

Nachwort

Das vorliegende Buch befasst sich – das muss am Ende noch einmal betont werden – mit *Formen*, im Plural,¹ Formen, in denen und mit denen das gesellschaftliche Wissen in den Lebensformen, insbesondere in den Praktiken des Rechts, erzeugt und gesellschaftliches Handeln ermöglicht wird. Die Emergenz dieser Formen wäre nicht denkbar ohne die grundlegenden Veränderungen, die Dynamisierung dieses gesellschaftliche Wissens im 19. Jahrhundert. In Deutschland wären sie vor allem nicht denkbar ohne das Hegel'sche Begriffsdenken und seine Verschleifung mit der Entwicklung und Beobachtung der Emergenz der neuen gesellschaftlichen Lebensformen und Wissenspraktiken, die in der gesellschaftlichen Erfahrung erzeugt und prozessiert worden sind. Die Beobachtung der Formen des »Rechts als Kultur«, d.h. im Kontext der anderen Formen des Wissens der Literatur, der Kunst, der Musik, der Technik, erlaubt, wie gezeigt, ein Denken des Rechts als Prozess ohne bestimmtes Ziel und vor allem ohne die Zentralstellung des Subjekts als »Anfang«, der Rechtsidee als Subjekt, des Subjekts als Träger der Rechtsidee. Das Rechtssubjekt wird selbst gedacht als Effekt eines distribuierten Prozesses. Die Suche nach den Formen, die den Wandel des Rechts prozessiert haben, scheint die Frage nach den dabei entstehenden Machtverhältnissen in den Hintergrund gedrängt zu haben. Dies ist nur auf den ersten Blick so: Die Realität besteht aus Prozessen, die nur gedacht werden können, wenn Begriffe konstruiert werden (können), die durch Fragen im wahrsten Sinne des Wortes »aufgeworfen« werden, die andere Begriffe hervorrufen oder bestehende durch wechselseitige Anpassung innerhalb einer kollidierenden oder sich überlappenden Mehrzahl der Formen auch über Systemgrenzen hinweg verändern. Z.B. stellte sich die Frage, ob nicht in Deutschland die starke Staatsfixierung des Rechts auch Rückwirkungen auf die Herausbildung und Entwicklung der großen privaten Unternehmen und Konzerne gehabt hat, die den staatlichen Interessen an der Entwicklung eines starken Militärs entsprachen. Hat sich hier nicht ein Entsprechungsverhältnis zwischen staatlichen und privaten Formen herausgebildet? Denkbar wären in der Organisation der Wirtschaft auch weniger zentralisierte Formen der »flexiblen Spezialisierung« gewesen, die eher die Distribution der wirtschaftlichen Organisationsprozesse statt der Hierarchisierung durchgesetzt hätte.² Es ließen sich

- 1 *Caroline Levine*, *Forms. Whole, Rhythm, Hierarchy, Network*, Princeton 2015, S. 65; vgl. zu Formbegriff auch *Niklas Luhmann*, *Die Paradoxie der Form*, in: Dirk Baecker (Hrsg.), *Probleme der Form*, Frankfurt a. M., 1997, S. 197.
- 2 *Michael C. Piore/Charles F. Sabel*, *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*, New York 1984; *David J. Evans*, *The Political and Social Theory of Flexibility*, Ph D. Thesis University of Warwick 1995.

auch Fragen nach der Möglichkeit von mehr gesellschaftlich basierten Rechtsformen der Kooperation zwischen Unternehmen und Arbeitnehmern oder Gewerkschaften aufwerfen.

Caroline Levine hat zur Begründung ihrer eigenen Suche nach Formen auf die Risiken der ubiquitären Beobachtung von Macht durch Foucault und die Vernachlässigung der Differenzierung hingewiesen.³ Foucaults Arbeiten sind ambivalent: Neben der von Levine kritisierten Tendenz gibt es auch bei Foucault die genaue Analyse der Formen der Macht. Ein Beispiel für eine Untersuchung des Rechts im Kapitalismus, die ganz auf Macht konzentriert ist und die Eigenlogik der Formen (des Rechts) vernachlässigt, ist das Buch »Der Code des Kapitals« von Katharina Pistor.⁴ Der Aufstieg des Kapitals lässt sich danach auf eine unter Anleitung von Rechtsanwälten erfolgende Aneignung von Gütern als Kapital zurückführen, deren struktureller Effekt über beinahe 200 Jahre gleichgeblieben ist.⁵

Die technische Seite des Aufstiegs des Kapital, der Wandel des »Rechts als Kultur« in England, bleibt (bewusst)⁶ fast ganz unberücksichtigt. Die Fixierung auf eine begrenzte Zahl von Handelnden (die Anwälte) und deren Absichten, nicht aber die impersonale Genealogie und Produktivität der Regeln stehen im Vordergrund des Interesses; die Erzeugung neuer Möglichkeiten, die Herausbildung neuer Lebens- und Praxisformen, bleibt weitgehend unbeobachtet (sie wird nur als »more of the same« gesehen, eben als mehr Macht). Dann drängt sich eine einfache Alternative (der Macht) auf: »La révolution citoyenne reprend (le pouvoir) à l'oligarchie«? Das ist Jean-Luc Mélenchon, der Führer der Linken in Frankreich.⁷ Doch im 19. Jahrhundert ist es zu einem beträchtlichen Wachstum

3 Levine, aaO (Forms), S. 65; Katharina Pistor, *Der Code des Kapitals*. Wie das Recht Reichtum und Ungleichheit schafft, Berlin 2020, S. 63 ff.; auch Christoph Menke, *Recht und Gewalt*, erweiterte Neuauflage, Berlin 2018, sieht das Recht durch seine souveräne »Einsetzung« festgelegt auf bestimmte Formen der Unterdrückung des »natürlichen (!) Wollens und Handelns«, ders., *Die Möglichkeit eines anderen Rechts*. Zur Auseinandersetzung mit Andreas Fischer-Lescano, DZPh 62 (2014), 136, Replik auf Andreas Fischer-Lescano, *Postmoderne Rechtstheorie als kritische Theorie*, DZPhil 61 (2013), 179, der mit Recht den Zusammenhang der »Einsetzung« mit der Faktizität der gesellschaftlichen Verhältnisse betont, aber selbst die Grenzen der »Normativität der Faktizität« unterschätzt, die durch die Lebensformen auch dem Wandel des Lebens gegenüber dem Recht Grenzen setzt.

4 Pistor, aaO (Der Code des Kapitals), S. 63.

5 Kritisch Hans Bernd Schäfer, *Nationalreichtum und Armut durch Zivilrecht*. Der Code des Kapitals und seiner Portabilität, *RabelsZ* 85 (2021), 854.

6 Pistor, aaO (Der Code des Kapitals), S. 13.

7 Zitiert nach Pierre Birnbaum, *Les »gens« contre »l'oligarchie«: Le discours de la France insoumise*, *Cités* 2017, Nr. 72, 163; dort auch ein guter

an »useful knowledge« gekommen, und zwar vor allem in der Industrie. Dies war weitaus wichtiger für die gesellschaftliche Entwicklung als die von Pistor mit Recht kritisierten neuen Formen der Enteignung der Bauern und der Aneignung von Grundeigentum in der neuen bürgerlichen Form durch Adelige und dadurch reich werdende Bürger. Auch die emergente Normativität der dynamischen bürgerlichen Gesellschaft hat sicher zunächst überwiegend den industriellen Kapitalbesitzern genützt.⁸ Das lässt sich aber nicht einfach auf »Macht« zurückführen: Die »Wissensbestände« einer Gesellschaft sind, wie mehrfach betont, notwendigerweise begrenzt. Sie erlauben nur ein historisch limitiertes Repertoire von »Lösungen«, die von ahistorischen »unmöglichen« Wünschen zu unterscheiden sind.

Doch haben »Progressives« in England und in den USA wichtige Beiträge dazu geleistet, die neuen *Regeln* und *Normen* der industriellen Gesellschaft zu lesen, zu verstehen und auch für Lösungen im Interesse der Arbeiter »lesbar« zu machen.⁹ Auf dieser Grundlage konnten Strategien des Wandels eben der *Normen* und damit ein neues Verständnis von »Law as Culture« entstehen, die das Vertrauen in die Möglichkeit neuer zusätzlicher Normen begründet haben, die die Dynamik der Wirtschaft nicht zerstört haben – und zugleich den Zuwachs des Reichtums nicht nur gerechter gestaltet und verteilt, sondern auch ein anderes Bild von der Gesellschaft als Feld von neuen Handlungsmöglichkeiten hervorgebracht haben – eben mehr Möglichkeiten »knowable« und »believable« gemacht haben. Dazu ist auch Macht erforderlich, aber eine Macht, die Strategien des Wandels in der Form von (nicht nur rechtlichen) Regeln entwickelt. Ansätze, die in diese Richtung gehen, finden sich in Europa auch bei Yan Thomas, der dem Prozessieren der »Operationen des Rechts« und der dadurch vermittelten Beziehungen zwischen Personen und Sachen die Aufgabe zuschreibt, die »Architektur der sozialen Welt wiederzufinden«.¹⁰

Der Versuch, in Formen zu denken und die Formen der Welt zu beschreiben, geht davon aus, dass die für die Beschreibung der Gesellschaft erforderlichen Begriffe unvollständig sind (sein müssen), weil das Denken an die praktischen und praktikablen Lebensformen gebunden ist. Die Begriffe erlauben als praktische nur die Probleme zu denken, für die die Gesellschaft Lösungspotentiale hat.¹¹ In Pistors Buch geht es

Kommentar zum linken Populismus, zu dem sich Mélenchon ausdrücklich bekennt – in Übereinstimmung mit Chantal Mouffe.

8 Daron Acemoglu/Simon Johnson, *Power and Progress. Our Thousand-Year Struggle Over Technology and Prosperity*, London 2023, S. 144.

9 Acemoglu/Johnson, ebd., S. 388ff.

10 Yan Thomas, *Les artifices de la vérité en droit commun médiéval, L'Homme* 2005, 113, 115; allg. ders. *Les opérations du droit*, Paris 2011.

11 Alfred North Whitehead, *Abenteuer der Ideen*, 2. Aufl., Berlin 2017, S. 476; die »Diskursformation«, innerhalb dessen heute »das Kapital« kritisiert

im Grunde nicht um einen »Code« des Kapitals – das wäre eine Form –, sondern um die Möglichkeit der direkten Aneignung der Reichtümer einer Gesellschaft, für deren Formlosigkeit der »Code« eine unpassende Metapher ist. Auch das Denken des Wandels der gegenwärtigen digitalen Gesellschaft verlangt das Lesen der expliziten und impliziten *Regeln* der neuen Gesellschaft und Überlegungen zu neuen *Formen* ihrer Umgestaltung im Interesse einer größeren Gleichheit.

Was aber den Kern einer freien und demokratischen Gesellschaft ausmacht, ist ihre gesellschaftliche Regelhaftigkeit, die Vertrauen und produktives Handeln ermöglicht – und auf dieser Grundlage auch die Demokratie abstützt. Doch bei Pistor tritt an die Stelle der Vorstellung insbesondere deutscher Rechtswissenschaftler von der Einheit einer sich selbst verwirklichenden Rechtsidee eine andere Einheit, die nach einer einheitlichen und als solcher zu identifizierenden *Absicht* handelnden Akteure (Rechtsanwälte von Unternehmen¹²), die das Interesse des Kapitals nach ihrem Willen formulieren und durchsetzen. Der unpersönliche *Prozess der Geschichte* des Rechts verschwindet ebenso hinter einer Idee wie in der konventionellen Rechtsgeschichte. Die Idee nimmt eine banale Form an, aber sie entzieht sich der kollektiven Reflexion ebenso wie das Walten des Volksgeists bei Savigny. Die Hüter der Idee bleiben aber paradoxerweise in beiden Lesarten die Juristen! Es gibt nur die Verschiebung von den Staatsjuristen zu den Gesellschaftsjuristen. Die neue Konstruktion der Einheit der Transformation bestätigt sich in nichts anderem als der als Rettung empfohlenen wiederum staatlich gegründeten Maßnahme der Demokratisierung,¹³ die die wahre Einheit herstellt, die »substance over form« setzt und sich durch ihr Ergebnis ausweist – die größere Gleichheit der *individuellen* Subjekte. Das ist die Aggregation des Individualinteresses zum staatlichen Kollektivinteresse. Dass dies von den Subjekten als ausreichend angenommen wird, ist ebenso zweifelhaft wie der Weg dorthin.¹⁴ Demokratisierung ist an dieser Stelle

wird, ist nicht primär die der Philosophie oder der Wirtschaft, sondern die der moralischen Verurteilung.

- 12 Pistor, aaO (Der Code des Kapitals); auch die Protagonisten der neuen »Law and Political Economy«-Bewegung *Jedediah Britton-Purdy et al.*, Building a Law-and-Political-Economy-Framework, *Yale Law Journal* 129 (2020), 1784; auch *ders.*, The Constitutional Flaw That's Killing American Democracy, *The Atlantic* Aug. 2022 – <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/08/framers-constitution-democracy/671155/>; dort wird als Mittel gegen »undemokratische« Richterentscheidungen (US Supreme Court) die erleichterte Verfassungsänderung empfohlen.
- 13 Fischer Lescano, aaO (Postmoderne Rechtstheorie als kritische Theorie), 179.
- 14 Moritz Renner/Torsten Kindt, Wirtschaftsrecht und Politische Ökonomie *JZ* 2023, 315.

nichts als die Beschwörung der staatliche Einheit stiftenden Souveränität des Staates.¹⁵ Dies ist die neue Einheitsstiftung! Darin unterscheidet sie sich von der neueren konservativen Kritik der liberalen Rechtsordnung, die einen »common good constitutionalism«¹⁶ in Anschlag bringen will, der nicht staatsfixiert ist, aber auf eine paradoxe Weise tradierte »Werte«, Familie, lokale Gemeinschaft und Religion als Träger eines Kollektivinteresses aktiv – wiederum durch Juristen! – propagiert, dessen gesellschaftliche Selbstreproduktion zweifelhaft geworden ist, also nicht mehr gegeben ist und deshalb letztlich ebenso wie die »Law and Political Economy«-Bewegung auf eine Beschwörungsformel zurückgreifen muss. Wie dies gelingen könnte, wird kaum erklärt; der Akzent wird auch hier bei der Feststellung gesetzt, dass die Haltbarkeit eines Kollektivinteresses von der liberalen Rechtskonzeption jedenfalls nicht plausibel gemacht werden könne. Demgegenüber wird hier auf die Möglichkeit einer Formanalyse, die Vermittlungs- und Reflexionsleistung des Rechts gesetzt, die einen unpersönlichen distribuierten, also nicht-einheitlichen Prozess der selbstorganisierten Wissenserzeugung und des Wandels der gesellschaftlichen »Wissensbestände« (L. Fleck) und deren Formen beobachten hilft, die auch auf den Staat angewiesen ist, aber doch primär auf die Möglichkeit eines Kooperationsverhältnisses setzt.

Gerade die digitale Gesellschaft könnte aufgrund ihrer viel deutlicher als unpersönlicher Prozess hervortretenden informationellen Basierung und ihrer höheren Flexibilität mehr Gleichheit ermöglichen durch »Umverteilung des Wissens«, die mit der digitalen Form der Wissensprozesse eher vereinbar ist als die Vergesellschaftung von Eigentum, die neue Funktionäre an die Stelle alter Eigentümer stellen würde – mit den absehbaren Konsequenzen.¹⁷ Dazu bedarf es einer neuen Kultur der (primär) gesellschaftlichen Regeln, die dann auch staatliche Regulierungen tragen können. Das schließt – wie erwähnt – nicht aus, dass die organisierte oder heute vernetzte Konstruktion der großen Plattformen der digitalen Wirtschaft tiefgreifende staatliche Eingriffe verlangt, die aber auch der Gesellschaft mehr Möglichkeiten eröffnen müssen, nicht Herstellung einer Staatswirtschaft intendieren dürften.

15 Vgl. zur Kritik am Rekurs auf Demokratisierung« *Renner/Kindt*, ebd., 316.

16 *Adrian Vermeule*, *Common Good Constitutionalism*, New York 2022; und den Rezensionensaufsatz von *Charles King*, *The Antiliberal Revolution. Reading the Philosophers of the New Right*, *Foreign Affairs* Juli/August 2023: <https://www.foreignaffairs.com/reviews/antiliberal-revolution>.

17 *Aldo Schiavone*, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Turin 2019; *Karl-Heinz Ladeur*, *Towards the Integration of Data Protection, Competition Policy, and Technological Innovation into a Regulatory Strategy for Platforms*, Vortrag am Wissenschaftskolleg Berlin, 6.6.2022.