfassung. Verfassungsänderungen, die dem ökonomischen Profitprinzip eine andere Richtung geben, etwa Staatsbeteiligung an Unternehmen, Besteuerung zu nicht-fiskalischen Zwecken, gewerkschaftliche Mitbestimmung oder die Überführung eines Unternehmens in die *commons*, hat es in der Vergangenheit häufig gegeben und sind angesichts der neueren Kapitalismuskritik für die Zukunft wieder brandaktuell. Angesichts neuer gesteigerter Ungleichheiten dürfte sich die Aufgabe von Politik und Recht wieder verstärkt stellen, für eine – gewiss nur teilweise erfolgreiche – Reduzierung „parasitärer“ Profitabschöpfungsexzesse, besonders der Kapitaleigner, zu sorgen, wobei als parasitär solche Mehrwertabschöpfungen gelten, die über die erforderliche (!) Motivation für Mehrwerterzeugung hinausgehen.

Wäre es für ein „Rechtsverfassungsrecht“ im Sinne Wiethölter's lohnend, aus solchen Erfahrungen in der Wirtschaftsverfassung zu lernen, sie aus dem engen Kontext des ökonomischen Profits zu lösen und sie in zahlreichen Lebensbereichen für eine politisch-rechtliche Inpflichtnahme aller gesellschaftlichen Mehrwertproduktionen fruchtbar zu machen? Statt direkter Interventionen könnten die externen Pressionen indirekt in „parteilicher Unparteilichkeit“ auf eine veränderte – im besten Fall ökologische – Orientierung unterschiedlicher gesellschaftlicher Mehrwerterzeugungen hinwirken. Die Rolle des Rechts bestünde darin, eine gesellschaftsweite Reflexion über vielfältige gesellschaftliche Mehrwerte, sowohl über ihre Produktion als auch besonders über ihre Verteilung, in „gesellschaftsweiter Reziprozität“ institutionell einzufordern, einschließlich der normativen Mehrwerte des Rechts selbst. Sich selbst überlassen fol-

tern of surplus generation and distribution is not solely left up to the companies but rather imposed externally by a triad of surplus transfers: returns, taxes, employee wages.<sup>100</sup> Various collective actors force the companies to achieve a monetary surplus beyond mere production, and direct them how they distribute it to different beneficiaries: the state skimming off taxes, the trade unions fighting for wages and working conditions, the capital owners collecting the residual profits for their risk exposure, and the companies themselves reinvesting. And constitutional law plays a prominent role here, because various social constitutions provide for the legal protection of such pressures: financial constitution, property constitution, labor constitution. Constitutional changes that influence the economic profit principle, such as state participation in companies, taxation for non-fiscal purposes, workers' co-determination or a movement toward the commons have arisen in the past quite regularly and are topical again for the future in view of the more recent criticism of capitalism. In view of new, increased inequalities, the task of politics and law to reduce “parasitic” profit siphoning excesses, especially of the capital owners, is likely to come into sharp focus again. What will be seen as parasitic in these new attempts should be the surplus skimming that exceeds required (!) motivation for generating surplus value.

Would it be worthwhile for a law of constitutional law, in the way Wiethölter formulates it, to learn from such experiences in the economic constitution, to free them from the tight corset of economic monetary profit and to make them fruitful in numerous areas of life for a political legal direction of non-monetary surplus productions? Instead of direct interventions, the external pressures could indirectly work towards a changed—possibly ecological—orientation of the various societal surplus outputs in “partial impartiality.” The role of law would be to institutionally promote a society-wide reflection on various societal surplus values, both their production and distribution, in “society-wide reciprocity,” including the normative surplus values of law itself. Left to their own devices, the systemic surplus productions will only follow their tunnel vision, which focuses them on maximizing their own function. External pressures from civil

100 Luhmann (Fn. 97), 404 ff.

100 Luhmann (fn. 97), 404 ff.



gen die systemeigenen Mehrwertproduktionen nur ihrem verengten Tunnelblick, der sie sich ausschließlich auf die eigene Funktionsmaximierung fixieren lässt. Externe zivilgesellschaftliche und politisch-rechtliche Pressionen müssten sie dazu bringen, ökologisch sensibel zu werden und ihre Wirkungen auf Natur, Gesellschaft und Menschen in ihre Entscheidungen einzubeziehen. Wären solche Pressionen der angemessene Umgang mit den modernen Äquivalenten alter Todsünden – mit *avaritia, superbia, contentio, concupiscentia oculorum*?

society, from politics and law should induce them to become ecologically sensitive and to include the effects on nature, society and people in their decision-making. Would such pressures be the appropriate dealing with the modern equivalents of old mortal sins—*avaritia, superbia, contentio, concupiscentia oculorum*?