

Ancilla Iuris

Futurities of Law

Versuche über die Zukunft des Rechts¹

Futurities of Law

Toward the Legal Design of the Next Society¹

Malte-Christian Gruber*

Translated by Jacob Watson

Das Recht der Zukunft steht vor grundlegenden Herausforderungen, die es nicht alleine mit den Mitteln „bewährter“ Dogmatik bewältigen wird. Ebenso wenig kann es sich in methodologischer Hinsicht auf eine vermeintlich unpolitische Hermeneutik oder eine einseitige Anwendung empirischer Methoden zurückziehen. Seine Aufgaben erschöpfen sich nicht in blossen Steuerungs-, Innovations- und Anreizfunktionen, sondern umfassen zudem kritisch-emanzipatorische Funktionen. Methodenreflexion und Rechtskritik – verstanden als Gesellschaftstheorie „im Inneren“ des Rechts – versetzen die Rechtslehre in die Lage, den Anforderungen gerecht zu werden, die sich aus der gleichzeitigen Zugehörigkeit der Jurisprudenz zum Rechts- und Wissenschaftssystem ergeben. Die künftige Weiterentwicklung der Rechtswissenschaft bedarf daher einer Grundlagenforschung, die den interdisziplinären Anschluss an die geistes- und sozialwissenschaftlichen Nachbardisziplinen wahrt und den Anstoss zu aufgeklärter Selbstkritik sowie Selbstreflexion gibt. Nur so – im Ausgang der Jurisprudenz aus ihrer selbstverschuldeten Unkenntnis über ihre gesellschaftlichen Funktionen – vermag sich die Rechtspraxis im juristischen Alltag zu bewähren und der Ungerechtigkeit der Rechtswelt mit eigenem Denken gegenüberzutreten. Solcherart kritisches Rechtsdenken verlangt mehr als ideengeschichtliche Traditionspflege; ihm genügt auch keine empiristische Wirklichkeitspflege. Es muss ihm darum gehen, eine normative Vorstellung von Recht zu entwickeln, offenzulegen und für die Zukunft fortzuschreiben. Die dafür benötigten Reflexionspotentiale schöpft es in gesellschaftstheoretischen Modellbildungen und Methodenentwicklungen. Dabei eröffnet die wechselseitige Auseinander- und Übersetzung rivalisierender Theoriemodelle neue Lernchancen, um Rechtskonflikte nicht zu lösen, aber doch besser zu behandeln. Hier sind es vor allem die juristischen Grundlagenfächer, die mit ihren unterschiedlichen Beobachtungsweisen vielfältig bewegliche Zugänge zu den Möglichkeiten und Wirklichkeiten des Rechts freigeben und, vor allem in Anbetracht neuer Fälle, für die nötige Variabilität der Wahrnehmungs- und Handlungsoptionen sorgen. Die Zukunft des Rechts liegt in experimentellen Versuchen und Entdeckungsverfahren, in der schöpferischen Suche nach anderen Möglichkeiten und möglichen Realitäten, im kritisch-konstruktiven Kampf ums Recht der Zukunft – als ökologisches Recht zukünftigen Lebens in der nächsten, biodigitalen Gesellschaft.

The law of the future faces fundamental challenges that it cannot overcome merely with “tried and tested” doctrine. Nor can it take methodological refuge in a supposedly apolitical hermeneutic or in a one-sided application of empirical methods. Its tasks are not limited to mere guidance, innovation or stimulating activity, but also critical-emanipatory functions. Methodological reflection and legal criticism – understood as social theory “from within” the law itself – enable jurisprudence to meet the special requirements arising from the fact that jurisprudence is simultaneously part of both the legal and academic systems. The future development of jurisprudence therefore requires a well-founded research approach – one that maintains interdisciplinary links with neighboring disciplines in the humanities and social sciences and provides impulses for enlightened self-criticism and self-reflection. Only in this way – by extricating jurisprudence from its self-inflicted ignorance of its social function – can legal practice assert itself in everyday legal life and counter the injustices of the legal world with its own thinking. Such critical legal thinking requires more than just the continuation of traditions in the history of ideas. Nor can it be exhausted in the mere cultivation of empirical approaches to reality. It must aim to develop, unfold, and write into the future a normative concept of law. It draws its essential reflective potential from social-theoretical modelling and methodological development. In doing so, the mutual confrontation and translation of competing theoretical models opens up new learning opportunities, not to resolve legal conflicts, but to deal with them more rationally. In this context, it is above all the foundational legal subjects which, with their respective approaches and perspectives, open up diverse and flexible approaches to the possibilities and realities of law and, especially in the light of new cases, ensure the necessary variance of options for perception and action. The future of law lies in experimental trial and testing and innovative discovery, in the creative search for alternative possibilities and possible realities, in the critical-constructive struggle for the law of the future – as the ecological law of future life in the next biodigital society.

* Prof. Dr. iur. Malte-Christian Gruber ist Professor für Privatrecht und Rechtsphilosophie an der Justus-Liebig-Universität Giessen.

1 Für R.W. von M.G. in Erinnerung an den „3. Stock“! Für wertvolle Kommentare und Anregungen danke ich Alina De Col, Andreas Fischer-Lescano, Fabienne Graf, Dario Haux, Steve Howe, Vaios Karavas, Michele Luminati, Suad Salihu und Gunther Teubner. Der Beitrag ist im Rahmen des vom Schweizerischen Nationalfonds (SNF) geförderten Projekts „Future Generations in Swiss and European Private Law“ entstanden.

* Prof. Dr. iur. Malte-Christian Gruber is a full professor of private law and legal philosophy at the Justus Liebig University Giessen.

1 For R.W. from M.G. in memory of the “3rd Floor”! For valuable comments and suggestions I would like to thank Alina De Col, Andreas Fischer-Lescano, Fabienne Graf, Dario Haux, Steve Howe, Vaios Karavas, Michele Luminati, Suad Salihu and Gunther Teubner. The German version of this article was written as part of the Lucerne SNSF project “Future Generations in Swiss and European Private Law”, first published in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 107 (2021), 367–391.

Auch in der Wissenschaft pflegt, wenn ein frischer Wind aufkömmt, der Staub aufzuwirbeln, und wie viele es auch geben mag, die sich darüber die Augen reiben, so möge uns doch die Erwägung trösten, daß der Staub bald wieder zu Boden sinkt und eine Sturm- und Drangperiode am wenigsten auf dem Gebiet der Jurisprudenz von langer Dauer sein kann. (Rudolf von Jhering)²

In scholarship, too, when a fresh wind arises, the dust tends to whirl up, and however many there may be who rub their eyes at the sting of change, let us be comforted by the thought that the dust soon settles again, and that any such period of storm and stress is least likely to trouble the field of jurisprudence for very long. (Rudolf von Jhering)²

I.

ZUKUNFT DER JURISTENZUNFT

I.

THE FUTURE OF THE LEGAL PROFESSION

Wenn der Glaubenssatz der Juristen wahr sein sollte, dass sich eine gereifte Jurisprudenz nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit setzen lässt,³ wie steht es dann mit der Zukunft? Wie kann eine solche Jurisprudenz, welche die Grundtypen und Grundformen der Rechtswelt bereits entdeckt zu haben meint, eigentlich zurechtkommen? Werden Recht und Rechtswissenschaft mit ihren Begrifflichkeiten und Konstruktionen den nächsten Herausforderungen der gesellschaftlichen und technologischen Entwicklung wirklich gewachsen sein? Können sie es sich noch erlauben, diesen Herausforderungen alleine mit „bewährter“ Dogmatik zu begegnen? Was macht diese ewige Wiederkehr des Gleichen aus der Jurisprudenz? Erweist sich die juristische Dogmatikregel nicht als schiere Verhexung, der vermeintlich feste Besitz leitender Grundsätze und der denkende Gehorsam als Illusion und Ideologie?⁴ Und was wird aus den so entzauberten Juristen, die „als solche“⁵ buchstäblich zu allem fähig zu sein scheinen? Gewiss können sie noch immer als „nützliche Juristen“ dienen – besonders dann, wenn sie sich *nicht* weiter interessieren, weder für Wahrheit⁶ noch für Wirklichkeit im Sinne ethischer, politischer, ökonomischer, sozialer Überlegungen.⁷

If the jurists' creed is indeed true that a mature jurisprudence cannot be awkwardly cornered by history,³ what about the future? How might such a jurisprudence, thinking it has already discovered the fundamental types and forms of the legal world, actually cope and get by? Will law and jurisprudence, with their concepts and constructions, really be up to facing the next challenges of social and technological development? Can they still afford to meet these challenges with “tried and tested” doctrine alone? What does this eternal recurrence make of jurisprudence? Does the legal-dogmatic rule not prove to be sheer bewitchment, the supposedly firm possession of guiding principles and thinking obedience an illusion and ideology?⁴ And what will become of the lawyers thus disenchanting, who “as such”⁵ seem capable of literally anything? Certainly, they can still serve as “useful lawyers” – especially when they are *not* further interested, neither in truth⁶ nor in reality in the sense of ethical, political, economic, social considerations.⁷

Auch wenn der Zeitgeist des eingerichteten und ausgeübten Juristenausbildungsbetriebs immer wieder in diese Richtung treibt und gegenwärtig etwa disruptive Veränderungen des Rechtsmarktes zum Ausgangspunkt neuer, dienstleistungsbezogener Lehr- und Lernziele erklären möchte,⁸ so

Even if the zeitgeist of the established operations of the legal training industry repeatedly pushes in this direction and currently wants to declare, for example, disruptive changes in the legal market as the departure point for new, service-oriented teaching and learning goals,⁸ doubts must remain

2 *Rudolf v. Jhering*, *Unsere Aufgabe*, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Band I, hg. von C. F. v. Gerber/R. v. Jhering, 1857, 1–52, 2.

3 Vgl. *ibid.*, 16.

4 Vgl. *Rudolf Wiethölter*, *Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts*, in: *Recht in Recht-Fertigungen*, hg. von P. Zumbansen/M. Amstutz, 1992/2014, 143–160, 146.

5 Vgl. *Bernhard Windscheid*, *Recht und Rechtswissenschaft* (Leipziger Rektoratsrede vom 31. Oktober 1884), in: *Die Leipziger Rektoratsreden 1871–1933*, hg. von F. Häuser, 2009, 375–386, 383.

6 Siehe den in dieser Hinsicht interessanten Wechsel zwischen zivil- und verfassungsrichterlicher Beobachtungsperspektive: BVerfG, Beschluss v. 12.12.2012 - 2 BvR 1750/12, MDR 2013, 294.

7 Vgl. *Rudolf Wiethölter*, *Rechtswissenschaft*, 1968/1986, 38, mit direktem Bezug auf *Bernhard Windscheid*; ferner ders., *Anforderungen an den Juristen heute*, in: *Recht in Recht-Fertigungen*, hg. von P. Zumbansen/M. Amstutz, 1992/2014, 525–541, 527 und 534: „Ein ‚nützlicher Jurist‘ – das wäre dann doch wohl ein Mann, der gar nichts weiß und alles kann: der Mann, der eben buchstäblich ‚zu allem fähig ist.‘“

8 Vgl. etwa *Richard Susskind*, *Tomorrow's Lawyers*, 2nd edition, 2017;

2 *Rudolf v. Jhering*, *Unsere Aufgabe*, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. I (1857), 1–52, 2.

3 Cf. *ibid.*, 16.

4 Cf. *Rudolf Wiethölter*, *Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts*, in: *Zumbansen/Amstutz* (eds.), *Recht in Recht-Fertigungen* (1992/2014), 143–160, 146.

5 Cf. *Bernhard Windscheid*, *Recht und Rechtswissenschaft* (Leipziger Rektoratsrede, 31 October 1884), in: *Häuser* (ed.), *Die Leipziger Rektoratsreden 1871–1933* (2009), 375–386, 383.

6 See the interesting switch between civil and constitutional judicial observation perspectives in this regard: BVerfG, Order of 12.12.2012 - 2 BvR 1750/12, MDR 2013, 294.

7 Cf. *Rudolf Wiethölter*, *Rechtswissenschaft* (1968/1986), 38, with direct reference to *Bernhard Windscheid*; also *Wiethölter*, *Anforderungen an den Juristen heute*, in: *Zumbansen/Amstutz* (eds.), *Recht in Recht-Fertigungen* (1992/2014), 525–541, 527 and 534: “A ‘useful lawyer’ – that would be, after all, a man who knows nothing at all and can do everything: the man who is literally ‘capable of anything.’”

8 Cf. for example, *Richard Susskind*, *Tomorrow's Lawyers* (2017); *Markus*

müssen doch Zweifel bleiben – Zweifel als Kennzeichen guter Juristen, die sich gerade nicht jederzeit als fraglos nützliche Glieder der menschlichen Gesellschaft verstehen.⁹ Nur derart skeptische Juristen können sehen, was „Juristen als solche“ nicht sehen: Recht und Rechtswissenschaft stehen niemals außerhalb der politischen Gesellschaft. Juristenarbeit ist ohnehin nie unpolitisch. Jeder Versuch, dies auszublenden, endet in einer Rechtswissenschaft, die sich für die Nachbarwissenschaften immer weniger interessiert – und von der Welt immer weniger versteht.¹⁰

Methodentheoretisch formuliert: Rechtswissenschaftliche Arbeit kann sich nicht mehr damit begnügen, Recht mittels einer vermeintlich unpolitischen Hermeneutik verstehen zu wollen.¹¹ Zu kurz greifen auch Versuche, die juristische Methodologie einseitig auf die Anwendung empirischer Methoden umzulenken. Methodenanwendung kommt nicht ohne *Methodenreflexion* aus.

Rechtstheoretisch formuliert: Die Aufgaben eines fortschrittlichen, zukunftsorientierten Rechts erschöpfen sich nicht in bloßen Steuerungs-, Innovations- und Anreizfunktionen. Recht hat darüber hinaus kritisch-emanzipatorische Funktionen; *Rechtsskritik* hat dabei als Gesellschaftstheorie zu wirken, die sich im Inneren des Rechts als Fähigkeit zur Selbstreflexion herausbildet.¹²

Rechtsdogmatisch formuliert: Die Rechtslehre kann sich nicht alleine auf das Studium rein positiven Rechts beschränken, sondern muss sich offenhalten gegenüber den Potentialen eines möglichen Rechts. Sie muss insoweit den Anforderungen gerecht werden, die sich aus der parallelen Zugehörigkeit der Jurisprudenz zum Rechts- und Wissenschaftssystem ergeben. Die Weiterentwicklung der Rechtswissenschaft wird damit zur Frage einer Grundlagenforschung, die den Anschluss an die geistes- und sozialwissenschaftlichen Nach-

– doubts that are the mark of good lawyers, precisely those who do not see themselves at all times as unquestionably useful members of human society.⁹ Only such skeptical lawyers can see what “lawyers as such” cannot see: law and jurisprudence never stand outside political society. Legal work, anyway, is never apolitical. Any attempt to block that out ends in a jurisprudence less and less interested in the neighboring sciences – grasping less and less of the world.¹⁰

Formulated in terms of methodology theory: Work in jurisprudence can no longer be content with trying to understand law by means of supposedly apolitical hermeneutics.¹¹ Attempts to redirect legal methodology unilaterally towards the application of empirical methods also fall short. Method application cannot do without *method reflection*.

In terms of legal theory: The tasks of a forward-looking, future-oriented law are not exhausted by mere control, innovation, and incentive functions. Furthermore, law has critical-emanipatory functions; *legal critique* has to function as a social theory, which develops within law as a capacity for self-reflection.¹²

In terms of legal doctrine: Legal doctrine cannot confine itself to the study of purely positive law, but must keep itself open to the potentials of possible law. In this respect, it must meet the requirements arising from the parallel affiliation of jurisprudence with the legal and academic systems. The further development of jurisprudence thus becomes a question of foundational research that strengthens the connection to neighboring subjects in the humanities and social sciences, and

Markus Hartung/Micha-Manuel Bues/Gernot Halbleib (Hg.), Legal Tech. Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 2018.

9 Siehe hierzu *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1932, § 14, 106 f.: „Ein guter Jurist würde aufhören, ein guter Jurist zu sein, wenn ihm in jedem Augenblick seines Berufslebens zugleich mit der Notwendigkeit nicht auch die tiefe Fragwürdigkeit seines Berufes voll bewußt wäre. [...] Nur der Banause fühlt sich in jedem Augenblick als fraglos nützliches Glied der menschlichen Gesellschaft.“

10 Siehe hierzu *Christoph Menke*, „Unsere Zerrissenheit ist doch das Beste an der Moderne, was wir haben“, DIE ZEIT Nr. 20/2017, Interview (Assheuer) vom 10.05.2017: „[Recht] ist nicht reflexiv politisch, es erkennt nicht, welche Verantwortung es selbst trägt. Es muss immer wieder den sozialen Entwicklungen nacharbeiten und sie korrigieren – wie in einem unendlichen Kreislauf. Deshalb machen wir ständig die Erfahrung, dass alle Versuche, eine rechtliche Regulierung durch neue rechtliche Regulierung zu steuern, in dieselben Probleme führen. Diese Korrekturlogik darf man sich nicht zu harmlos vorstellen, das ist kein freies Experiment der Gesellschaft mit sich selbst. Es zerstört Lebensverhältnisse, wenn es Ausbeutung und Freiheitsberaubung hervorbringt. Ich jedenfalls kann darin keine gelingende Selbstkorrektur des Rechts erkennen. Der Kreislauf des Rechts trägt Züge von Fatalität und Schicksalhaftigkeit – ich würde sogar sagen: von Dummheit.“

11 Vgl. hierzu *Wiethölter*, (Fn. 7), Anforderungen, 533 f.

12 Vgl. *Andreas Fischer-Lescano*, Als Ob! Der Philosoph als wahrer Revolutionär des Rechts, in: Negativität. Kunst – Recht – Politik, hg. von T. Khurana/D. Quadflieg/F. Raimondi/J. Rebentisch/D. Setton, 2018, 207–219, 212 ff.

Hartung et al. (eds.), Legal Tech. The Digitalisation des Rechtsmarkts (2018).

9 On this point, see *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932), § 14, 106 et seq.: “A good lawyer would cease to be a good lawyer if, at every moment of his professional life, he were not fully aware at once of both the necessity and the profound questionableness of his profession. [...] Only the philistine feels himself at every moment to be an unquestionably useful member of human society.”

10 See on this *Christoph Menke*, “Unsere Zerrissenheit ist doch das Beste an der Moderne, was wir haben,” DIE ZEIT 20(2017): “[Law] is not reflexively political, it does not recognize what responsibility it itself bears. It must forever follow up and correct social developments – as in a never-ending cycle. That is why we constantly experience that all attempts to control legal regulation through new legal regulation lead to the same problems. This corrective logic must not be imagined too innocuously; this is not a free experiment of society with itself. It destroys living conditions when it produces exploitation and deprivation of freedom. I, for one, cannot see in this a successful self-correction of the law. The cycle of law bears traits of fatality and destiny – I would even say stupidity.”

11 Cf. on this *Wiethölter*, (fn. 7), Anforderungen, 533 et seq.

12 Cf. *Andreas Fischer-Lescano*, Als Ob! Der Philosoph als wahrer Revolutionär des Rechts, in: Khurana et al. (eds.), Negativität. Kunst – Recht – Politik (2018), 207–219, 212 et seq.

barfächer, mithin *Interdisziplinarität und Internationalität* im fachlichen Austausch stärkt.¹³

II.

GRUNDANFORDERUNGEN DER ZUKUNFT

Die juristischen Grundlagenfächer erfüllen insofern zunächst eine Brückenfunktion zu anderen, vor allem geistes- und gesellschaftswissenschaftlichen Wissenschaftsdisziplinen. In dieser Hinsicht fungieren die Rechtsgeschichte, die Rechtsphilosophie und die Rechtssoziologie etwa als Mittler für geschichtswissenschaftliches, philosophisches, soziologisches Wissen, indem sie dessen Eintritt in den rechtswissenschaftlichen Diskurs ermöglichen. Dieses Wissen ist wesentlich für ein richtiges Verständnis eines heutigen Rechts, dessen Selbstverständnis und -bewusstsein „in der Regel“ ein anderes ist.¹⁴

Führt schon die Vermittlungsarbeit der Grundlagendisziplinen in der Jurisprudenz zu „Rechtsprovokationen“¹⁵, zur Konfrontation der Rechtslehre mit ihrer eigenen Unzulänglichkeit, zur Irritation eines wohlgeordneten Dogmatikbetriebs hinsichtlich seiner eigenen unsicheren Begriffs- und Wirklichkeitskonstruktionen, ja womöglich gar zur Erschütterung einer hilflosen Rechtswelt, die den Herausforderungen der Zukunft nicht gewachsen ist, so ist die Aufgabe der Grundlagenfächer und der gesamten Rechtswissenschaft damit keineswegs schon erfüllt, sondern allenfalls erkannt.

Neben die Beobachtungen des Rechts „von außen“, die aus den Nachbardisziplinen über die Grundlagenfächer ins Recht übertragen werden, bedarf es einer rechtseigenen Betrachtung – einer Rechtstheorie als Gesellschaftstheorie „im Inneren“ des Rechts. Auf die Entzauberung des Rechts muss dessen „Emanzipation [...] vom Recht in den rivalisierenden Gesellschaftstheorien“¹⁶, mithin Aufklärung folgen.

13 Siehe etwa *Thomas Gutmann*, Der Holzkopf des Phädrus – Perspektiven der Grundlagenfächer, *Juristenzeitung (JZ)* 68 (2013), 697–700, 698.

14 Bereits früher *Wiethölter*, (Fn. 7), *Rechtswissenschaft*, 27: „Verständnis für ‚Recht heute‘ läßt sich schlechterdings nicht schon aus dem Selbstverständnis eben dieses Rechts vermitteln, das nahezu ausnahmslos seiner selbst überhaupt nicht bewußt ist.“

15 Vgl. *Wiethölter*, (Fn. 7), *Rechtswissenschaft*, 7.

16 Siehe hierzu *Rudolf Wiethölter*, *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, in: *Recht in Recht-Fertigungen*, hg. von P. Zumbansen/M. Amstutz, 2003/2014, 101–109, 108: „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 [...]“

thus *interdisciplinarity and internationality* in professional exchange.¹³

II.

BASIC REQUIREMENTS OF THE FUTURE

In this respect, the foundational legal subjects work as a bridge to other academic disciplines, especially those in the humanities and social sciences. In this respect, the history of law, the philosophy of law, and the sociology of law function as intermediaries for historical, philosophical, and sociological knowledge by facilitating its entry into the discourse of jurisprudence. This knowledge is essential for a proper understanding of a contemporary law whose self-understanding and self-awareness is “as a rule” different.¹⁴

If the mediation work of the foundational disciplines in jurisprudence already leads to “legal provocations,”¹⁵ to the confrontation of legal doctrine with its own inadequacy, to the irritation of a well-ordered dogmatic establishment with regard to its own uncertain conceptual and reality constructions, and possibly even to the shaking of a helpless legal world that is not up to the challenges of the future, then the task of the foundational disciplines and of jurisprudence as a whole is by no means already fulfilled, but at best recognized.

In addition to the observations of law “from the outside,” which get transferred from neighboring disciplines via the foundational subjects into law, law requires self-examination of its own – a theory of law as a social theory “from within” law itself. The disenchantment of law must be followed by its “emancipation [...] from the law in the rival social theories,”¹⁶ hence enlightenment.

13 See, for example, *Thomas Gutmann*, Der Holzkopf des Phädrus – Perspektiven der Grundlagenfächer, *Juristenzeitung (JZ)* 68 (2013), 697–700, 698.

14 Already earlier *Wiethölter*, (fn. 7), *Rechtswissenschaft*, 27: “Understanding of ‘law today’ cannot at all be conveyed already from the self-understanding of this very law, which almost without exception is not at all aware of itself.”

15 Cf. *Wiethölter*, (fn. 7), *Rechtswissenschaft*, 7.

16 See *Rudolf Wiethölter*, *Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts*, in: *Zumbansen/Amstutz* (eds.), *Recht in Recht-Fertigungen* (2003/2014), 101–109, 108: “Perhaps in the emancipation of such law from the law in rival social theories, which arguably does not (yet) seem obsolete as ‘other than law’ or ‘other law,’ a towards an ‘other of law’ there lies a potential step towards realization [...]”

1. Aufgeklärte Jurisprudenz als Rechtswissenschaft

Die Lehre hat sich daher über die Vermittlung von Norm- und Anwendungskenntnissen hinaus auf die wissenschaftliche Reflexion des Rechts – als Aufklärung der Rechts- und Juristenwelt über ihre Funktionen und Aufgaben in der Gesellschaft¹⁷ – einzulassen. Diese Reflexion und Aufklärung wird am wirkungsvollsten dadurch zu erreichen sein, dass ihre grundlegenden Elemente in die Vermittlung des gesetzten Rechts integriert werden.¹⁸ Die Verbindung von Grundlagenfächern und Dogmatik wirkt dabei nicht nur einem befürchteten Zerfall der Rechtswelt in gesonderte Spezialdiskurse entgegen.¹⁹ Sie hilft auch dabei, dass die Rechtslehre sich noch als Rechtswissenschaft verstehen kann.

Gehört es demnach zu den wesentlichen Aufgaben der Grundlagenforschung, Recht als Rechtswissenschaft zu behandeln und zu begreifen, so ist gleichzeitig der Auftrag an die Grundlagenfächer erteilt, Privatrecht als Privatrechtswissenschaft, Strafrecht als Strafrechtswissenschaft, Öffentliches Recht als Verfassungs- und Verwaltungsrechtswissenschaft zu bearbeiten.

Dieses Arbeitsziel darf nun nicht dahingehend missverstanden werden, dass den Grundlagenfächern nur noch eine dienende Funktion zukäme, bloß um den rechtsdogmatischen Fächern wieder etwas mehr akademischen Geist einzuhauchen oder um einige lose gewordene Anschlüsse an Universität und Gesellschaft wiederherzustellen.²⁰ Dies wäre nur eine einseitige Formulierung einer – gewiss ebenfalls wichtigen – Teilaufgabe der Grundlagenfächer. Deren Aufgabenstellung reicht jedoch weiter und betrifft zum einen das Verhältnis des Rechts zu seinen Handlungs- und Entscheidungspraktiken, zum anderen dessen Wahrnehmung von Wirklichkeit.²¹

17 Vgl. *Wiethölter*, (Fn. 7), Rechtswissenschaft, 9 und 28.

18 Vgl. *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen (Drs. 2558-12 v. 09.11.2012), 56 ff., abrufbar unter: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.html> (20.03.2022).

19 Vgl. *Gutmann*, (Fn. 13), 699.

20 Zu dieser durchaus berechtigten Zielsetzung siehe *Wissenschaftsrat*, (Fn. 18), 7: „Die Rechtswissenschaft blickt auf eine lange akademische Tradition zurück und ist ein quantitativ wie qualitativ gewichtiges Fach, an das auch die Wissenschaftspolitik wie Vertreterinnen und Vertreter anderer Fächer hohe Leistungserwartungen richten. Sowohl der Untersuchungsgegenstand der Rechtswissenschaft als auch ihre gegenwärtigen Strukturen werden durch die Strukturveränderungen des Rechts, den Wandel des Wissenschaftssystems und die zunehmende Verantwortung der wissenschaftlichen Einrichtungen für ihre Selbststeuerung herausgefordert. Im Interesse einer aktiven Gestaltung dieser Herausforderungen ist es aus Sicht des Wissenschaftsrates deshalb erforderlich, dass die Rechtswissenschaft in Forschung und Studium gestärkt wird. Dies beinhaltet die Stärkung der Grundlagenfächer, die Intensivierung des interdisziplinären wie disziplinären Austausches und eine Öffnung der Rechtswissenschaft in die Universität wie in das Wissenschaftssystem.“

21 Zu diesen wohl auch heute auszumachenden „kritischsten Zonen“ von Rechtswissenschaft und Rechtssystem siehe *Wiethölter*, (Fn. 7), Rechtswissenschaft, 10.

1. Enlightened jurisprudence as a science of law

Teaching must therefore go beyond the transmission of knowledge of norms and their application to the scientific reflection upon law – as an enlightenment of the legal and juridical world about its functions and tasks in society.¹⁷ This reflection and education will be most effectively achieved by integrating its foundational elements into the teaching of the law as it is laid down.¹⁸ The combination of foundational subjects and doctrine not only counteracts the feared disintegration of the legal world into separate special discourses.¹⁹ It also helps to ensure that legal doctrine can still see itself as jurisprudence.

Accordingly, if one of the essential tasks of foundational research is to treat and understand law as a legal science, then at the same time the foundational subjects are charged with treating private law as a science of private law, criminal law as a science of criminal law, and public law as a science of constitutional and administrative law.

This objective must not be misunderstood to mean that the foundational subjects' function would be in service of merely breathing a little more academic spirit into the subjects of legal doctrine or restoring some of the ties to the university and society that had come loose.²⁰ This would only be a one-sided formulation of a – certainly also important – partial task of the foundational subjects. However, their task goes further and concerns, on the one hand, the relationship of law to its practices of action and decision-making and, on the other hand, its sense of reality.²¹

17 Cf. *Wiethölter*, (fn. 7), Rechtswissenschaft, 9 and 28.

18 Cf. *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen (Drs. 2558-12 v. 09.11.2012), 56 et seq., <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.html>, last accessed: 20 March 2022.

19 Cf. *Gutmann*, (fn. 13), 699.

20 On this entirely justified objective, see *Wissenschaftsrat*, (fn. 18), 7: “Law can look back on a long academic tradition and is a quantitatively as well as qualitatively important subject to which both science policy and representatives of other subjects have high performance expectations. Both the object of study of jurisprudence and its current structures are challenged by the structural changes in law, the transformation of the academic system, and the increasing responsibility of academic institutions for their own governance. In the interest of actively shaping these challenges, the Council of Science and Humanities therefore considers it necessary to strengthen legal science in research and studies. This includes strengthening the basic subjects, intensifying interdisciplinary as well as disciplinary exchange, and opening up law to the university as well as to the academic system.”

21 On these “most critical zones” of jurisprudence and the legal system, which can probably also be discerned today, see *Wiethölter*, (fn. 7), Rechtswissenschaft, 10.

Dabei kann es allerdings auch nicht darum gehen, dass die Grundlagenforschung bei konkreten Rechtsfragen bereits bestimmte Handlungsanweisungen für die Anwendung des positiven Rechts erteilt oder einen Katalog rechtspolitischer Ziele aufsetzt. Sie hat auch nicht die privilegierte Position einer höheren Einsicht, welche es ihr erlauben könnte, der Jurisprudenz die Antwort auf die juristisch-erkenntnistheoretische Frage abzunehmen, was überhaupt als „wahr“ zu gelten habe. Was die Grundlagenfächer hier mitzuteilen haben, ist nicht mehr, aber auch nicht weniger als der Anstoß zur rechtswissenschaftlichen Selbstreflexion der facheigenen Denk-, Wahrnehmungs-, Handlungs- und Entscheidungsweisen. Ihr konkreter Beitrag besteht darin, die von Juristen fraglos zugrunde gelegten Unterscheidungen und dogmatischen Begrifflichkeiten hinsichtlich ihrer Entstehung und Begründung als kontingente und artifizielle Konstrukte freizulegen,²² „um zur Varianz anzuregen“ und somit Kritik „im Innern der Rechtsform“ zu ermöglichen. Solcherart grundlagenorientierte, aufgeklärte Kritik versteht sich richtigerweise „nicht als Artikulation eines Besserwissens, sondern eines Anderswissens“.²³

Daraus ergibt sich eine zeitgemäße Antwort auf die alte Frage nach einer Rangordnung der Fakultäten²⁴ und ihrer Fächer: Längst hat der Kantische Vergleich der Rechtsdogmatik mit einem hirnlosen hölzernen Kopf²⁵ in dieser Zuspitzung seine Gültigkeit verloren; die Grundlagen stehen nicht etwa über der Rechtspraxis.²⁶ Schon gar nicht erfüllen sie ihre Bestimmung in gelehrten Festtagsreden oder Elfenbeintürmen. Ihre Bewährungsprobe finden sie vielmehr im Hier und Jetzt des Alltagsrechts. Mit dieser Einsicht, dass „wir Recht auf der Erde und nicht in den Sternen zu verwirklichen haben“,²⁷ ist zugleich klargestellt, wie Rechtskritik wirken kann und was sie zu leisten hat.

2. Selbstkritik in der juristischen Realität

Kritik des Rechts kann nicht länger in der Kantischen Art versucht werden, gleichsam von außen mit rechtsfernen Blicken über das Recht zu rich-

However, it cannot be a matter of foundational research already issuing specific instructions for the application of positive law to concrete legal questions or of drawing up a catalogue of legal policy objectives. Nor does it have the privileged position of a higher insight which could allow it to relieve jurisprudence of the answer to the juridical epistemological question of what is to be regarded as “true” at all. What the foundational subjects have to share here is nothing more, but also nothing less than the impetus for jurisprudential self-reflection on the subject’s own ways of thinking, sensing, acting, and deciding. Their concrete contribution consists in exposing the distinctions and dogmatic conceptualizations unquestionably taken as a basis by jurists with regard to their origin and justification as contingent and artificial constructs,²² “in order to stimulate variance” and thus to enable criticism “within the legal form.” Such enlightened criticism oriented by foundational study rightly understands itself “not as articulation of a better knowledge, but of a different knowledge.”²³

This results in a contemporary answer to the old question of a hierarchy of faculties²⁴ and their subjects: The Kantian comparison of legal dogmatics with a brainless wooden head²⁵ has long since lost its validity in this intensification; the foundational subjects do not stand above legal practice.²⁶ They certainly do not fulfil their purpose in learned ceremonial speeches or ivory towers. Rather, they are put to the test in the here and now of everyday law. With this insight that “we have to realize law on earth and not in the stars,”²⁷ at the same time it becomes clear how legal criticism can work and what it has to achieve.

2. Self-criticism in legal reality

Criticism of law can no longer be attempted in the Kantian manner of judging law, as it were, from the outside with eyes distant from law.²⁸ No moralistic

22 Vgl. Niklas Luhmann, „Was ist der Fall?“ und „Was steckt dahinter?“ – Die zwei Soziologien und die Gesellschaftstheorie, *Zeitschrift für Soziologie (ZfS)* 22 (1993), 245–260, 256.

23 Siehe hierzu Fischer-Lescano, (Fn. 12), 212.

24 Locus classicus: Immanuel Kant, *Der Streit der Fakultäten*, 1798/2005.

25 Siehe Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Werke in zwölf Bänden (Hg. von W. Weischedel), Bd. VIII, 1797/1968, AB 32: „Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus’ Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat.“

26 Ähnlich Gutmann, (Fn. 13), 698, welcher die Grundlagenarbeit aber offenbar aus der alltäglichen Rechtspraxis heraushalten möchte: „Die konkreten Probleme lassen sich in der Regel lösen – und müssen sich lösen lassen –, ohne dass man sich zuerst über die „letzten Dinge“ einigt. Das Recht funktioniert nur, weil wir nicht immer alles zu Ende denken. Würden wir alle Fragen unseres juristischen Tagesgeschäfts mit einer rechtsphilosophischen, -historischen oder -soziologischen Meta-Analyse überfrachten, müsste das Rechtssystem mit einem lauten Ächzen zum Stillstand kommen.“

27 Vgl. hierzu Wiethölter, (Fn. 7), *Rechtswissenschaft*, 18.

22 Cf. Niklas Luhmann, „Was ist der Fall?“ and “Was steckt dahinter?” – Die zwei Soziologien und die Gesellschaftstheorie, *Zeitschrift für Soziologie (ZfS)* 22 (1993), 245–260, 256.

23 See on this Fischer-Lescano, (fn. 12), 212.

24 Locus classicus: Immanuel Kant, *Der Streit der Fakultäten* (1798/2005).

25 See Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in: *Kant, Werke in zwölf Bänden*, vol. VIII (1797/1968), AB 32: “A mere empirical doctrine of law is (like the wooden head in Phaedrus’ fable) a head that may be beautiful, only pity! that it has no brain.”

26 Similarly Gutmann, (fn. 13), 698, which, however, apparently wants to keep the groundwork out of everyday legal practice: “The concrete problems can usually be solved – and must be solved – without first agreeing on the ‘ultimate things.’ The law only works because we don’t always think things through. If we were to overload every question of our day-to-day legal business with a meta-analysis of legal philosophy, history, or sociology, the legal system would grind to a halt with a loud groan.”

27 Cf. Wiethölter, (fn. 7), *Rechtswissenschaft*, 18.

28 Cf. Christoph Menke, *Genealogie, Paradoxie, Transformation: Grundelemente einer Kritik der Rechte*, in: Fischer-Lescano et al. (eds.), *Ge-*

ten.²⁸ Kein moralistischer Universalismus, kein ökonomistischer (Nicht-)Konsequentialismus und auch kein sonstiger politischer Realismus ist zu wahrer Rechtskritik berechtigt. Diese kann nur „im Recht mit Recht gegen Recht kraft Rechts“²⁹ geleistet werden, als Selbstreflexion des Rechts, die „eine neue, andere Form des Rechts“³⁰ hervorbringen kann. Moralphilosophische, ökonomistische und politische Kritiken verfehlen demgegenüber allesamt ihren Gegenstand, indem sie ihre eigenen, außerrechtlichen Bewertungsmaßstäbe an die Stelle des Rechts setzen³¹ und dabei zu Unrecht voraussetzen, das Recht von einer Warte höherer Einsicht beobachten zu können.³²

Weil es aber darum gehen muss, „Recht auf der Erde und nicht in den Sternen zu verwirklichen“,³³ haben die Grundlagenfächer ihre Aufgaben gerade darin zu suchen, der Jurisprudenz auf der Ebene des Alltagsrechts beizustehen. Vor allem haben sie die Juristen auch im Zustand ihrer Hilflosigkeit³⁴ angesichts ungelöster Konflikte und selbstverschuldeter Unkenntnis über die eigenen gesellschaftlichen Funktionen von ihrer alltäglichen Flucht in die Ignoranz des Unpolitischen abzuhalten. Sie haben sie vor jeglichen Rechtsträumen und Gewaltakten zu bewahren,³⁵ ja gegebenenfalls sogar vor der Ungerechtigkeit des Rechts zu warnen.³⁶

Das verlangt zunächst mehr als rechtsphilosophische oder -historische Traditionspflege. Die grundlegende Herausforderung besteht darin,

universalism, no economic (non-)consequentialism, and no other political realism is entitled to true legal criticism. This can only be achieved “in the law with the law against the law by virtue of the law,”²⁹ as a self-reflection of law that can produce “a new, different form of law.”³⁰ Moral philosophical, economic and political critiques, on the other hand, all miss their point by substituting their own extra-legal standards of evaluation for the law³¹ and thereby wrongly presuppose that they can observe the law from a vantage point of higher insight.³²

But because it must be a matter of “realizing law on earth and not in the stars,”³³ the foundational subjects have to seek their tasks precisely in assisting jurisprudence at the level of everyday law. Above all, even in their state of helplessness³⁴ in the face of unresolved conflicts and self-inflicted ignorance of their own social functions, they have kept the jurists from their everyday flight into the ignorance of the apolitical. They have to protect them from any legal acts and acts of violence,³⁵ even to warn them, if necessary, of the injustice of the law.³⁶

This requires, first of all, more than the cultivation of tradition in the philosophy or history of law. The fundamental challenge is to confront the

28 Vgl. *Christoph Menke*, Genealogie, Paradoxie, Transformation: Grundelemente einer Kritik der Rechte, in: *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*, hg. von A. Fischer-Lescano/H. Franzki/J. Horst, 2018, 13–31, 18.

29 *Malte-Christian Gruber*, Bioinformativrecht. Zur Persönlichkeitsentfaltung des Menschen in technisierter Verfassung, 2015, 89, mwN.

30 *Christoph Menke*, Kritik der Rechte, 2015, 164.

31 Vgl. *Fischer-Lescano*, (Fn. 12), 209: „Moralischer Universalismus von Kant bis Rawls, ökonomische Kritik des Rechts von Smith über Coase zu Posner und politische Kritiken des Rechts von Schmitt bis Morgenthau sind falsche Kritiken, dogmatische Kritiken, unwahre Kritiken, weil sie das Recht einseitig in den Dienst ihrer eigenen Profession stellen, weil sie ihre eigenen Bewertungsmaßstäbe ‚urteilend von außen‘ an die Stelle des Rechts setzen, sich in einem autologischen Manöver zu Rechtskontrollen erheben und die Widersprüche des Rechts nicht frei, sondern durch ihre eigenen Maßstäbe be-setzen. Übernimmt das Recht einseitig externe Kritikmaßstäbe, kapituliert es vor nicht-juridischen Theoriemodellen. Eine falsch verstandene Interdisziplinarität betriebe dann einen ungeprüften Theorieimporthandel ins Recht, um Recht nach den Leisten fremder Disziplinen und Rationalitäten zu bemessen.“

32 Für weitere Einsichten in das eigene Nichtsehen können solcher Kritiken siehe vor allem *Niklas Luhmann*, Ich sehe was, was Du nicht siehst, in: *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven*, 1990, 228–234, 228 ff.; speziell mit Blick auf die Vielheit gesellschaftlicher (Teil-)Gerechtigkeiten *Gunther Teubner*, Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 29 (2008), 9–36, 32 f.: „Sie alle versprechen, eine gute Gesellschaft mit ihren Mitteln herstellen zu können, obwohl sie doch nur äußerst begrenzte Teilantworten für ihren Bereich geben können. ‚Vergerechtlichung‘ der Gesellschaft als Versuch, die gesamte Gesellschaft mit Rechtsinstrumentarien zu bringen, ist einer der unheilvollen Rationalitätenimperialismen der Moderne, der Ökonomisierung, Politisierung, Verwissenschaftlichung, Moralisierung, Medikalisierung der Gesellschaft – ein unidirektionaler Steigerungsprozess der juristischen Gerechtigkeit, gegen den politische Wachsamkeit Not tut.“

33 Siehe oben, (Fn. 27).

34 Vgl. *Wiethölter*, (Fn. 7), Anforderungen, 28.

35 *Wiethölter*, (Fn. 7), Rechtswissenschaft, 18.

36 *Andreas Fischer-Lescano*, Wozu Rechtsphilosophie?, *JZ* 73 (2018), 161–170, 170.

genrechte. Recht jenseits des Subjekts (2018), 13–31, 18.

29 *Malte-Christian Gruber*, Bioinformativrecht. Zur Persönlichkeitsentfaltung des Menschen in technisierter Verfassung (2015), 89, with further references.

30 *Christoph Menke*, Kritik der Rechte (2015), 164.

31 Cf. *Fischer-Lescano*, (fn. 12), 209: “Moral universalism from Kant to Rawls, economic critiques of law from Smith to Coase to Posner, and political critiques of law from Schmitt to Morgenthau are false critiques, dogmatic critiques, untrue critiques, because they place the law one-sidedly in the service of their own profession, because they substitute their own standards of evaluation ‘judging from the outside’ for the law, elevate themselves in an autological maneuver to the status of controllers of the law, and do not set the contradictions of the law freely but by their own standards. If the law unilaterally adopts external standards of criticism, it capitulates to non-juridical theoretical models. A misconceived interdisciplinarity then engaged in an unexamined importation of theory into law, to measure the law by the lasts of foreign disciplines and rationalities.”

32 For further insights into one’s own failure to see such critiques, see especially *Niklas Luhmann*, Ich sehe was, was Du nicht siehst, in: *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven* (1990), 228–234, 228 et seq.; specifically with regard to the multiplicity of social (partial) justices *Gunther Teubner*, Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 29 (2008), 9–36, 32 et seq.: “They all promise to be able to produce a good society by their means, when in fact they can only give extremely limited partial answers for their field. ‘Justification’ of society as an attempt to bring the whole of society to justice with legal instruments is one of the baleful rationality imperialisms of modernity, of economization, politicization, scientization, moralization, medicalization of society – a unidirectional process of increased juridical justice against which political vigilance is sorely needed.”

33 See above, (fn. 27).

34 Cf. *Wiethölter*, (fn. 7), Anforderungen, 28.

35 *Wiethölter*, (fn. 7), Rechtswissenschaft, 18.

36 *Andreas Fischer-Lescano*, Wozu Rechtsphilosophie?, *JZ* 73 (2018), 161–170, 170.

der Ungerechtigkeit der Rechtswelt mit eigenem Denken gegenüberzutreten – einem Denken, das spekulativ sein kann, nach Art einer gewagten Entscheidung, einer zukunftsorientierten Wette auf Gerechtigkeit und Wahrheit.³⁷ Solches Denken muss dem Druck der gegenwärtigen Verhältnisse, dem Gesetz dieser Welt, widerstehen können; es muss unangepasst sein, um mehr als nur die „Physiognomie der Welt“³⁸ abzubilden in dem Spiel, das „Politik der Wahrheit“ heißt. Die Hilfeleistung der Grundlagen des Rechts besteht hier darin, an einer kritisch-emanzipatorischen Bewegung mitzuwirken, die darauf abzielt, „die Wahrheit auf ihre Machteffekte hin zu befragen und die Macht auf ihre Wahrheitsdiskurse hin“.³⁹ Sie haben sich an den Grenzen des Rechts und ihrer selbst⁴⁰ dem ursprünglichen Vorhaben der Aufklärung anzuschließen, wahren Mut zum Wissen⁴¹ zu beweisen, und weiterhin „dem kritischen Unternehmen der Entunterwerfung gegenüber dem Spiel der Macht und der Wahrheit“⁴² zu folgen.

Als „Kunst, nicht dermaßen regiert zu werden“, jedenfalls „nicht auf diese Weise und um jeden Preis“,⁴³ kann Aufklärung heute dadurch an das kritisch-aufgeklärte Denken der Moderne anknüpfen, dass sie dieses Denken – ganz im Geiste moderner, aufgeklärter Haltung – selbst der Kritik unterzieht. Eine solchermaßen reflexive „Kritik-Kritik“⁴⁴ legitimiert sich für das Unternehmen der Aufklärung als wahre Nachfolgerin, indem sie mit einer „Kritik der anmaßenden Vernunft“⁴⁵ der alten aufklärerischen Vernunft⁴⁶ eine „Form eines Misstrauens“⁴⁷ entgegenstellt – eine Skepsis, die sich schließlich als Ausdruck einer erneuerten Rationalität, als „Erbe der Vernunft“⁴⁸ zumal, erweisen kann. Sie kann dann beispielsweise sichtbar machen, wie die alteuropäische Menschenrechtsideologie im Recht den modernen Typus des tota-

injustice of the legal world with thinking of one’s own – thinking that can be speculative, in the manner of a daring decision, a forward-looking bet on justice and truth.³⁷ Such thinking must be able to resist the pressure of present conditions, the law of this world; it must be unadapted in order to do more than merely depict the “physiognomy of the world”³⁸ in the game called “politics of truth.” The foundations of law may assist here in participating in a critical-emanipatory movement that aims to “interrogate truth for its effects on power and power for its discourses on truth.”³⁹ They have to join, at the limits of the law and of themselves,⁴⁰ the original project of the Enlightenment, to demonstrate true courage to know,⁴¹ and to continue to follow “the critical enterprise of disengagement from the game of power and truth.”⁴²

As an “art of not being governed in this way,” at least “not in this way and at any price,”⁴³ Enlightenment today can tie in with the critical-enlightened thinking of modernity by subjecting this thinking – entirely in the spirit of modern, enlightened attitudes – to criticism itself. Such a reflexive “critique-criticism”⁴⁴ legitimizes itself as a true successor of the Enlightenment enterprise in that it opposes the old Enlightenment reason⁴⁵ with a “critique of presumptuous reason”⁴⁶ as a “form of mistrust”⁴⁷ – a skepticism that can ultimately prove to be the expression of a renewed rationality, as the “heritage of reason”⁴⁸ in particular. It can then reveal, for example, how the old European ideology of human rights gives birth in law to the modern type of totalitarian justice-seeker,⁴⁹ or also how the supposedly liberal loadstar of self-deter-

37 Vgl. *Alain Badiou*, Die gegenwärtige Welt und das Begehren der Philosophie, in: *Politik der Wahrheit*, hg. von A. Badiou/J. Rancière, 2. A. 2010, 7–35, 7 f.; die hier entsprechend eingesetzte Pascalsche Wette bietet zudem ein gutes Argument gegen Zweifler, um zukunftsorientiertes Handeln, speziell im Sinne ökologischer Verantwortung für die zukünftigen Generationen, rational einsichtig zu machen: siehe *Serres*, *Der Naturvertrag*, 1994, 17 ff.

38 *Badiou*, (Fn. 37), 24.

39 Vgl. hierzu *Michel Foucault*, Was ist Kritik?, 1992, 15.

40 Zur Lokalisierung der Rechts-, Gesellschafts- und Kulturkritik „an den Grenzen der Philosophie, ganz bei ihr, ganz gegen sie, auf ihre Kosten, im Hinblick auf eine kommende Philosophie oder anstelle jeder möglichen Philosophie“: *Foucault*, (Fn. 39), 7 f.

41 Siehe *Immanuel Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, *Berlinische Monatsschrift* 1784, H. 12, 481–494, 481.

42 *Foucault*, (Fn. 39), 18.

43 Siehe *Foucault*, (Fn. 39), 12.

44 *Fischer-Lescano*, (Fn. 12), 209.

45 Vgl. *Foucault*, (Fn. 39), 21.

46 Siehe nur *Rudolf Wiethölter*, Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?, in: *Recht in Recht-Fertigungen*, hg. von P. Zumbansen/M. Amstutz, 1989/2014, 55–66, 66; „Das Rechtsmodell eines Gerichtshofes der Vernunft – die Geschichte hat uns eines Besseren belehrt.“

47 *Foucault*, (Fn. 39), 19 f.

48 Zur Kritik des Wissens unter Überwindung der Vernunftaufklärung, jedoch in Anknüpfung mithilfe der Beobachtung zweiter Ordnung und „Selbstreferenz“, siehe *Luhmann*, (Fn. 32), 7 f.

37 Cf. *Alain Badiou*, Die gegenwärtige Welt und das Begehren der Philosophie, in: *Badiou/Rancière* (eds.), *Politik der Wahrheit* (2010), 7–35, 7 et seq.; Pascal’s wager, appropriately employed here, also offers a good argument against doubters to make future-oriented action rationally insightful, specifically in terms of ecological responsibility for future generations: see *Serres*, *Der Naturvertrag* (1994), 17.

38 *Badiou*, (fn. 37), 24.

39 Cf. *Michel Foucault*, Was ist Kritik? (1992), 15.

40 On the localization of the critique of law, society and culture “at the limits of philosophy, entirely with it, entirely against it, at its expense, in view of a coming philosophy or instead of any possible philosophy”: *Foucault*, (fn. 39), 7 et seq.

41 See *Immanuel Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, *Berlinische Monatsschrift* 12 (1784), 481–494, 481.

42 *Foucault*, (fn. 39), 18.

43 See *Foucault*, (fn. 39), 12.

44 *Fischer-Lescano*, (fn. 12), 209.

45 See only *Rudolf Wiethölter*, Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?, in: *Zumbansen/Amstutz* (eds.), *Recht in Recht-Fertigungen* (1989/2014), 55–66, 66: “The legal model of a court of reason – history has taught us otherwise.”

46 Cf. *Foucault*, (fn. 39), 21.

47 *Foucault*, (fn. 39), 19 et seq.

48 On the critique of knowledge overcoming the enlightenment of reason, but with the help of second-order observation and “self-reference,” see *Luhmann*, (fn. 32), 7 et seq.

49 Cf. on this *Teubner*, (fn. 32), 33; further *Teubner*, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‘private’ transnationale Akteure, *Der Staat* 45 (2006), 161–187, 170 et seq.; *Gruber*, Warum Nicht-Menschenrechte?, *Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung* (ZMK) 7/2 (2016), 63–69, 63 et seq.

litären Gerechtigkeitssuchers gebiert,⁴⁹ oder auch, wie die vermeintlich liberale Leitidee der Selbstbestimmung in Recht transformiert zu einer totalen sozialen Tatsache ausartet,⁵⁰ deren obsessive Stabilisierung am Ende über den Schutz von Menschen gestellt wird.⁵¹

Neben solchen Abklärungen⁵² von geistigen Stilllegungen, die nach moralisch-normativen Mustern traditioneller Vernunftaufklärung ihren politischen Moment ins Gutmenschentum der „gerechtfertigten Strukturen menschlichen Zusammenlebens“⁵³ verlegen und das missionarische Geschäft einer irgendwie vorbestimmten „Rechtszivilisation“⁵⁴ weiterbetreiben wollen, vermögen wahrhaft aufgeklärte Grundlagen einen kritischen Blick auch auf die andere Seite wissenschaftlicher Anmaßungen zu werfen. Sie richten sich insofern nicht nur gegen überkommene Muster ideengeschichtlicher Traditionspflege, sondern behaupten ihren eigenen Standpunkt auch gegenüber vermeintlich fortschrittlichen Methodenwendungen, welche über einen privilegierten Zugang zur Wirklichkeit zu verfügen glauben. So können sie für den Bereich des Rechts insbesondere offenlegen, wie eine rechtsökonomische und -soziologische Wirklichkeitspflege in einseitig empiristischen Methodenwendungen so tut, als ob man durch die Realität entscheiden lassen könnte, was wahr und was unwahr ist.⁵⁵ Doch weder vermögen ökonomistische Reduktionismen von Nützlichkeit und Effizienz ihre methodischen Schwächen dauerhaft zu verbergen, noch kann eine realisti-

mination transformed into law degenerates into a total social fact,⁵⁰ whose obsessive stabilization is ultimately placed above the protection of people.⁵¹

Apart from such clarifications⁵² of intellectual shutdowns, which, according to moral-normative patterns of traditional Enlightenment reasoning, want to shift their political moment into do-gooder conceptions of “justified structures of human co-existence”⁵³ and want to carry on the missionary business of a somehow predetermined “legal civilization,”⁵⁴ truly enlightened foundations are able to take a critical look also at the other side of scientific presumptions. In this respect, they are not only directed against outdated patterns of the cultivation of traditions in the history of ideas, but they also assert their own standpoint against supposedly progressive applications of methods, which presume to have privileged access to reality. Thus, for the field of law in particular, they can reveal how a legal-economic and legal-sociological cultivation of reality in one-sided empiricist applications of method pretends that one can let reality decide what is true and what is untrue.⁵⁵ But neither can economistic reductionisms of utility and efficiency permanently conceal their methodological weaknesses, nor can a realistic overestimation of impact withstand future realities. However, positivist hubris, whether of an economistic, realist, or empiricist bent, can be methodologically avoided with the

49 Vgl. hierzu *Teubner*, (Fn. 32), 33; ferner ders., Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure, *Der Staat* 45 (2006), 161–187, 170 ff.; *Gruber*, Warum Nicht-Menschenrechte?, *Zeitschrift für Medien- und Kulturforschung (ZMK)* 7/2 (2016), 63–69, 63 ff.

50 Symptomatisch dafür ist die juristische Umfunktionierung der vormals individuellen Selbstbestimmung zu zynischen Zwecken einer subjektivierenden Unterordnung von Menschen unter angebliche konstruktive Erfordernisse der bestehenden (Über-)Ordnung. Damit kann sich unfreiheitliches Rechtsdenken scheinbar widerspruchsfrei hinter pseudoliberalen Begriffsfassaden verbergen. Beispielfaßhaft etwa *Bijan Fateh-Moghadam*, Selbstbestimmung im biotechnischen Zeitalter, *Basler Juristische Mitteilungen (BJM)* 2018, 205–232, 231: „Wie steht es um die Möglichkeit der Selbstbestimmung im biotechnischen Zeitalter? Die Antwort hängt zunächst davon ab, ob man Selbstbestimmung als eine faktische Fähigkeit oder als rechtliche Konstruktion einer freiheitlichen Rechtsordnung versteht. Gemäss der hier vorgeschlagenen Lesart gibt es im Rechtssinne autonome Subjekte, weil und solange es die moderne Form der subjektiven Rechte gibt. Das autonome Subjekt ist eine normative Konstruktion, die grundrechtbasierte Rechtsordnungen als Bedingung ihrer Funktionsfähigkeit voraussetzt.“

51 Unter den Kritiken an dieser unheilvollen Allianz von neo-liberalistischem und transhumanistischem Denken siehe etwa *Peter Wehling*, Selbstbestimmung oder sozialer Optimierungsdruck? Perspektiven einer kritischen Soziologie der Biopolitik, *Leviathan* 36 (2008), 249–273, 256 (Selbstbestimmung als „ambivalente biopolitische Leitidee“); *Jens Kersten*, Die Konsistenz des Menschlichen. Post- und transhumane Visionen des Autonomieverständnisses, in: *Autonomie im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff*, hg. von C. Bumke/A. Röthel, 2017, 315–352, 327 („normative Schubkraftumkehr der Menschenwürdegarantie“); vgl. ferner *Vagias Karavas*, Körperverfassungsrecht. Entwurf eines inklusiven Biomedizinrechts, 2018, 222 ff. und 251 ff.; *Gruber*, (Fn. 29), 37 f., 70 ff., 119 und 327 ff.

52 Zur notwendigen Abklärung des traditionellen Verständnisses von (Vernunft-)Aufklärung siehe vor allem *Niklas Luhmann*, Soziologische Aufklärung, in: *Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 1970, 66–91.

53 *Matthias Mahlmann*, Der politische Moment der Rechtsphilosophie, *Rechtswissenschaft (RW)* 8 (2017), 181–220, 182.

54 *Mahlmann*, (Fn. 53), 219 f.

55 Vgl. *Luhmann*, (Fn. 22), 246.

50 Symptomatic of this is the juridical re-functioning of formerly individual self-determination for the cynical purposes of a subjectivizing subordination of people to alleged constructive requirements of the existing (super) order. Thus, illiberally-oriented legal thinking can seemingly hide without contradiction behind pseudo-liberal conceptual facades. As an example, *Bijan Fateh-Moghadam*, Selbstbestimmung im biotechnischen Zeitalter, *Basler Juristische Mitteilungen (BJM)* (2018), 205–232, 231: “What about the possibility of self-determination in the biotechnical age? The answer depends first of all on whether one understands self-determination as a factual ability or as a legal construction of a liberal legal order. According to the reading proposed here, autonomous subjects exist in the legal sense because and as long as the modern form of subjective rights exists. The autonomous subject is a normative construction that fundamental rights-based legal orders presuppose as a condition of their functioning.”

51 Among the critiques of this unholy alliance of neo-liberalist and transhumanist thinking, see for instance *Peter Wehling*, Selbstbestimmung oder sozialer Optimierungsdruck? Perspektiven einer kritischen Soziologie der Biopolitik, *Leviathan* 36 (2008), 249–273, 256 (self-determination as an “ambivalent biopolitical guiding idea”); *Jens Kersten*, Die Konsistenz des Menschlichen. Post- und transhumane Visionen des Autonomieverständnisses, in: *Bumke/Röthel* (eds.), *Autonomie im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff* (2017), 315–352, 327 (“normative reversal in force of the guarantee of human dignity”); cf. further *Vagias Karavas*, Körperverfassungsrecht. Entwurf eines inklusiven Biomedizinrechts (2018), 222 et seq. and 251 et seq.; *Gruber*, (fn. 29), 37 et seq., 70 et seq., 119 and 327 et seq.

52 For a necessary clarification of the traditional understanding of (Vernunft-)Aufklärung, see especially *Niklas Luhmann*, *Soziologische Aufklärung*, in: *Luhmann: Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme* (1970), 66–91.

53 *Matthias Mahlmann*, *Der politische Moment der Rechtsphilosophie*, *Rechtswissenschaft (RW)* 8 (2017), 181–220, 182.

54 *Mahlmann*, (fn. 53), 219 et seq.

55 Cf. *Luhmann*, (fn. 22), 246.

sche Selbstüberschätzung bei der Folgenabschätzung den zukünftigen Realitäten standhalten. Die positivistische Hybris, gleich ob ökonomistischer, realistischer oder empiristischer Färbung, kann allerdings methodisch vermieden werden mithilfe einer soziologischen Aufklärung, die zuvor den vielleicht etwas unzeitgemäßen Weg der theoretischen Rechtssoziologie beschreitet, um eine normative Vorstellung von Recht zu entwickeln und offenzulegen.⁵⁶

III.

RECHTS-GRUNDLAGEN DER ZUKUNFT

Damit ist die Aufgabe der Grundlagen des Rechts aufs Neue wie folgt zu formulieren: Aufklärung als kritische Reflexion und Haltung gegenüber allen Arten von einförmigen „Ismen“, vor allem Entlarvung von jeglichen Götter- und Götzendiensten, in wessen Namen oder unter welcher Bezeichnung sie auch immer stehen.

„Rechtszivilisation“ und „Selbstbestimmung“ haben als bloße Funktionen einer bestimmten Staats- und Rechtsordnung keine wesentlich andere Wirkung als früherer „Weltgeist“ und „ewige Naturvernunft“. Sie täuschen allesamt darüber hinweg, was das Recht für die Gesellschaft überhaupt zu leisten imstande ist, nämlich „unpoetische, demütige, ehrliche, oft hilflose, tränenreiche, immer aber letztlich unzulängliche und erdenschwere *Beiträge*“ zu einer immer nur vorläufigen, fehlbaren, doch immerhin brauchbaren Friedensordnung hier und jetzt.⁵⁷

1. Aufklärung über Aufklärung

Das verlangt zunächst Abstinenz von den genannten obsessiv-zwanghaften Ritualen der Traditions- und Wirklichkeitspflege in den Grundlagenfächern selbst.⁵⁸ Gefordert ist Selbstreflexion, Selbstkritik, Selbstaufklärung, mithin die Fähigkeit, sich und das Recht von dem Irrglauben zu befreien, das Gesetz der modernen Welt zu verkörpern – einer Welt, die sich im Grunde schon für die beste aller möglichen Welten hält, indem sie sich nach dem Prinzip der Freiheit gestaltet glaubt und dabei das, was Freiheit bedeuten soll, doch wieder einem allumfassenden Standard unterwirft.⁵⁹

56 Siehe hierzu *Eva Kocher*, Rechtssoziologie: Das Recht der Gesellschaft und die Gesellschaft des Rechts, Rechtswissenschaft (RW) 8 (2017), 153–180, 174 ff.

57 Vgl. *Wiethölter*, (Fn. 7), Rechtswissenschaft, 26.

58 In diesem Sinne stößt man auf der Suche danach, wie kritische Selbstreflexion in der gesellschaftlichen Kommunikation ausgelöst werden könnte, schon auf die generelle Frage: „Muß es denn Vernunft und Gewalt sein?“ – siehe hierzu *Niklas Luhmann*, Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1988, 84.

59 Vgl. *Badiou*, (Fn. 37), 9.

help of a sociological enlightenment that first takes the perhaps somewhat outmoded path of theoretical sociology of law in order to develop and reveal a normative conception of law.⁵⁶

III.

LEGAL FOUNDATIONS OF THE FUTURE

Thus, the task of the foundations of law must be formulated anew as follows: Enlightenment as a critical reflection and attitude towards all kinds of monotonous “isms,” especially debunking of any deity and idolatry, in whose name or under whatever sign they stand.

“Legal civilization” and “self-determination,” as mere functions of a particular state and legal order, have no essentially different impact from earlier “World Spirit” and “eternal natural reason.” They all deceive us about what law is capable of achieving for society in general, namely “unpoetic, humble, honest, often helpless, tearful, but always ultimately inadequate and weighty *contributions*” to an always only provisional, fallible, but nevertheless useful peaceful order here and now.⁵⁷

1. Enlightenment about Enlightenment

This requires, first of all, abstinence from the aforementioned obsessive-compulsive rituals of cultivating tradition and reality in the foundational subjects themselves.⁵⁸ What is required is self-reflection, self-criticism, self-enlightenment, in other words, the ability to free oneself and the law from the mistaken belief that it embodies the law of the modern world – a world that basically already believes itself to be the best of all possible worlds, in that it believes itself to be shaped according to the principle of freedom, and yet in doing so subjects what freedom is supposed to mean again to an all-encompassing standard.⁵⁹

56 On this, see *Eva Kocher*, Rechtssoziologie: Das Recht der Gesellschaft und die Gesellschaft des Rechts, Rechtswissenschaft (RW) 8 (2017), 153–180, 174 et seq.

57 Cf. *Wiethölter*, (fn. 7), Rechtswissenschaft, 26.

58 In this sense, in the search for how critical self-reflection could be triggered in social communication, one already encounters the general question: “Muß es denn Vernunft und Gewalt sein?” – see on this *Niklas Luhmann*, Die Wirtschaft der Gesellschaft (1988), 84.

59 Cf. *Badiou*, (fn. 37), 9.

Gegenüber einer solchen Form von subjektiver Freiheit, genauer verstanden als Subjektivierung der individuellen Menschen unter ein väterliches Gesetz der Vernunft, gilt es kritische Haltung zu bewahren. Meint man es mit den individuellen Freiheiten der Menschen wirklich ernst, so muss man diese eben auch als Individuen achten. Man muss ihnen dann zu einer Freiheit verhelfen, die nicht alleine an das moderne Ideal der Emanzipation in der Gesellschaft gebunden bleibt,⁶⁰ sondern darüber hinaus die Möglichkeit offenhält, dass menschliche, lebendige Wesen mit ihren individuellen Besonderheiten außerhalb der Gesellschaft leben können.⁶¹ Schlussendlich geht es darum zu verhindern, dass dem Recht noch weitere Menschen zum Opfer fallen, wenn sie den Preis „einer dauernden Verfremdung oder gar Versklavung von Menschen im Namen eines Pflicht-Gottes für jedermann“⁶² bezahlen, den wohlmeinende Idealisten ihnen auferlegen.⁶³ Die grundlegende Aufgabe heißt also auch in dieser Hinsicht: Kritik der Ordnung, Kritik des Gesetzes, Kritik des Wissens.

Das verlangt von den Grundlagenfächern ferner, Juristen aufzuklären: Aufklärung wäre dabei zu verstehen als Entzauberung, Entmythologisierung, Enträtselung einer Rechtsdogmatik, die sich noch immer oft als „politisches Alibi und Verheißung“ erweist und „nackte Politik übertüncht“, wenn ihre „Pseudourteile“ sich darauf beschränken, „in oft sogar gigantischen, strahlkräftigen Leerformeln, bloßen Tautologien, kurzum: in reinem *Gerede* verführerische Scheinbegründungen anzubieten“.⁶⁴ Die Aufgabe heißt hier, die Rechtswelt bei ihrem nötigen „Ausgang aus selbstverschuldeter Dogmatikgläubigkeit“⁶⁵ zu begleiten, ohne dabei jedoch – um es nochmals zu betonen – eine privilegierte Position der Besserwissenden geltend zu machen, auch nicht die eines Kantischen „bestallten Richters, der die Zeugen nötigt, auf die Fragen zu antworten, die er ihnen vorlegt“.⁶⁶ Gleichwohl ist die Beteiligung der Grundlagenfächer auch nicht einfach auf eine untergeordnete, dienende Funktion

Against such a form of subjective freedom, more precisely understood as the subjectivation of individual people under a paternal law of reason, it is necessary to maintain a critical attitude. If one is really serious about the individual freedoms of people, one must also respect them as individuals. One must then aid them to a freedom which does not remain bound to the modern ideal of emancipation in society alone,⁶⁰ but beyond that keeps open the possibility that human, living beings with their individual characteristics can live outside society.⁶¹ In the end, it is a matter of preventing even more people from falling victim to the law, if they pay the price “of a permanent alienation or even enslavement of people in the name of a compulsory God for everyone”⁶² that well-meaning idealists impose on them.⁶³ So the foundational task is also called in this respect: critique of order, critique of law, critique of knowledge.

This further requires of the foundational subjects to educate jurists: enlightenment would thereby be understood as demystification, demythologization, unraveling of a legal doctrine that still often proves to be “political alibi and promise” and “whitewashes naked politics,” when its “pseudo parts” are limited to “offering seductive illusory justifications in often even gigantic, radiant empty formulas, mere tautologies, in short: in pure *talk*.”⁶⁴ The task here is to accompany the legal world in its necessary “exit from self-inflicted dogmatic faith,”⁶⁵ without, however – to emphasize it once again – asserting a privileged position of those who know better, not even that of a Kantian “appointed judge who compels the witnesses to answer the questions he puts before them.”⁶⁶ At the same time, the participation of the foundational subjects cannot simply be reduced to a subordinate, serving function. For they prepare the evolutionary basis for variations in a jurisprudence oriented towards the reduction of

60 Vgl. *Malte-Christian Gruber*, Formationen paternalen Bindungen als Normierungsmotive rechtlicher Paternalismen, in: Die Unsicherheit der Väter. Zur Herausbildung paternalen Bindungen, hg. von M.-C. Gruber/S. Ziemann, 2009, 33–48, 35 ff.

61 Für einen derartigen radikalen Individualismus etwa *Christoph Menke*, Subjektive Rechte und Menschenwürde. Zur Einleitung, *Trivium* 3 (2009), Rn. 9 f., abrufbar unter: <http://trivium.revues.org/index3296.html> (20.03.2022); grundsätzlicher, unter Berufung auf den erst durch die System-Umwelt-Differenz möglichen „radikalen Individualismus in der Umwelt des Systems“, vor allem *Niklas Luhmann*, Einführung in die Systemtheorie, 2. A. 2004, 257; ders., Das Recht der Gesellschaft, 1993, 35 und 48 f.

62 *Wiethölter*, (Fn. 7), Rechtswissenschaft, 26.

63 Für ein berühmtes Beispiel: *Hannah Arendt*, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, *Die Wandlung* 4 (1949), 754–770.

64 *Wiethölter*, (Fn. 7), Rechtswissenschaft, 9 f. und 17 f.

65 Näher hierzu *Gunther Teubner*, Verrätselungen und Verhexungen: Von einem neuerdings erhobenen enigmatischen Ton in der Rechtswissenschaft, in: Politische Rechtstheorie Revisited. Rudolf Wiethölter zum 100. Semester, hg. von C. Joerges/P. Zumbansen, ZERP-Diskussionspapier 1/2013, 177–181.

66 Vgl. *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Vorrede zur zweiten Auflage, in: *Werke* in zwölf Bänden (hg. von W. Weischedel), Band III, 1787/1968, B XIV; diese Formel für die Kritik an der bisherigen besser-wissenschaftlichen Rechtskritik aufgreifend *Wiethölter*, (Fn. 46), 55.

60 Cf. *Malte-Christian Gruber*, Formationen paternalen Bindungen als Normierungsmotive rechtlicher Paternalismen, in: Gruber/Ziemann (eds.), Die Unsicherheit der Väter. Zur Herausbildung paternalen Bindungen (2009), 33–48, 35 et seq.

61 For such a radical individualism, for example, *Christoph Menke*, Subjektive Rechte und Menschenwürde. Zur Einleitung, *Trivium* 3 (2009), Rn. 9 et seq., <http://trivium.revues.org/index3296.html>, last accessed: 20 March 2022; more fundamentally, citing the “radical individualism in the environment of the system” that is only possible through the system-environment difference, especially *Niklas Luhmann*, Einführung in die Systemtheorie (2004), 257; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993), 35 and 48 et seq.

62 *Wiethölter*, (fn. 7), Rechtswissenschaft, 26.

63 For a famous example: *Hannah Arendt*, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, *Die Wandlung* 4 (1949), 754–770.

64 *Wiethölter*, (fn. 7), Rechtswissenschaft, 9 et seq. and 17 et seq.

65 For more details see *Gunther Teubner*, Verrätselungen und Verhexungen: Von einem neuerdings erhobenen enigmatischen Ton in der Rechtswissenschaft, in: Joerges/Zumbansen (eds.), Politische Rechtstheorie Revisited. Rudolf Wiethölter zum 100. Semester, ZERP-Diskussionspapier 1 (2013), 177–181.

66 Cf. *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Vorrede zur zweiten Auflage, in: *Kant*, Werke in zwölf Bänden, vol. III (1787/1968), vol. XIV; taking up this formula to criticize the previously know-it-all legal critique *Wiethölter*, (fn. 46), 55.

zu reduzieren. Denn sie bereiten einer auf Komplexitätsreduktion und Selektionszwang ausgerichteten Jurisprudenz die evolutionäre Grundlage für Variationen, womöglich auch die revolutionäre Chance eines Anderswissens, welche methodisch im Experimentieren mit anderen Möglichkeiten liegt. Und nicht zuletzt bieten sie dem Recht weiteren Anschluss an Wissenschaftstheorie sowie gesellschaftstheoretische Modellbildungen und Methodenentwicklungen.

2. Modellbildung als Gesellschaftstheoriedesign

So brauchen wir etwa im Privatrecht auch heute und in Zukunft neue Modelle, welche die berechnete Nachfolge der bereits seit langem gestellten Forderungen nach Ablösung des in Recht überführten Modells formaler Pflichtethik antreten können.⁶⁷ Obgleich die geistigen Grundlagen des rechtswissenschaftlichen Formalismus durch die gesellschaftliche und technologische Entwicklung längst überholt und auch „das politische Pathos und das wirtschaftliche Ethos der altbürgerlichen Gesellschaft mehr und mehr abgeklungen“ sind,⁶⁸ bewegt sich das gegenwärtig praktizierte Privatrecht in weiten Teilen noch immer in den tradierten Grenzen ihres bürgerlich-liberalen, entpolitisierten, formalisierten Selbstmodells. Dieser Reduktionismus wird zusätzlich begünstigt durch einen aktuell zu beobachtenden *Rollback* in Richtung auf einen digital-juristischen Neoformalismus,⁶⁹ den vor allem eine dienstleistungsorientierte, in diesem Sinne gewiss nützliche Anwaltschaft mit den Mitteln von „Legal Tech“ betreibt – und dabei womöglich die Grundlagen ihrer eigenen Legal-Service-Tätigkeit zu beseitigen droht.⁷⁰

Gegenüber derartigen Entwicklungen könnte es sich als zukunftsweisend herausstellen, wenn Juristen, ja auch Anwälte wieder ihre Funktionen in der Gesellschaft wahrnehmen würden. Ob diese Rück- und Neubesinnung am besten zu kennzeichnen ist mit einer „Materialisierung“ des Privatrechts, namentlich durch Franz Wieackers Modell einer materialen Gewissens- und Verantwortungsethik,⁷¹ oder durch die von Rudolf Wiethölter erklärte „Politisierung“,⁷² kann insoweit dahinstehen. Viel entscheidender ist das Bewusstsein, dass „Materialisierung“ und „Politisierung“ hier keineswegs missverstanden werden dürfen im Sinne einer moralphilosophischen oder staatspolitischen Unterweisung freier Juristen mittels Be-

complexity and the compulsion to select, possibly also the revolutionary chance of a different knowledge, which methodically lies in experimenting with other possibilities. And last but not least, they offer law a further connection to the philosophy of science as well as to models and methodological developments in the theory of society.

2. Modelling as social theory design

In private law, for example, we need new models today and in the future that can take over the justified demands that have long been made for the replacement of the model of formal ethics of duty that has been transferred into law.⁶⁷ Although the intellectual foundations of jurisprudential formalism have long since been overtaken by social and technological developments and “the political pathos and the economic ethos of old bourgeois society have increasingly faded away,”⁶⁸ private law as it is currently practiced still moves in large parts within the traditional boundaries of its bourgeois-liberal, depoliticized, formalized model of self. This reductionism is additionally favored by a currently observable *rollback* towards a digital-legal neoformalism,⁶⁹ which is primarily pursued by a service-oriented, in this sense certainly useful legal profession with the means of “legal tech” – and thereby possibly threatens to eliminate the foundations of its own legal service activity.⁷⁰

In the face of such developments, it could prove to be forward-looking if jurists, and indeed lawyers, were to resume their functions in society. Whether this return and reconsideration is best characterized by a “materialization” of private law, namely by Franz Wieacker’s model of a material ethics of conscience and responsibility,⁷¹ or by the “politicization” explained by Rudolf Wiethölter,⁷² can in this respect be left open. Much more decisive is the awareness that “materialization” and “politicization” must by no means be misunderstood here in the sense of a moral-philosophical or state-political instruction of free jurists by means of instruction, even indoctrination from the outside. Rather, what is to be sought is a legal materialization⁷³ by

67 Vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, 586 ff.

68 Vgl. ebd., 621 ff.

69 Vgl. Stephan Meder, Rudolf von Jhering und der Aufstand gegen den rechtswissenschaftlichen Formalismus, *JZ* 74 (2019), 689–696, 695.

70 Siehe etwa Hartung/Bues/Halbleib (Hg.), (Fn. 8); mit deutlicher Referenz auf die loci classici dieses neuen Themenfeldes: Susskind, *The Future of Law*, 1996; ders., *Transforming the Law*, 2000; ders., *The End of Lawyers?*, 2008; ders., (Fn. 8).

71 In diesem Sinne Wieacker, (Fn. 67), 614 ff.

72 Vgl. hierzu Wiethölter, (Fn. 7), *Rechtswissenschaft*, 179 ff.

67 Cf. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967), 586 et seq.

68 Cf. *ibid.*, 621 et seq.

69 Cf. Stephan Meder, Rudolf von Jhering und der Aufstand gegen den rechtswissenschaftlichen Formalismus, *JZ* 74 (2019), 689–696, 695.

70 See, for example, Hartung et al. (eds.), (fn. 8); with clear reference to the loci classici of this new subject area: Richard Susskind, *The Future of Law* (1996); Susskind, *Transforming the Law*, 2000; Susskind, *The End of Lawyers?*, 2008; Susskind, (fn. 8).

71 In this sense Wieacker, (fn. 67), 614 et seq.

72 Cf. on this Wiethölter, (fn. 7), *Rechtswissenschaft*, 179 et seq.

73 On the need for a renewed “legitimation of the private law system” and

lehre, gar Indoktrination von außen. Zu suchen ist vielmehr eine rechtseigene Materialisierung⁷³ durch kritische, aufgeklärt rational handelnde Juristen,⁷⁴ mithin eine Politisierung des Privatrechts aus seinem Innern.⁷⁵ Und diese rechtseigene Materialisierung und Politisierung kann schließlich nicht einfach durch eine bloße Implementierung von Zwecken ins Recht erreicht werden.⁷⁶ Vielmehr geht es um eine – unter der Bezeichnung „Prozeduralisierung“ verhandelte – „neuartige Richtigkeits-Vorstellung positiven Rechts“, die es mit Rudolf Wiethölter weiterzuentwickeln gilt: „es soll sich kein geschlossenes, richtiges, inhaltliches (‘vernünftiges’, ‘natürliches’) Konzept gegen eine ‚falsche‘ Wirklichkeit durchsetzen, es soll sich auch keine Wirklichkeit eine Idee über Richtigkeit anmaßen dürfen, sondern es soll sich die ‚Gesell-

critical, enlightened, rationally acting jurists,⁷⁴ thus a politicization of private law from within it.⁷⁵ And this materialization and politicization of the law cannot, after all, be achieved simply by implementing purposes in the law.⁷⁶ Rather, it is a matter of a “new kind of conception of correctness of positive law” – negotiated under the name of “proceduralization” – which, in the words of Rudolf Wiethölter, is to be developed further: “no closed, correct, substantive (‘reasonable’, ‘natural’) concept is to assert itself against a ‘false’ reality, nor is any reality to be allowed to arrogate to itself an idea of correctness, but rather ‘society’ – as a limitedly open one – is to expose itself to new experiences on the basis of its previous experiences.”⁷⁷

73 Zum Erfordernis einer erneuerten „Legitimation der Privatrechtsordnung“ und zu den „materialen Schicksalsfragen“ der Privatrechtswissenschaft, insbesondere „in den Randfeldern auf der Schnittlinie zwischen Gesellschaftsgestaltung und privatem Interessenschutz“ siehe entsprechend *Wieacker*, (Fn. 67), 621, 624 sowie weiter 618 ff.: „Der Mensch des technischen Zeitalters hat die angemessenen moralischen und rechtlichen Ordnungsmodelle, von rühmlichen Ausnahmen (wie der Sozialversicherung, dem Arbeitsrecht, der Selbststeuerung der Erzeugung, dem Gesundheitssystem) abgesehen, zu finden erst begonnen. [...] Inzwischen bleibt es die Verantwortung des Menschen, aus den Kräften des selbständigen Gewissens eine Politik der Moral, d. h. die moralische Technik nachzuholen, die den äußeren technischen Möglichkeiten angemessen und gewachsen ist. [...] Die Krisis des Rechtsgedankens in den letzten hundert Jahren offenbart sich weit auffälliger als im Privatrecht in den Beziehungen der Völker untereinander und im Verhältnis des Staats und der gesellschaftlichen Gruppen zum Einzelnen, also in Völkerrecht, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, in Strafrecht und Sozialrecht. Es könnte danach scheinen, als bestehe nur ein recht entfernter Zusammenhang zwischen der Privatrechtsgeschichte und der allgemeinen Bedrohung oder Erneuerung des Rechtsgedankens [...]. In Wahrheit hat sich immer gezeigt, wie sehr auch das Auf und Ab der Privatrechtswissenschaft durch das allgemeine Verständnis der Epochen bedingt war. Ohne eine Neubegründung des Rechtsglaubens wird es auch keine Zukunft des europäischen Privatrechts geben. Die Bedingungen dieser Revision sind somit auch die dringendsten Vorfragen der Zukunft des Privatrechts. Die zweite Frage ist, ob die Privatrechtswissenschaft wieder zu einer vollständigen und richtigen Wahrnehmung der sozialen Wirklichkeit und zu einer methodisch-systematischen Einförmung dieser Wirklichkeit gelangen wird. [...] Eine Abbildung der werdenden und kommenden Gesellschaft unseres Landes und unseres Erdteils in adäquaten rechtswissenschaftlichen Systemen und Begriffen ist gegenwärtig vielleicht noch gar nicht möglich – und doch bleibt sie die zweite dringende Aufgabe der Privatrechtswissenschaft.“

74 Vgl. die begriffliche Reminiscenz an dieses weithin in den Hintergrund verdrängte Juristenbild in der Präambel des Juristenausbildungsgesetzes (JAG) für das Bundesland Hessen: „Ziel der juristischen Ausbildungsreform ist der kritische, aufgeklärt rational handelnde Jurist, der sich seiner Verpflichtung als Wähler des freiheitlich demokratischen und sozialen Rechtsstaats bewusst ist und der in der Lage ist, die Aufgaben der Rechtsfortbildung zu erkennen.“

75 Siehe *Wiethölter*, (Fn. 7), Rechtswissenschaft, 179: „Im Bürgerlichen Recht brauchen wir heute neue Modelle. *Franz Wieacker* spricht von der Ablösung formaler Pflichtenethik durch materiale Verantwortungsethik. Ich selbst möchte die Aufgabe kennzeichnen als *Politisierung des Bürgerlichen Rechts*. Dabei ist ‚politisch‘ zu verstehen als Zielvorstellung von der ‚guten Ordnung‘ eines Gemeinwesens, für die Menschenbild, Geschichtlichkeit der Existenz und Verfassung die wichtigsten Leitlinien für die methodischen Wege setzen. Selbstverständlich ist auch das liberale Bürgerliche Recht politisch, aber nicht im Sinne seines Selbstverständnisses von Politik, das Politik mit Staatlichkeit verknüpft, überhaupt als Mittel, nicht als Ziel empfindet. Die Politisierung des Bürgerlichen Rechts orientiert sich an der politischen Einheit der Rechtsordnung, kann sich also auf die Dualismen von Staat und Gesellschaft, von öffentlichem und privatem Recht nicht stützen. Daß diese Dualismen unser allgemeines Rechtsbewußtsein, unser Rechtssystem, unsere rechtlichen Begriffe und Vokabeln aber weithin noch heute beherrschen, führt zu Schwierigkeiten der juristischen Arbeit, die ohne Gesellschaftstheorie, ohne Methodik zwangsläufig irrational, zufällig, blind, widersprüchlich ausfallen muß.“

76 Denn solche „Materialisierungen zwingen indessen zu sehr komplexen Groß- und Überzweckprogrammen, für die alle Rechte dann ihrerseits zu Mitteln werden“ – so *Wiethölter*, (Fn. 46), 61 f.

on the “material questions of fate” of private law scholarship, especially “in the marginal fields on the intersection between the shaping of society and the protection of private interests,” see accordingly *Wieacker*, (fn. 67), 621, 624, and further 618 et seq: “Man of the technical age has only begun to find the appropriate moral and legal models of order, apart from laudable exceptions (such as social security, labor law, the self-control of production, the health system). [...] In the meantime, it remains the responsibility of man to catch up with a politics of morality, i.e. moral technology, out of the forces of his independent conscience, which is appropriate and equal to the external technical possibilities. [...] The crisis of legal thought in the last hundred years reveals itself far more conspicuously than in private law in the relations of peoples among themselves and in the relations of the state and social groups to the individual, that is, in international law, constitutional law, administrative law, criminal law and social law. It might seem accordingly that there is only a rather remote connection between the history of private law and the general threat or renewal of legal thought [...]. In truth, it has always been shown how much the ups and downs of private law scholarship have also been conditioned by the general understanding of the ages. Without a re-foundation of legal faith, there will be no future for European private law either. The conditions of this revision are thus also the most urgent preliminary questions of the future of private law. The second question is whether private jurisprudence will again arrive at a complete and correct sense of social reality and at a methodical-systematic shaping of this reality. [...] A depiction of the emerging and coming society of our country and our continent in adequate jurisprudential systems and concepts is perhaps not even possible at present – and yet it remains the second urgent task of private jurisprudence.”

74 Cf. the conceptual reminiscence of this image of the jurist, which has largely been relegated to the background, in the preamble to the Juristenausbildungsgesetz (JAG) for the Federal State of Hesse: “The goal of legal education reform is the critical, enlightened, rational lawyer who is aware of his obligation as the upholder of the free democratic and social rule of law and who is able to recognize the tasks of the further development of the law.”

75 See *Wiethölter*, (fn. 7), Rechtswissenschaft, 179: “In civil law today, we need new models. *Franz Wieacker* speaks of the replacement of formal ethics of duty by material ethics of responsibility. I myself would like to characterize the task as *politicization of civil law*. In this context, ‘political’ is to be understood as a conception of the ‘good order’ of a community, for which the conception of man, the historicity of existence and the constitution set the most important guidelines for the methodological paths. Of course, liberal civil law is also political, but not in the sense of its self-understanding of politics, which links politics with statehood and perceives it as a means rather than an end. The politicization of civil law is oriented towards the political unity of the legal order, and thus cannot rely on the dualisms of state and society, of public and private law. But the fact that these dualisms still largely dominate our general legal consciousness, our legal system, our legal concepts and vocabulary, leads to difficulties in legal work, which, without social theory, without methodology, must inevitably turn out irrational, random, blind, contradictory.”

76 For such “materializations, however, force to very complex large-scale and over-purpose programs, for which all rights then in turn become means” – according to *Wiethölter*, (fn. 46), 61 et seq.

77 *Rudolf Wiethölter*, *Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht*, in: *Zumbansen/Amstutz* (eds.), *Recht in Recht-Fertigungen* (1984/2014), 423–450, 445.

schaft‘ – als begrenzt offene – auf der Grundlage ihrer bisherigen Erfahrungen neuen Erfahrungen aussetzen“.⁷⁷

Damit ist jetzt die Bahn frei, um reflexiv anzusetzen zu „Mutsprüngen“ der Reflexion,⁷⁸ mithin Kritik der Kritik des Rechts zu üben und Lernchancen in der wechselseitigen Auseinander- und Übersetzung rivalisierender Theoriemodelle wahrzunehmen.⁷⁹ Solche Mutsprünge folgen den eigentlichen Beweggründen der Aufklärung – den notwendigen Kräften „der Entschließung und des Muthes“, des Kantischen „Sapere aude“.⁸⁰ Sie zielen auf eine mit rechtseigenen Kritik-Kräften vielleicht herzustellende „Emanzipation solchen Rechts vom Recht in den rivalisierenden Gesellschaftstheorien, das wohl als ‚Anderes im Recht‘ oder ‚anderes Recht‘ (noch) nicht überholt scheint, hin zu einem ‚Anderen des Rechts‘ [...]“.⁸¹ Daraus lässt sich mit und nach Wiethölter – vielleicht – ein „Verwirklichungs-Chancenschritt“ gewinnen: „Recht‘ beugte sich dann nicht den Gesellschaftstheoriendesigns, sondern wäre selbst eines [...]“.⁸²

Recht schöpfte demnach, wie Gunther Teubner hieraus weiter folgert, seine „rechtseigene Theorie der ganzen Gesellschaft“ – eine aufgeklärte „Rechtsgesellschaftstheorie“ mit rechtseigenem „Reflexionspotential“.⁸³ Vielleicht lässt sich dann aus den rechtlich wahrzunehmenden Chancen, die sich in gesellschaftlichen Entwicklungen andeuten und jeweils auf Verwirklichung hindeuten, gar „eine realistische Vision der Zukunft entwerfen“.⁸⁴ „Vielleicht“ – in Anlehnung an Jacques Derrida muss man offenbar immer auch für solcherart „selbstgerechtes“ Recht „vielleicht“ sagen, genauso wie „wenn es um (die) Gerechtigkeit geht“.⁸⁵ Doch anders als bei Derrida handelt es sich bei jener Rechtsgerechtigkeit gerade um einen eigenen juristischen Begriff, der indes gleichfalls „der Zukunft geweiht“ ist: Auch die juristische Gerechtigkeit bleibt „im Kommen“, auch sie ist „Zukunft“. Als kommende Rechtsgerechtigkeit verhindert sie jede Art von Selbstgefälligkeit einer sich autark wahnenden, zum Autismus neigenden Rechtsdogmatik. Sie entlarvt jedenfalls rechtssysteminterne Ideologien und Kryptopolitiken, die sich besonders unter dem Deckmantel eines vermeintlich entpolitisierten Privatrechts unreflektiert ausbreiten

This now clears the way for reflexive “courageous leaps” of reflection,⁷⁸ and thus for the critique of the critique of the law, and for learning opportunities in the mutual contrast and translation of rival theoretical models.⁷⁹ Such leaps of courage follow the very motives of enlightenment – the necessary forces of “resolution and courage,” of Kant’s “*Sapere aude*.”⁸⁰ They aim at an “emancipation of such law from the law in the rival social theories, which arguably does not (yet) seem obsolete as an ‘other in law’ or ‘other law,’ towards an ‘other of law’ [...]” that can perhaps be achieved with the law’s own critical forces.⁸¹ From this, with and according to Wiethölter – perhaps – a “potential step towards realization” can be gained: “‘Law’ would then not bend to the social theory designs, but would itself be one [...]”⁸²

Accordingly, as Gunther Teubner further concludes from this, law has created its “law-internal theory of the whole of society” – an enlightened “theory of legal society” with “reflection potential” from within the law itself.⁸³ Perhaps then “a realistic vision of the future can [even] be drafted” from the opportunities that may be grasped legally as indicated in social developments and in each case point to realization.⁸⁴ “Perhaps” – following Jacques Derrida, it seems that one must always say “perhaps” even for such “self-righteous” law, just as when it is about justice.⁸⁵ But unlike for Derrida, this legal justice is precisely a juridical concept in its own right, which is likewise “consecrated to the future”: Juridical justice also remains “*to come*.” As a coming legal justice, it prevents any kind of complacency of a legal dogmatics that imagines itself self-sufficient and tends towards autism. In any case, it exposes ideologies and crypto-politics within the legal system, which can spread unreflectively, especially under the guise of a supposedly depoliticized private law. It offers legal doctrine “the surplus potential of structural variations generated by social theories” in order to free itself from “professional constraints” in a self-reflective and self-establishing manner.⁸⁶

77 Rudolf Wiethölter, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, in: *Recht in Recht-Fertigungen*, hg. von P. Zumbansen/M. Amstutz, 1984/2014, 423–450, 445.

78 Siehe Christoph Menke, Mutsprünge der Reflexion, *Kritische Justiz* (KJ) 52 (2019), 543–548, mit Bezug auf Wiethölter, (Fn. 46), 55.

79 Besonders aufschlussreich diesbezüglich Gunther Teubner, Von „Wirtschaftsverfassung I, II“ zum „selbstgerechten Verfassungsrecht“: Zur Kritizität von Rudolf Wiethölters kritischer Systemtheorie, *KJ* 52 (2019), 601–625, 607 ff.

80 Kant, (Fn. 41), 481.

81 Wiethölter, (Fn. 16), 108.

82 Wiethölter, (Fn. 16).

83 Siehe Teubner, (Fn. 79), 611.

84 Siehe ebd., 610.

85 Jacques Derrida, *Gesetzeskraft: Der „mystische Grund der Autorität“*, Frankfurt a. M. 1996, 56 f.

78 See Christoph Menke, Mutsprünge der Reflexion, *Kritische Justiz* (KJ) 52 (2019), 543–548, with reference to Wiethölter, (fn. 46), 55.

79 Particularly insightful in this regard: Gunther Teubner, Von “Wirtschaftsverfassung I, II” zum “selbstgerechten Verfassungsrecht”: Zur Kritizität von Rudolf Wiethölters kritischer Systemtheorie, *KJ* 52 (2019), 601–625, 607 et seq.

80 Kant, (fn. 41), 481.

81 Wiethölter, (fn. 16), 108.

82 Wiethölter, (fn. 16).

83 See Teubner, (fn. 79), 611.

84 See *ibid*, 610.

85 Jacques Derrida, *Gesetzeskraft: Der “mystische Grund der Autorität”* (1996), 56 et seq.

86 Thus Teubner, (fn. 79), 611.

können. Sie bietet der Rechtsdogmatik „das von den Sozialtheorien erzeugte Überschusspotential an Strukturvariationen“ um sich selbstreflektierend und selbständernd von „professionellen Zwängen“ zu befreien.⁸⁶

Hier also, mitten im Recht, haben die Grundlagenfächer ihren Erfüllungsort. Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie leisten dort auf je eigene, unabhängige Weise „Rechtstheorie“, indem sie – gleichsam als „variable Beobachtungsposten“⁸⁷ – unterschiedliche Theoriemodelle mit vielfältig beweglichen Zugängen zu Möglichkeiten und Wirklichkeiten des Rechts entwerfen. Die einzelnen Grundlagenfächer wirken somit jeweils selbständig mit an der rechtlichen Rekonstruktionsarbeit einer „Rechts-Bewegungs-Kunst“,⁸⁸ wie sie vor allem für eine gelingende Rechtsdogmatik, selbst in ihrer alltäglichen Praxis, benötigt wird.⁸⁹ Sie sind der Rechtsdogmatik dabei weder übergeordnet, noch beschränken sich ihre Aufgaben auf eine bloß untergeordnete, dienende Funktion nach der Art von Hilfswissenschaften. Eher schon trifft dann ihre Beschreibung als „Hilflosigkeitswissenschaften“⁹⁰ zu: Für jede Arbeit am „Fall“ bedarf es doch mehr als der schon erschöpfend zitierten, an realitätsfernen Schulfällen⁹¹ einzuübenden „Fall-lösungskompetenz“. Die problemorientierte, themenbezogene Bearbeitung von Rechtskonflikten setzt voraus, die Grenzen des rechtsdogmatischen Wissens und der Juristenvernunft zu erkennen. Diese Grenzen mögen Juristen zumeist nur in Ausnahmefällen zum Bewusstsein kommen; sie sind aber in jedem Fall, bei jeder Entscheidung, zu jeder Zeit zumindest latent zugegen. Im Angesicht neuer Fälle erzeugen die Perspektiven der Grundlagenfächer die nötige Variabilität der Wahrnehmungs- und Handlungsoptionen. Damit können sie den aufklärungswilligen, lernfähigen Juristen dabei

Here, then, in the midst of the law, the foundational subjects are ripe for fulfilment. History of law, philosophy of law, and sociology of law each perform “theory of law” in their own independent way by designing – as it were as “variable observation posts”⁸⁷ – different theoretical models with variously mobile approaches to the possibilities and realities of the law. The individual foundational subjects thus each contribute independently to the legal reconstruction work of a “Rechts-Bewegungs-Kunst”⁸⁸, a dynamic ‘art’ of moving law, as it is needed above all for a successful legal doctrine, even in its everyday practice.⁸⁹ They are neither superior to legal doctrine, nor are their tasks limited to a merely subordinate, serving function in the manner of auxiliary sciences. Rather, then, their description as “helpless sciences” applies⁹⁰: Any work on the “case” requires more than the already exhaustively quoted “case-solving competence” to be practiced on textbook cases that are far removed from reality.⁹¹ The problem-oriented, issue-related handling of legal conflicts presupposes the recognition of the limits of legal doctrinal knowledge and legal reasoning. Jurists may only become aware of these limits in exceptional cases, but they are at least latently present in every case, in every decision, at all times. In the face of new cases, the perspectives of legal theory generate the necessary variability in the options for perception and action. In this way, they can help lawyers who are willing to learn to see through their own and their surroundings better – and to know what they are doing in the first place.⁹²

86 So Teubner, (Fn. 79), 611.

87 Ich verdanke diese sprachliche Wendung einem Diskussionsbeitrag meines Kollegen V. Karavas im Luzerner Grundlagenseminar des Herbstsemesters 2019.

88 Siehe dazu Michael Blecher, Rechts-Bewegungs-Kunst für das 21. Jahrhundert. Rudolf Wiethölter zum 80. Geburtstag, KJ 42 (2009), 427–434; sowie ders., Geschichte und Eigensinn: Rudolf Wiethölters Rechts-Bewegungs-Kunst im 100. Semester, in: Politische Rechtstheorie Revisited. Rudolf Wiethölter zum 100. Semester, hg. von C. Joerges/P. Zumbansen, ZERP-Diskussionspapier 1/2013, 31–43.

89 Es genügt daher gerade nicht, sich für das Alltagsrecht mit „incompletely theorized agreements“ zufriedenzugeben und damit die Grundlagenfächer aus der Verantwortung für eine vermeintlich lösungsorientierte rechtsdogmatische Praxis zu entlassen. Siehe jedoch Thomas Gutmann, Der Holzkopf des Phädrus – Perspektiven der Grundlagenfächer, JZ 2013, 697–700, 697 f.

90 Siehe entsprechend Wiethölter, (Fn. 7), Anforderungen, 528: „Für die Hilflosigkeit der Rechtswissenschaft in unserer Zeit wäre geradezu eine Wissenschaft der Hilflosigkeit vonnöten.“

91 Häufig zitiertes „Schulfall“ (nach Wiethölter): „Ehemann A erschießt seine Ehefrau B. Wem gehört die Kugel, wenn Gütertrennung besteht?“, siehe hierzu Thomas-M. Seibert, Die Lehre vom Rechtszeichen. Entwurf einer allgemeinen Rechtslehre, 2017, 404 ff.: „Die Ausbildungsfälle der Juristen sagen wenig über die Welt [...], sie sagen nur, was Juristen dafür halten. Der Schulfall ist das Instrument, das Juristen, die sich im Besitz von Wissen glauben, gegenüber anderen verwenden, die erst noch Juristen werden bzw. das dazu notwendige Wissen in der Rechtsschule erst noch erwerben wollen“ (405).

87 I owe this linguistic twist to a discussion paper by my colleague V. Karavas in the Lucerne Seminar on Interdisciplinary Legal Studies of the Fall 2019 semester.

88 On this, see Michael Blecher, Rechts-Bewegungs-Kunst für das 21. Jahrhundert. Rudolf Wiethölter zum 80. Geburtstag, KJ 42 (2009), 427–434; as well as Blecher, Geschichte und Eigensinn: Rudolf Wiethölters Rechts-Bewegungs-Kunst im 100. Semester, in: Joerges/Zumbansen, Politische Rechtstheorie Revisited. Rudolf Wiethölter zum 100. Semester, ZERP-Diskussionspapier 1 (2013), 31–43.

89 It is therefore not enough to be satisfied with “incompletely theorized agreements” for everyday law and thus to release the basic subjects from the responsibility for a supposedly solution-oriented legal dogmatic practice. See, however, Thomas Gutmann, Der Holzkopf des Phädrus – Perspektiven der Grundlagenfächer, JZ (2013), 697–700, 697 et seq.

90 See accordingly Wiethölter, (fn. 7), Anforderungen, 528: “For the helplessness of jurisprudence in our time, a science of helplessness would be precisely what is needed.”

91 Frequently cited “textbook case” (according to Wiethölter): “Husband A shoots his wife B. To whom does the bullet belong if there is separation of property?“, see on this Thomas-M. Seibert, Die Lehre vom Rechtszeichen. Entwurf einer allgemeinen Rechtslehre (2017), 404 et seq.: “The training cases of lawyers say little about the world [...], they say only what lawyers think they say. The textbook case is the tool that lawyers who believe themselves to be in possession of knowledge use over others who are yet to become lawyers or are yet to acquire the knowledge necessary to do so in law school” (405).

92 For a corresponding definition of jurisprudence education, see Wiethölter, (fn. 7), Anforderungen, 525.

helfen, ihre Eigen- und Umwelten besser zu durchschauen – und zu wissen, was sie überhaupt tun.⁹²

IV. ADVOKATUR DER ZUKUNFT

Die eigentliche Rechtsarbeit beginnt dort, wo andere gesellschaftliche Systeme mit ihren je eigenen Normierungsprozessen an Grenzen stoßen, die ihnen als unüberwindliche Widersprüche oder unlösbare Konflikte erscheinen. Recht kann hier die Funktion eines Immunsystems der Gesellschaft übernehmen,⁹³ indem es die genannten Normierungsprozesse selbst reflexiv normiert und im Zuge der eigenständigen Normproduktion eine eigene Binnenperspektive herausbildet, deren Fokus auf der fallweisen Entscheidung von Rationalitätenkonflikten liegt.⁹⁴ Als Grenzfälle lassen sich diese Konflikte dann mit neuen Formen des Rechtsschutzes und der juristischen Auseinandersetzung behandeln, die durch entsprechende begriffliche und methodische Entwicklungen in Rechtsverfahren bereitgestellt werden.

1. Beobachtung/Bewegung: Experimentalmethodik und Entdeckungsverfahren

Dafür bedarf es neuer experimenteller Anordnungen, die versuchsweise nach zukünftigen Handlungs- und Wahrnehmungsoptionen zur Behandlung moderner gesellschaftlicher Widersprüche, unlösbarer Konflikte und verdrängter Paradoxien forschen. Diese sind auf eine juristische Methode angewiesen, die unter Bedingungen von Entscheidungsunsicherheit und -zwang neue Wege beschreitet, um mit Übergangsordnungen und -konzepten wenigstens zu vorläufigen, vorerst plausiblen begrifflichen Unterscheidungen und prärogativen Entscheidungen zu finden.⁹⁵ „Anything may go, aber nicht alles zu jeder Zeit“⁹⁶ – so etwa ließe sich dieses Versuchsprogramm der

92 Zu einer entsprechenden Bestimmung von Juristenaufklärung siehe *Wiethölter*, (Fn. 7), Anforderungen, 525.

93 Zu diesem keineswegs bloß metaphorisch aufzufassenden Konzept der sozialen Immunologie bereits *Niklas Luhmann*, *Soziale Systeme*, 1984, 504 ff.; ders., (Fn. 61), *Recht der Gesellschaft*, 565 ff.

94 Vgl. *Gruber*, (Fn. 29), 74 ff.

95 Zu einem entsprechenden Übergang auf ein „experimentierendes [...] Herstellen von Ordnungen“ siehe *Gunther Teubner*, *Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter*, in: *Rechtsverfassungsrecht*, hg. von C. Joerges/G. Teubner, 2003, 25–46, 31; vgl. ferner *Gruber*, (Fn. 29), 103 f.

96 Siehe *Niklas Luhmann*, *Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*, in: *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch*, 1995, 229–236, 236.

IV. ADVOCACY OF THE FUTURE

The actual work of doing law begins where other social systems, each with their own normative processes, come up against limits that appear to them as insurmountable contradictions or unsolvable conflicts. Here, the law can assume the function of society's immune system,⁹³ by reflexively norming the aforementioned norming processes itself and, in the course of the independent production of norms, forming its own internal perspective, the focus of which lies on the case-by-case decision of conflicts of rationality.⁹⁴ As borderline cases, these conflicts can then be dealt with by new forms of legal protection and legal dispute, provided by corresponding conceptual and methodological developments in legal procedures.

1. Observation/movement: experimental methodology and discovery procedures

This requires new experimental arrangements that experimentally research future options for action and appreciation/perception to deal with modern social contradictions, insoluble conflicts and repressed paradoxes. These are dependent on a juridical method which, under conditions of decision-making uncertainty and constraint, treads new paths in order to find at least provisional, for the time being plausible conceptual distinctions and prerogative decisions with transitional orders and concepts.⁹⁵ “Anything may go, but not everything all the time”⁹⁶ – this is how this experimental program of legal paradox unfolding could be characterized⁹⁷ from an epistemological point of view.

93 On this concept of social immunology, which is by no means to be understood merely metaphorically, already *Niklas Luhmann*, *Soziale Systeme* (1984), 504 et seq.; *Luhmann* (fn. 61), *Recht der Gesellschaft*, 565 et seq.

94 Cf. *Gruber*, (fn. 29), 74 et seq.

95 On a corresponding transition to an “experimenting [...] production of orders,” see *Gunther Teubner*, *Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter*, in: *Joerges/Teubner, Rechtsverfassungsrecht* (2003), 25–46, 31; see further *Gruber*, (fn. 29), 103 et seq.

96 See *Niklas Luhmann*, *Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*, in: *Luhmann, Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch* (1995), 229–236, 236.

97 Pointing the way to dealing with paradoxes in the sense of their unfolding above all *Niklas Luhmann*, *Die Paradoxie des Entscheidens*, *Verwaltungs-Archiv* 84 (1993), 287–310, 294 et seq.: “Unfolding a paradox is nothing other than the relocation of the observer's blind spot to another, less disturbing place. [...] Stable identities are reintroduced, against better judgment, which are easier to hold. [...] But identities can only be designated with the help of distinctions, and even these distinctions are prone to paradox. One has to accept this in every unfolding of an initial paradox. The gain, then, can never be in a paradox-free assured construction of the world, but it can be in organizational advantages of cognition; or even in greater historical plausibility of knowledge in situations where old distinctions are spent and all too easily ‘questioned.’”

rechtlichen Paradoxieentfaltung⁹⁷ aus erkenntnistheoretischer Sicht kennzeichnen.

Die so charakterisierte Methodik einer experimentellen Entfaltung neuer Unterscheidungen und Begriffe träumt nicht mehr den alten juristischen Traum von eindeutig lösbaren Fällen und endgültigen Rechtsentscheidungen. Dieser Juristentraum war ohnehin niemals realistisch, denn – mit anderen Worten – „es gibt keine Lösungen im Leben. Es gibt Kräfte in Bewegung, die muß man schaffen; die Lösungen folgen nach“.⁹⁸ Erforderlich ist daher vielmehr eine entsprechend dynamische Rechtsbewegungskunst, die sich auf fortwährende Rechtsentdeckungen und Recht-Fertigungen einstellt und mit den Mitteln einer auf Dauer gestellten Experimentalmethodik unlösbare Konfliktlagen für das Recht nicht nur entscheidbar macht, sondern darüber hinaus gerechte Entscheidungen sucht.

Eine solche Rechtsbewegung ist nicht zuletzt in ihrer Zielsetzung zu verstehen, nach der Krise der Moderne nunmehr auch die resignative Haltung zu überwinden, wie sie allgemein der Postmoderne zugeschrieben wird.⁹⁹ Nach dem Ende der Einheitsberichte und großen Erzählungen muss es kurzgefasst darum gehen, mit dem Ende ein Ende zu machen.¹⁰⁰ Es gilt, einen neuen Sinn für die Realität der Dinge zu entwickeln, mithin eine Methode einer denkend begleiteten Wahrnehmung, die gewagte Entscheidungen und Experimente mit neuen Begrifflichkeiten nicht scheut. Mit ihr ist ein Suchprozess in Gang zu setzen und fortlaufend in Gang zu halten, der sich – durchaus mit Anspruch auf Wahrheit und Gerechtigkeit – darauf richtet, neben Entscheidungsermöglichung durch Reformulierung von Konflikten in Rechtssprache¹⁰¹ auch Unsichtbares sichtbar zu machen.

2. Wahrnehmung/Sensibilisierung: Realitätssinn und Zukunftsoffenheit

Aus der Sicht des Rechts geht es dann insbesondere um die Wahrnehmung dessen, was es (noch)

97 Richtungsweisend zum Umgang mit Paradoxien im Sinne ihrer Entfaltung vor allem *Niklas Luhmann*, Die Paradoxie des Entscheidens, *Verwaltungs-Archiv* 84 (1993), 287–310, 294 f.: „Entfaltung einer Paradoxie ist nichts anderes als die Verlagerung des blinden Flecks des Beobachters an eine andere, weniger störende Stelle. [...] Es werden, wider besseres Wissen, wieder stabile Identitäten eingeführt, die sich besser halten lassen. [...] Aber Identitäten kann man nur mit Hilfe von Unterscheidungen bezeichnen, und auch diese Unterscheidungen sind paradoxieträchtig. Das muß man bei jeder Entfaltung einer Ausgangsparadoxie in Kauf nehmen. Der Gewinn kann also nie in einer paradoxiefrei gesicherten Weltkonstruktion liegen, wohl aber in Organisationsvorteilen der Kognition; oder auch in größerer historischer Plausibilität des Wissens in Situationen, in denen alte Unterscheidungen verbraucht sind und allzu leicht ‚hinterfragt‘ werden können.“

98 *Antoine de Saint-Exupéry*, *Nachtflug*, 1955, 124.

99 Siehe etwa *Bruno Latour*, *Wir sind nie modern gewesen. Versuch einer symmetrischen Anthropologie*, 2008, 82 f.; Gruber, (Fn. 29), 346 f.

100 Vgl. *Latour*, (Fn. 99), 80 ff.; *Badiou*, (Fn. 37), 35.

101 Zur entsprechenden Entfremdung von Sozialkonflikten zu Entscheidungszwecken siehe *Gunther Teubner/Peer Zumbansen*, *Rechtsentfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21 (2000), 189–215, 190 ff.

The methodology thus characterized of an experimental unfolding of new distinctions and concepts no longer dreams the old legal dream of clearly solvable cases and final legal decisions. This jurist’s reverie was never realistic anyway, because – in other words – “in life there are no solutions. There are only motive forces, and our task is to set them acting – then the solutions follow.”⁹⁸ What is required, therefore, is a corresponding “Rechts-Bewegungs-Kunst,” which is attuned to the continual discovery and development of law, and which, by means of a permanent experimental methodology, not only makes insoluble conflict situations decidable for the law, but also seeks just decisions.

Such a legal movement is to be understood not least in its aim to overcome, after the crisis of modernity, now also the resigned attitude, as is generally attributed to postmodernity.⁹⁹ When the unifying reports and grand narratives are at an end, in short, it must be about putting an end to the end.¹⁰⁰ It is a matter of developing a new sense of the reality of things, a method of perception accompanied by thinking, which does not shy away from daring decisions and experiments with new concepts. With it, a process of searching is to be set in motion and kept going on an ongoing basis, which – by all means with a claim to truth and justice – is directed not only towards making decisions possible by reformulating conflicts in legal language¹⁰¹ but also towards making the invisible visible.

2. Perception/awareness: sense of reality and openness to the future

From the perspective of the law, it is then particularly a matter of perceiving what it cannot (yet)

98 *Antoine de Saint-Exupéry*, *Night Flight* (1932), 75.

99 See, for example, *Bruno Latour*, *Wir sind nie modern gewesen. Versuch einer symmetrischen Anthropologie* (2008), 82 et seq.; *Gruber*, (fn. 29), 346 et seq.

100 Cf. *Latour*, (fn. 99), 80 ff.; *Badiou*, (fn. 37), 35.

101 On the corresponding alienation of social conflicts for decision-making purposes, see *Gunther Teubner/Peer Zumbansen*, *Rechtsentfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21 (2000), 189–215, 190 et seq.

nicht wahrnehmen kann, und schließlich darum, dies auch zur Sprache zu bringen. Das verlangt zunächst das genannte Bewusstsein der eigenen Begrenztheit, mithin Überwindung von übersteigter Dogmatikgläubigkeit, ferner die Bereitschaft, sich von alten, mitunter einseitigen, etwa individualistischen, ökonomistischen oder auch szientistischen Sprachgewohnheiten zu distanzieren, um die Dinge anders zu sehen, es auch einmal anders machen zu können.

Das Recht schafft auf diese gleichsam immunologische Weise eine Möglichkeit, „eine offene Zukunft in die Gesellschaft hineinzunehmen und zu binden“.¹⁰² So vermag es etwa mit der Fiktion der „zukünftigen Generationen“ die Grenzen auch seiner eigenen Begrifflichkeiten zu überschreiten, um neue Konfliktlösungsmöglichkeiten herauszubilden oder jedenfalls therapeutisch mit den Rationalitätenkollisionen der gegenwärtigen Gesellschaft umgehen zu können.¹⁰³ Die Immunantworten des Rechts dienen demnach allesamt dem Ziel, die Zukunft offen zu gestalten und die für das erträgliche Zusammenleben in Menschengesellschaft notwendigen Möglichkeits- und Entfaltungsräume zu schaffen.¹⁰⁴ Damit kommt das Recht der von Derrida benannten unendlichen Gerechtigkeitsforderung nach, sich in „Verantwortung gegenüber dem Gedächtnis“ seiner Grenzen – der Grenzen seiner Begriffe, Werte, Normen und Vorschriften – zu erinnern.¹⁰⁵

An dieser Stelle nimmt eine kommende, zukünftige Gerechtigkeit des Rechts ihren Ausgang. Rechtsgerechtigkeit verlangt insoweit zunächst einen Sinn für historische Verantwortung, der Geschichte nicht etwa als gegeben, sondern als aufgegeben erkennt.¹⁰⁶ Sie bedeutet auch Verantwortung für Zukunft. Solche Verantwortung vermag ein zukünftiges Recht zu tragen, welches – allen Begriffs- und Wahrnehmungsgrenzen zum Trotz – beständig nach einer Art empathischer Resonanz gegenüber anderen gesellschaftlichen Rationalitäten sucht, um dem Anderen nach Möglichkeit gerecht zu werden.¹⁰⁷ Solches Recht versucht, aus seiner – freilich begrenzten – phänomenalen Binnenperspektive eine empathische Normierungspraxis herauszubilden, die sich auf erlebte Einzelfälle, Schicksale und Erfahrungen in je eigenen Erzählungen einlässt, sich dabei in fremde Erfahrungswelten einzufühlen sucht, um schlussendlich vielleicht eine vorläufige Gerechtigkeit im Hier und Jetzt zu finden. Die Suche richtet sich dabei auf die Ermöglichung von Neuem, auf soziale Entfaltungsmöglichkeiten und individuelle Spielräume etwa, oder

sense and, finally, of bringing this up. That requires first of all the above-mentioned awareness of one's own limitations, consequently overcoming excessive faith in doctrine, furthermore the readiness to distance oneself from old, sometimes one-sided, for instance individualistic, economic or also scientific linguistic habits, in order to see things differently, to be able to do things differently for once.

In this, as it were, immunological way, the law creates a possibility of “taking an open future into society and binding it.”¹⁰² Thus, it is able, with the fiction of “future generations” for example, to transcend the boundaries of its own conceptualizations in order to develop new possibilities for conflict resolution or, at any rate, to be able to deal therapeutically with the collisions of rationality in contemporary society.¹⁰³ The immune responses of the law thus all serve the goal of shaping the future openly and creating the spaces of opportunity and development necessary for tolerable coexistence in human society.¹⁰⁴ In this way, the law meets the infinite demand for justice named by Derrida, to remember its limits – the limits of its concepts, values, norms, and regulations – in “responsibility towards memory.”¹⁰⁵

It is at this point that a coming, future justice of the law makes its departure. Legal justice first requires insofar a sense of historical responsibility that recognizes history not as given, but as abandoned.¹⁰⁶ It also means responsibility for the future. Such responsibility can be borne by a future law which – despite all conceptual and perceptual limits – constantly seeks a kind of empathic resonance towards other social rationalities in order to do justice to the Other as far as possible.¹⁰⁷ Such law attempts to form an empathic normative practice from its – admittedly limited – phenomenologically internal perspective, which engages with experienced individual cases, fates, and experiences in their own narratives, thereby seeking to empathize with other people's worlds of experience, in order ultimately perhaps to find a provisional justice in the here and now. The search is directed towards making possible new things, towards social development opportunities and individual leeway, for example, or, to put it another way: towards open futures, supported by the legal awareness that things could always be different. Last but not least, this

102 *Luhmann*, (Fn. 61), *Recht der Gesellschaft*, 565.

103 Zu diesem Beispiel einer Zukunftsorientierung im Recht siehe *Gruber*, (Fn. 29), 294 ff.

104 Vgl. hierzu *Gruber*, (Fn. 29), 294 ff.

105 Vgl. *Derrida*, (Fn. 85), 40.

106 Vgl. *Blecher*, (Fn. 88), 40 ff.

107 Für eine solche Empathie des Rechts siehe *Gruber*, (Fn. 29), 77 ff.

102 *Luhmann*, (fn. 61), *Recht der Gesellschaft*, 565.

103 On this example of a future orientation in law, see *Gruber*, (fn. 29), 294 et seq.

104 Cf. *Gruber*, (fn. 29), 294 et seq.

105 Cf. *Derrida*, (fn. 85), 40.

106 Cf. *Blecher*, (fn. 88), 40 et seq.

107 For this empathy of law see *Gruber*, (fn. 29), 77 et seq.

anders ausgedrückt: auf offene Zukünfte, gestützt auf das Rechtsbewusstsein, dass es immer auch anders sein könnte. Nicht zuletzt folgt die Suchbewegung der juridischen, zunächst in Fiktionen aufscheinenden Sehnsucht nach etwas, das dem Recht fehlt, ohne dass Juristen es bisher vermisst hätten.¹⁰⁸

In dieser Sehnsuchtssuche nach einer fiktionalen, „virtuellen“ Realität, von der aus man die wirkliche, „reale“ Realität beobachten,¹⁰⁹ ja vielleicht das wünschenswert Mögliche als (auch rechtspolitisch) Gesolltes antizipieren kann, liegt letztlich die Verbindung von rechtlicher und literarischer Fiktionalität begründet. Hierin besteht die tiefe Gemeinsamkeit von Recht und Literatur, die für das Verhältnis von *Law & Humanities* prägend ist, und darin wiederum finden sich Aussichten auf zukunftsorientierte Innovationen jenseits schlichter Fortschrittsideologien – auf neue Perspektiven zumal, wie sie auf den Feldern von *Law, Science & Technology* in den Blick kommen.

3. Politisierung/Poietisierung: Kampf ums Recht der Zukunft

Diese Gebiete bieten die heute dringend benötigten Wissens-, Wahrnehmungs- und Erfahrungsräume, um die gesuchte rechtseigene Materialisierung des Rechts zeitgemäß voranzutreiben zu einer zukunftsorientierten Rechtsform der „Politisierung“, die eine „Politik des Vorgriffs“ ermöglicht – als eine „Politik der Fiktion (oder der Imagination)“,¹¹⁰ deren schöpferisch-kreatives Momentum den weiteren Namen „Poietisierung“¹¹¹ einbringen könnte. Politisierung und Poietisierung des Rechts vermögen die Sehnsucht nach seinem Anderen zu erfüllen, indem sie die Stimmen derer hörbar machen, die im Recht bislang kein Gehör finden. Sie versetzen Juristen heute in die Lage, empathisch für Menschen einzutreten, denen noch kein adäquater Rechtsschutz gewährt wird. Und mehr noch, sie ermöglichen auch die rechtliche Einbeziehung derer, die keine eigene Stimme haben, deren Interessen bislang nicht wahrnehmbar sind, die in den gegenwärtigen Repräsentations- und Verfahrensstrukturen unberücksichtigt bleiben, die auch nicht selbst um Anerkennung kämpfen können.¹¹²

Dieser Kampf ist auf Fürsprecher¹¹³ angewiesen, die für menschliche und nichtmenschliche Lebe-

searching movement follows the juridical longing, initially appearing in fictions, for something that the law lacks, without jurists having missed it so far.¹⁰⁸

The connection between legal and literary fictionality ultimately lies in this longing quest for a fictional, “virtual” reality from which one can observe the real, “actual” reality,¹⁰⁹ and perhaps even anticipate what is desirably possible (including in terms of legal policy). This is the profound similarity between law and literature, which is characteristic of the relationship between *law & humanities*, and in this, in turn, there are prospects for future-oriented innovations beyond simple ideologies of progress – especially for new perspectives, as they come into view in the fields of *law, science & technology*.

3. Politicization/poietization: the fight for the law of the future

These areas offer the now urgently needed spaces of knowledge, perception and experience, in order to advance the sought-after legal materialization of law in a timely manner towards a future-oriented legal form of “politicization,” which enables a “politics of anticipation” – as a “politics of fiction (or imagination),”¹¹⁰ whose creative momentum could earn it the further name of “poietization.”¹¹¹ Politicization and poietization of the law are able to fulfill the longing for its Other by making the voices of those audible who, in the law, have not yet had their hearing. Today, they enable lawyers to empathically advocate for people who are not yet afforded adequate legal protection. And what is more, they also enable the legal inclusion of those who do not have a voice of their own, whose interests have not been perceived so far, who are not considered in the current representation and procedural structures, who are also unable to fight for recognition themselves.¹¹²

This struggle depends on advocates¹¹³ who stand up for human and non-human living beings, for

108 Vgl. Gruber, (Fn. 29), 88 f.

109 Vgl. hierzu Luhmann, *Literatur als fiktionale Realität*, in: *Schriften zu Kunst und Literatur*, hg. von Niels Werber, 2008, 276–291, 280 f.

110 Siehe Menke, (Fn. 28), 30.

111 Zu einer entsprechenden Einordnung als „poietisches Unsystem“ vgl. Wiethölter, (Fn. 16), 106 ff.; siehe auch die weitere Charakterisierung dieses Methodenprogramms bei Blecher, (Fn. 88), 41.

112 Vgl. Gruber, (Fn. 49), 67 ff.

113 Ein zentrales Motiv hierfür findet sich bei Franz Kafka, Fürsprecher (1936), in: *Die Erzählungen* (hg. von R. Hermes), 10. Aufl. 2008, 389–391; vgl. hierzu Rüdiger Campe, *Synegoria und Advokatur*. Entwurf zu einer kritischen Geschichte der Fürsprache, in: *Empathie und Erzählung*, hg.

108 Cf. Gruber, (fn. 29), 88 et seq.

109 Cf. on this Luhmann, *Literatur als fiktionale Realität*, in: Werber (eds.), *Schriften zu Kunst und Literatur*, (2008), 276–291, 280 et seq.

110 See Menke, (fn. 28), 30.

111 For a corresponding classification as “poietic unsystem” cf. Wiethölter, (fn. 16), 106 et seq.; see also the further characterization of this methodological program in Blecher, (fn. 88), 41.

112 Cf. Gruber, (fn. 49), 67 et seq.

113 A central motif for this can be found in Franz Kafka, *Fürsprecher* (1936), in: Hermes (eds.), *Die Erzählungen* (2008), 389–391; cf. on this Rüdiger Campe, *Synegoria und Advokatur*. Entwurf zu einer kritischen Geschichte der Fürsprache, in: Breger/Breithaupt (eds.), *Empathie und Erzählung*

wesen, für gegenwärtige und zukünftige Generationen eintreten und insoweit gleichsam als Anwälte künftigen Rechts wirken. Es ist das advokatorische Motiv einer infolge von Verletzungen, Demütigungen, ja, schreiendem Unrecht¹¹⁴ empfundenen Sorgezuständigkeit, die Juristen zu Fürsprechern werdenden Rechts, in diesem Sinne zu denkenden Vorkämpfern macht und sie innerhalb ihrer Disziplin dazu befähigt, den fortwährenden Kampfs ums Recht für die Zukunft weiterzuführen. Dieser Kampf ist für eine aufgeklärte, (selbst-)kritische Jurisprudenz im Recht selbst zu führen.¹¹⁵ Mit den Mitteln des Rechts um Rechtsmittel zu streiten, um Rechtsdurchsetzung und Rechtsschutz, um Rechte auf Rechte von Entrechteten, um Berechtigungen von Noch-nicht-Berechtigten, um Anforderungen von Gerechtigkeit, um kommende Rechtsgerechtigkeit zumal – dies alles gehört zu den innersten Angelegenheiten des Rechts. Der Kampf ums Recht ist Sache des Rechts, und er wird es auch in Zukunft bleiben.

V. RECHT DER ZUKUNFT

Damit kann eine Antwort auf die Frage gegeben werden, welchen Platz die Rechtswissenschaften und ihre Fakultäten in der Universität einnehmen, als einer gesellschaftlichen Institution, die der „Erschaffung von Zukunft“¹¹⁶ zu dienen bestimmt ist: Rechtswissenschaftliches Arbeiten hat sich hier über die bloße Verwaltung von vermeintlich vorhandenen Wissensbeständen und Anwendung traditioneller Methoden hinaus an der Entdeckung und Erprobung neuer Denkweisen zu beteiligen. Es hat an der wissenschaftlichen Aufgabe mitzuwirken, sicher geglaubte Gemeinplätze und Doktrinen kritisch zu hinterfragen und von konventionellen Denkmustern zu befreien. Und es hat konstruktiv dazu beizutragen, Neues zu finden und Perspektiven auf Zukunft freizugeben.

1. Law & Humanities: Erschaffung von Zukunft

Auch Juristen sollten demnach versuchen, sich kreativ denkend einen entsprechenden „Sinn für Entdeckungen“ zu bewahren und zu vermeiden, „ein

von C. Breger/F. Breithaupt, 2010, 53–84; ders., Kafkas Fürsprache, in: Kafkas Institutionen, hg. von A. Höcker/O. Simons, 2007, 189–212; zur entsprechenden empathischen Fähigkeit der Parteinahme in sozialen Beziehungen insbesondere *Fritz Breithaupt*, Kulturen der Empathie, 2009, 152.

114 Zur normengenerierenden Potenz solchen Unrechts – als „Unrecht auf jeden Fall“ – siehe *Niklas Luhmann*, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, in: Die Moral der Gesellschaft, hg. von D. Horster, 2008, 228–252, 249 ff.

115 Siehe *Fischer-Lescano*, (Fn. 12), 215 f.: „Wahre Rechtskritik nimmt vielmehr den Kampf ums Recht im Recht an und sucht die irreduzible Kluft zwischen Gerechtigkeit und dem Recht gerade nicht dadurch zu verringern, dass das Recht ausradiert wird, sondern dadurch, dass das Recht den Anforderungen der Gerechtigkeit ausgesetzt wird.“

116 Siehe *Alfred North Whitehead*, Denkweisen, 2001, 199.

present and future generations, and in this respect act, as it were, as advocates of future law. It is the advocatory motive of a responsibility to care, felt as a result of injuries, humiliations, yes, crying injustice,¹¹⁴ which makes lawyers advocates of the coming law, in this sense thinking pioneers, and enables them within their discipline to continue the ongoing struggle for the law for the future. This battle is to be waged for an enlightened, (self-)critical jurisprudence in the law itself.¹¹⁵ To argue with the means of the law about legal remedies, about enforcement and protection of rights, about rights to rights of the disenfranchised, about entitlements of those not yet entitled, about demands of justice, about coming legal justice in particular – all this belongs to the innermost matters of law. The fight for justice is a matter for the law, and it will remain so in the future.

V. LAW OF THE FUTURE

This can provide an answer to the question of the place of law and its faculties in the university, as a social institution destined to serve the “creation of the future”¹¹⁶: Here, jurisprudential work must go beyond the mere administration of supposedly existing bodies of knowledge and the application of traditional methods to participate in the discovery and testing of new ways of thinking. It has to participate in the scholarly task of critically questioning commonplaces and doctrines that are believed to be safe and to free them from conventional patterns of thought. And it has to contribute constructively to finding new things and opening up perspectives for the future.

1. Law & humanities: creating the future

Accordingly, jurists should also try to preserve a corresponding “sense of discovery” by thinking creatively and avoiding to lead “a life conforming to the

(2010), 53–84; *Campe*, Kafkas Fürsprache, in: Höcker/Simons (eds.), Kafkas Institutionen (2007), 189–212; on the corresponding empathic capacity for partisanship in social relations, especially *Fritz Breithaupt*, Kulturen der Empathie (2009), 152.

114 On the norm-generating potency of such injustice – as “injustice in any case” – see *Niklas Luhmann*, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, in: Horster (ed.), Die Moral der Gesellschaft (2008), 228–252, 249 et seq.

115 See *Fischer-Lescano*, (fn. 12), 215 et seq.: “True legal criticism, rather, takes on the struggle for justice in law and seeks to narrow the irreducible gap between justice and the law precisely not by erasing the law but by exposing the law to the demands of justice.”

116 See *Alfred North Whitehead*, Denkweisen (2001), 199.

Leben konform mit dem Durchschnittlichen der Vergangenheit“ zu führen.¹¹⁷ Sie sollten – dem philosophischen Ethos der modernen Aufklärung¹¹⁸ folgend – eine kritisch-konstruktive Haltung einnehmen. In diesem Sinne eröffnet schließlich auch die Geschichte „eine neue Art Fortschritt“, der sich durch die „Einführung neuartiger Muster in die begriffliche Erfahrung“ auszeichnet.¹¹⁹ Darauf bezieht sich nicht zuletzt die besondere rechtsphilosophische Aufgabe, „auf die Vielfalt möglicher Erzählungen, möglicher Lektüren, möglicher Interpretationen, ja auf die Vielfalt möglicher Formen des Rechts selbst hinzuweisen“.¹²⁰

Mit dem Anspruch, dieser irreduziblen Vielfalt gerecht zu werden, begibt sich die juristische Grundlagenforschung in die Nähe zur Kunst und Literatur¹²¹ und im weiteren Sinne in den Bereich von *Law & Humanities*. Hier vermag sie sich von ihrer gewöhnlichen Fixierung auf normzentrierte Theoriediskurse zu lösen und weitere rechtsästhetische Perspektiven auf Medien und Denkstile unterschiedlicher Rechtskulturen freizugeben.¹²² Rechtsästhetik füllt in diesem Sinne eine Lücke in der Rechtserkenntnis, die eine der vernunftaufklärerischen Tradition verpflichtete „rationale“ Rechtstheorie offenlässt. Sie stellt die Frage nach der Wahrheit des Rechts nicht mehr, ohne die Frage der Wahrnehmung und das für solche Erkenntnis notwendige ästhetische Vermögen einzubeziehen. Damit vermag sie nicht zuletzt ein „Verständnis andersartiger Rationalitäten“¹²³ zu entwickeln.

past average.”¹¹⁷ They should – following the philosophical ethos of the modern Enlightenment¹¹⁸ – adopt a critical-constructive attitude. Finally, in this sense, history also opens up “a new kind of progress” characterized by the “introduction of novel patterns into conceptual experience.”¹¹⁹ This refers not least to the special task of philosophy of law, “to point to the multiplicity of possible narratives, possible readings, possible interpretations, indeed to the multiplicity of possible forms of law itself.”¹²⁰

With the claim to do justice to this irreducible diversity, foundational legal research moves into the vicinity of art and literature¹²¹ and, in a broader sense, into the realm of *law & humanities*. Here it is able to break away from its usual fixation on norm-centered theoretical discourses and to open up further legal-aesthetic perspectives on the media and styles of thought of different legal cultures.¹²² In this sense, legal aesthetics fills a gap in legal knowledge left open by a “rational” theory of law committed to the tradition of Enlightenment rationality. It no longer poses the question of the truth of the law without including the question of perception and the aesthetic faculty necessary for such knowledge. In this way, it is able not least to develop an “understanding of different rationalities.”¹²³

117 Ebd., 102.

118 Zur entsprechenden Anknüpfung an die Aufklärung im Sinne einer „ständige[n] Reaktivierung einer Haltung – das heißt eines philosophischen Ethos, das als permanente Kritik unseres historischen Seins beschrieben werden könnte“: *Michel Foucault*, Was ist Aufklärung?, in: *Ethos der Moderne: Foucaults Kritik der Aufklärung*, hg. von E. Erdmann/R. Forst/A. Honneth, Frankfurt/New York 1990, 35–54, 45 ff.; siehe bereits oben, (Fn. 43).

119 Vgl. Whitehead, (Fn. 116), 97.

120 Siehe *Ino Augsberg*, „Das moralische Gefühl in mir“ – Zu Kants Konzeption menschlicher Freiheit und Würde als Auto-Heteronomie, *JZ* 68 (2013), 533–539, 539.

121 Aufschlussreich zum Verhältnis Recht/Literatur vor allem *Rudolf Wiethölter*, „L’essentiel est invisible pour les yeux“, Rede vom 2.12.2012, in: *Politische Rechtstheorie Revisited. Rudolf Wiethölter zum 100. Semester*, hg. von C. Joerges/P. Zumbansen, ZERP-Diskussionspapier 1/2013, 183–192, 189: „[...] und wir wollen nicht verhandeln über Literatur im Recht und wir wollen auch nicht über Recht in Literatur verhandeln, sondern wir wollen über den Schrägstrich verhandeln, d.h. wir verhandeln im Kern darüber, jetzt unter Literaturgesichtspunkten, was das ist: Recht als Recht durch Recht mit Recht gegen Recht kraft Rechts. Denn das ist ja das Numinose, und jedes Numinose hat ein Faszinosum und auch ein Tremendum, so sagen jedenfalls die Theologen. Das klingt, wenn Sie wollen, archaisch, nach Träumereien. Diese Art von Recht ist eben nicht Recht als solches. Es ist auch nicht die Ökonomisierung oder ähnliches. Es ist die Frage, was das sein könnte. Also darüber verhandeln wir jetzt, ob vielleicht Literatur hilfreich sein kann. Das Recht können wir nicht an eine archimedische Stelle anhängen, und das Recht kann eigentlich auch nicht immanent begründet sein. Was wir suchen [...], sind sozusagen die Bedingungen von Möglichkeiten immanenter Transzendenz.“

122 Vgl. hierzu *Helge Dedek*, Die Schönheit der Vernunft – (Ir-)Rationalität von Rechtswissenschaft in Mittelalter und Moderne, *Rechtswissenschaft (RW)* 1 (2010), 58–85, 68 ff., mit weiterem Hinweis auf die Bezeichnung und Ausgrenzung dieser rechtsästhetischen Perspektiven als Betrachtungen einer vermeintlich unjuristischen „apocryphal jurisprudence“. Siehe dazu insbesondere *Desmond Manderson*, *Apocryphal Jurisprudence*, *Australian Journal of Legal Philosophy* 26 (2001), 27–59, 31 ff.

123 *Dedek*, (Fn. 122), 82.

117 Ibid, 102.

118 For the corresponding link to the Enlightenment in the sense of a “constant reactivation of an attitude – that is, of a philosophical ethos that could be described as a permanent critique of our historical being”: *Michel Foucault*, Was ist Aufklärung?, in: Erdmann et al. (eds.), *Ethos der Moderne: Foucaults Kritik der Aufklärung* (1990), 35–54, 45 et seq.; see already above, (fn. 43).

119 Cf. Whitehead, (fn. 116), 97.

120 See *Ino Augsberg*, “Das moralische Gefühl in mir” – Zu Kants Konzeption menschlicher Freiheit und Würde als Auto-Heteronomie, *JZ* 68 (2013), 533–539, 539.

121 Insightful on the relationship law/literature especially *Rudolf Wiethölter*, “L’essentiel est invisible pour les yeux,” speech from 2 December 2012, in: *Joerges/Zumbansen* (eds.), *Politische Rechtstheorie Revisited. Rudolf Wiethölter zum 100. Semester*, ZERP-Diskussionspapier 1 (2013), 183–192, 189: “[...] and we do not want to negotiate literature in law and we do not want to negotiate law in literature, but we want to negotiate the slash, that is, we are negotiating in essence, now from a literature point of view, what that is: law as law by law with law against law by virtue of law. For this is the numinous, and every numinous has a fascinosum and also a tremendum, at least so the theologians say. That sounds archaic, if you will, like reverie. This kind of law is not law as such. It is not economization or anything like that either. It is a question of what that might be. So that’s what we’re negotiating now, whether maybe literature can be helpful. We cannot attach the law to an Archimedean position, and the law cannot in fact be immanently grounded. What we are looking for [...] are, so to speak, the conditions of possibilities of immanent transcendence.”

122 Cf. on this *Helge Dedek*, Die Schönheit der Vernunft – (Ir-)Rationalität von Rechtswissenschaft in Mittelalter und Moderne, *Rechtswissenschaft (RW)* 1 (2010), 58–85, 68 et seq., with further reference to the designation and exclusion of these legal-aesthetic perspectives as reflections of a supposedly unjuristic “apocryphal jurisprudence.” See especially *Desmond Manderson*, *Apocryphal Jurisprudence*, *Australian Journal of Legal Philosophy* 26 (2001), 27–59, 31 et seq.

123 *Dedek*, (fn. 122), 82.

Charakteristisch für diese Denkbewegung ist ihre schöpferische Öffnung für „Zukünftigkeit“ – der kreativen literarischen, poetischen Fähigkeit, „durch die fantasievolle Beschäftigung mit der Vergangenheit komplexe politische und ethische Probleme zu behandeln, die für die menschliche Zukunft ausschlaggebend sind“.¹²⁴ Als heuristisches Instrument vermag „Zukünftigkeit“ den Blick freizugeben über den „Abgrund der Moderne“ hinaus, mit all seinen modernistischen Katastrophen, Weltkriegen, Völkermorden, Massenfolterungen, Zwangsdeportationen und Umweltzerstörungen globalen Ausmaßes. Selbst aus den zahlreichen jüngeren und jüngsten Erfahrungen eines welteinheitlich empfundenen Unrechts, die uns jetzt geradezu sinnbildlich zugespitzt als krisenhafte Symptome einer weltumspannenden Epidemie erscheinen, sieht eine solche hermeneutische Perspektive noch eine neue „Welt voller Möglichkeiten“, die sich im schöpferischen Umgang mit Vergangenheit und Zukunft gleichermaßen finden wird.¹²⁵

Nach dem „Ende des verheißungsvollen Aufbruchs der Menschheit“¹²⁶, mit dem die Moderne einst ihren Ausgang nahm, und mit dem vermeintlichen „Ende des Menschen“¹²⁷ selbst bedarf es neuer, nicht-resignativer Denkmuster, die eben mit diesem Ende wiederum ein Ende machen. Und dies kann gelingen durch „Wiederaufnahme von Materialisierungsbestimmungen und ihrer Form-Bestimmbarkeiten“¹²⁸, wie Wiethölter die jetzt notwendige Suche „nach dem Unbekannten in der Realität des Rechts“¹²⁹ beschreibt:

„Sie hat nicht ein anderes Recht, auch nicht ein Anderes als Recht, sondern das Andere (ein mögliches Andere) des Rechts vor Augen, seine einlösbaren Ermöglichungs- eher mehr noch als seine uneingelösten Verheißungsüberschüsse. Alles Mögliche ist möglich.“¹³⁰

Das Mögliche zu ermöglichen, ist keine unmögliche Aufgabe. Das Recht mag als „ungelöstes Rätsel des unerledigten Projekts der Moderne“¹³¹ vielleicht unlösbar bleiben, aber es bedarf ja auch keiner Lösung. Es braucht „Kräfte in Bewegung“¹³²,

Characteristic of this direction of thought is its creative openness to “futuraity” – the creative literary, poetic ability “to address, through imaginative engagement with the past, complex political and ethical problems crucial to the human future.”¹²⁴ As a heuristic instrument, “futuraity” is able to open the view beyond the “abyss of modernity,” with all its modernist catastrophes, world wars, genocides, mass tortures, forced deportations, and environmental destruction on a global scale. Even from the numerous recent and most recent experiences of world-unifying injustice, currently appearing to us almost allegorically exaggerated as the crisis-like symptoms of a worldwide epidemic, such a hermeneutic perspective still sees a new “world full of possibilities,” which will be found in the creative dealing with past and future alike.¹²⁵

When at the “end of the promising awakening of mankind,”¹²⁶ once the departure point for modernity, and even with the supposed “last man,”¹²⁷ there is a need for new, non-resigned patterns of thought which in turn put an end to this very end. And this can succeed by “resuming materialization determinations and their form determinabilities,”¹²⁸ as Wiethölter describes the now necessary search “for the unknown in the reality of law”¹²⁹:

“It has its eyes on not another law, nor an other than law, but the other (a possible other) of law, its redeemable surpluses of possibility rather than its unredeemed surpluses of promise. All that is possible is possible.”¹³⁰

Making the possible possible is not an impossible task. The law may remain unsolvable as an “unsolved riddle of the unfinished project of modernity,”¹³¹ but it indeed needs no solution. It needs “forces in motion,”¹³² which is crucial for the future. In

124 Siehe *Amir Eshel*, *Zukünftigkeit. Die zeitgenössische Literatur und die Vergangenheit*, 2012, 16.

125 Vgl. ebd., 38 f. und 295 f.

126 Ebd., 11; siehe auch ebd., 32: „Tatsächlich ist die einzige Zukunft, die uns zu fehlen scheint, diejenige, die von den grossen sozialen Utopien des 19. und 20. Jahrhunderts imaginiert wurde.“

127 Vgl. etwa *Francis Fukuyama*, *Das Ende des Menschen*, 2. Aufl. 2002.

128 Vgl. *Wiethölter*, (Fn. 16), 106.

129 So die entsprechende Charakterisierung von Wiethölter’s „Recht-Fertigung“ als Prozeduralisierungsform bei *Teubner*, (Fn. 65), 180.

130 *Wiethölter*, (Fn. 16), 106 f.

131 *Wiethölter*, (Fn. 16), 105; in prägnanter Zuspitzung ders., (Fn. 46), 60: „Das Rechtsparadoxon in nuce: Recht setzt voraus, was es zu bewirken hat, jenes eingeschlossene, ausgeschlossene Dritte, das zugleich für Auszehrungen wie Regenerierbarkeit seiner eigenen Möglichkeitsbedingungen sorgt, also für Unverfügbarkeiten der ‚Recht-Fertigungen‘ wie für ihre Verfügungen.“

132 Siehe oben, (Fn. 98).

124 See *Amir Eshel*, *Zukünftigkeit. Die zeitgenössische Literatur und die Vergangenheit* (2012), 16.

125 Cf. *ibid.*, 38 et seq. and 295 et seq.

126 *Ibid.* 11; see also *ibid.*, 32: “In fact, the only future we seem to be missing is the one imagined by the great social utopias of the 19th and 20th centuries.”

127 Cf. for example, *Francis Fukuyama*, *The End of History and the Last Man* (2002).

128 Cf. *Wiethölter*, (fn. 16), 106.

129 Thus the corresponding characterization of Wiethölter’s “Recht-Fertigung” as a form of proceduralization in *Teubner*, (fn. 65), 180.

130 *Wiethölter*, (fn. 16), 106 et seq.

131 *Wiethölter*, (fn. 16), 105; concisely exaggerated *Wiethölter*, (fn. 46), 60: “The paradox of the law in nuce: law presupposes what it must affect, that enclosed, excluded third party, which at the same time provides for depletions as well as regenerability of its own conditions of possibility, that is, for unavailabilities of ‘just-ifications’ [‘Recht-Fertigungen’] as well as for their dispositions.”

132 See above, (fn. 98).

die zu schaffen zukunftsentscheidend ist. Zudem braucht es die poetische Fähigkeit, „die bisher unbemerkten Beziehungen der Dinge“¹³³ zu erkennen. Und nicht zuletzt bedarf es der menschlichen Bereitschaft, das eigene Denken nach diesem neuen Verständnis auszurichten, sich „sprechend und handelnd [...] in die Welt der Menschen“¹³⁴ einzuschalten und – das „unendlich Unwahrscheinliche“¹³⁵ zu tun.¹³⁶ Hier vermag sich das Recht einzufügen und gestaltend mitzuwirken an der nie endenden humanen Aufgabe einer „Neuschöpfung der Welt“¹³⁷, einer Welt mit Zukunft.

Jetzt gilt es, nicht vor der „Aussichtslosigkeit der Rätsellösung“ zu resignieren, sondern sich dieser „Unlösbarkeitserfahrung“ gerade auszusetzen.¹³⁸ „Weitermachen trotz (oder gar wegen) der Unlösbarkeit“, weiter „im Recht argumentieren, entscheiden und sich der Verantwortung stellen“,¹³⁹ nicht also vor dem vermeintlich Unmöglichen kapitulieren, sondern hier und jetzt für die Zukunft handeln, immer und immer wieder für das kommende Leben eintreten – das wäre jedenfalls zu versuchen. Es wäre der ersehnte Aufbruch des Denkens, der schon in den nächsten Schritten auf neue Wege und Verbindungen entfernter Ideen führen könnte. Nach dieser kunstvollen, gewitzten Art¹⁴⁰ wäre künftig zu denken und zu leben¹⁴¹: die phantasievolle Vorstellung einer anderen Zukunft im Sinn, die „erforderliche Variation des Rechts“¹⁴² vor Augen, die unendliche „Möglichkeit der Gerechtigkeit“¹⁴³ im Herzen.

In dieser juristischen Suche nach neuen Wegen der „Rechts-Pflege“ und „Rechts-Gewinnung“, die „eher Möglichkeits-Findung als Wirklichkeits-Suche, eher Wahr-Nehmung als Wahr-Sagung“ ist,¹⁴⁴ findet das Recht seine literarisch-künstlerische

addition, it needs the poetic ability to recognize “the hitherto unnoticed relationships of things.”¹³³ And last but not least it requires the human readiness to orientate one’s own thinking according to this new understanding, to intervene “speaking and acting [...] in the world of men”¹³⁴ and – to do the “infinitely improbable.”^{135 136} Here the law is able to insert itself and to participate in the never-ending human task of a “new creation of the world,”¹³⁷ a world with a future.

Now it is important not to resign oneself to the “hopelessness of solving the puzzle,” but rather to expose oneself to this “experience of unsolvability.”¹³⁸ “To carry on in spite of (or even precisely because of) the insolubility”, to continue to “argue, to decide, and to face up to responsibility within the law,”¹³⁹ not, therefore, to capitulate to the supposedly impossible, but to act here and now for the future, to stand up again and again for the life to come – that, at any rate, would be to try. It would be the longed-for awakening of thinking, which could already lead to new paths and connections of distant ideas in the next steps. Following this artful, witty way¹⁴⁰ would be to think and live in the future¹⁴¹: the imaginative conception of a different future in mind, the “necessary variation of the law”¹⁴² before one’s eyes, the infinite “possibility of justice”¹⁴³ in one’s heart.

In this juridical search for new ways of “cultivating law” and “gaining law,” which is “rather possibility-finding than reality-searching, rather perception than truth-telling,”¹⁴⁴ the law finds its literary-artistic equivalent as a “poetic movement

133 *Hannah Arendt*, *Vom Leben des Geistes*, Band 1: Das Denken, 1989, 107.

134 *Hannah Arendt*, *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, 1981, 165 f.

135 *Ebd.*, 167.

136 Zum entsprechenden Verständnis von Hannah Arendts Konzept der „Einschaltung“ oder „Einfügung“ des Menschen siehe vor allem *Eshel*, (Fn. 124), 32 ff., insbesondere 36 f.: „Arendt schreibt die jüdisch-christliche messianische Tradition um, indem sie ‚Geburt‘ nicht als vergangene oder zukünftige Ankunft eines Messias, sondern als die Tatsache definiert, dass jeder einzelne Mensch die Wirklichkeit, die er betritt, die Umstände, mit denen er konfrontiert ist, neu gestaltet. Durch das Leben in einer von Pluralismus definierten Welt ist jeder Mensch von Geburt an Teil eines Netzwerks aus anderen Sprechenden und Handelnden Menschen. Aus der Notwendigkeit, sich darin zu orientieren, entsteht Handeln und damit die ständige Entwicklung unserer Wirklichkeit.“

137 *Hannah Arendt*, *Zwischen Vergangenheit und Zukunft: Übungen im politischen Denken I*, 1994, 132.

138 Siehe *Teubner*, (Fn. 65), 180.

139 *Teubner*, (Fn. 65), 180 f.

140 Zur poetischen Bedeutung des Witzes als verbindendes Element von Wissen und Kunst siehe vor allem *Jean Paul*: „Witz ist Bemerkung des Verhältnisses zwischen entfernten Ideen; Tiefsinn Bemerkung des Verhältnisses zwischen den nächsten. Der Witzige durchläuft gleichsam in der Länge, was der Nachdenkende in der Tiefe der Ideen durchzieht; der Eine hat ein teleskopisches Auge, der Andre ein mikroskopisches.“ (*Jean Pauls' sämtliche Werke* LXII, 13. Lieferung, 2. Band, hg. von E. Förster, 1837, 230).

141 Vgl. *Whitehead*, (Fn. 116), 102 f.: „Die Art von Ideen, die wir beachten, und diejenigen, die wir in den unbedeutenden Hintergrund stellen, bestimmen unsere Hoffnungen, unsere Ängste und beherrschen unser Verhalten. So, wie wir denken, leben wir.“

142 *Teubner*, (Fn. 65), 181.

143 *Derrida*, (Fn. 85), 42.

144 Weiter- und tiefergehend hierzu *Wiethölter*, (Fn. 16), 107 f.

133 *Hannah Arendt*, *Vom Leben des Geistes*, Band 1: Das Denken (1989), 107.

134 *Hannah Arendt*, *Vita activa oder Vom tätigen Leben* (1981), 165 et seq.

135 *Ibid.*, 167.

136 On the corresponding understanding of Hannah Arendt’s concept of the “intercalation” or “insertion” of man, see especially *Eshel*, (fn. 124), 32 et seq., especially 36 et seq.: “Arendt rewrites the Judeo-Christian messianic tradition by defining ‘birth’ not as the past or future arrival of a messiah, but as the fact that each individual human being reshapes the reality he or she enters, the circumstances he or she confronts. By living in a world defined by pluralism, from birth, everyone is part of a network of other speaking and acting people. From the need to orient ourselves in it, action arises and with it the constant development of our reality.”

137 *Hannah Arendt*, *Zwischen Vergangenheit und Zukunft: Übungen im politischen Denken I* (1994), 132.

138 See *Teubner*, (fn. 65), 180.

139 *Teubner*, (fn. 65), 180 et seq.

140 On the poetic significance of wit as a connecting element of knowledge and art, see above all *Jean Paul*: “Wit is remark of the relation between distant ideas; profundity remark of the relation between the nearest. The witty man runs through, as it were, in length what the thoughtful man runs through in depth of ideas; the one has a telescopic eye, the other a microscopic one.” (Förster (ed.), *Jean Pauls' sämtliche Werke* LXII, 13th instalment, vol. 2 (1837), 230).

141 Cf. *Whitehead*, (fn. 116), 102 et seq.: “The kinds of ideas we pay attention to, and those we place in the insignificant background, determine our hopes, our fears, and govern our behavior. The way we think is the way we live.”

142 *Teubner*, (fn. 65), 181.

143 *Derrida*, (fn. 85), 42.

144 Further and more profoundly on this *Wiethölter*, (fn. 16), 107 et seq.

Entsprechung als „poetische Bewegung Richtung Zukunft“¹⁴⁵. In deren Spiegelungen „des riesenhaften Schattens, den die Zukünftigkeit auf die Gegenwart wirft“, bieten sich realistische Chancen, die Welt – auch die Rechtswelt – mit allen ihren Möglichkeiten zu erleben und neu zu erschaffen.¹⁴⁶

2. Law, Science & Technology: Umgang mit Zukunft

Seine politischen Entsprechungen findet dieses Recht schließlich in den Möglichkeiten technologischer Aufklärung. Mit ihr wären Kritikpotenziale, speziell des juristischen Wissens über technologische Realitäten, freizusetzen. Bereichert um die techniksoziologischen Perspektiven der *Science & Technology Studies (STS)* und orientiert an einer Gegenwart, in der die Grenzen des modernen Wissens in Anbetracht unabsehbarer Technikfolgen, folgenschwerer Naturereignisse und Pandemien augenfällig werden, richtet sich diese Kritik auf den Ausgang der Menschen aus ihrer technologisch induzierten Unmündigkeit. Für Juristen ergibt sich daraus die Aufgabe und Chance zugleich, den Herausforderungen neuer Technologien, die das Recht an seine Grenzen bringen, in einer entsprechend kritischen, experimentellen Haltung gegenüberzutreten. Eine solche „Grenzhaltung“ fragt nicht nur nach den gesetzten Grenzen, sondern sucht auch nach den Möglichkeiten, diese zu überwinden. Sie richtet sich somit auf einen eigenen rechtlichen Beitrag zur Zukunftsforschung als Kennzeichen einer praktischen Futurologie des Rechts.

Das heutige Technikrecht hat insoweit zunächst dazu beizutragen, die Komplexität einer unübersichtlichen technisierten Welt zu reduzieren. Auf die besonderen Herausforderungen der neuen Technologien hat es mit neuen rechtlichen Begriffen und alternativen Konstruktionen zu antworten. Darüber hinaus kann es selbst als eine Technik der Humanisierung von Technik wirken, indem es die normativen Erwartungen der technisierten Gesellschaft wahrnimmt und dabei einen eigenständigen Zugang zu den technologischen Entwicklungen herauszubilden vermag.¹⁴⁷ Wenn inzwischen nicht nur Laboratorien, sondern auch alltägliche Lebensverhältnisse mit nichtmenschlichen Wesen zu tun haben, deren Verhalten nach menschlichem Ermessen nicht mehr individuell kontrollierbar oder auch nur vorhersehbar ist, dann sind entsprechende rechtliche Innovationen gefragt. Wenn sich etwa Maschinen wie Lebewesen und ganze Ökosysteme als unberechenbar, widerständig, handlungswirksam oder gar han-

towards the future.”¹⁴⁵ In their reflections of “the gigantic shadow that the future casts on the present,” realistic opportunities are offered to experience and recreate the world – including the legal world – with all its possibilities.¹⁴⁶

2. Law, science & technology: dealing with the future

Finally, this law finds its political counterpart in the possibilities of technological enlightenment. With it, potentials for criticism, especially of legal knowledge about technological realities, may be set free. Enriched by the techno-sociological perspectives of *science & technology studies (STS)* and oriented towards a present in which the limits of modern knowledge are becoming obvious in view of unforeseeable technological consequences, serious natural events, and pandemics, this critique is directed towards the people’s departure from their technologically-induced immaturity. For lawyers, this results in both a task and an opportunity to face the challenges of new technologies that push the law to its limits with a correspondingly critical, experimental attitude. Such a “boundary attitude” not only asks about the set limitations, but also looks for the possibilities to overcome them. It is thus directed towards a legal contribution of its own to futurology as the hallmark of a practical futurology of law.

In this respect, today’s technology law must first of all contribute to reducing the complexity of a confusing technological world. It has to respond to the particular challenges of new technologies with new legal concepts and alternative constructions. Moreover, it can itself act as a technique for humanizing technology by perceiving the normative expectations of the technologized society and thereby forming an independent approach to technological developments.¹⁴⁷ If, in the meantime, not only laboratories but also everyday living conditions must deal with non-human beings whose behavior can no longer be individually controlled or even predicted by human standards, then appropriate legal innovations are required. If potentially machines as well as living beings and entire ecosystems prove to be unpredictable, resistant, capable of action or even indeed acting, then it is no longer far-fetched to question old habits of thought and to no longer attribute actions, for example, solely to human individuals.

145 Vgl. Eshel, (Fn. 124), 14

146 Vgl. hierzu Eshel, (Fn. 124), 18, mit Bezug auf Percy Bysshe Shelley, A Defence of Poetry, 1821/1840.

147 Vgl. Malte-Christian Gruber, Mensch oder Maschine. Zur Humanität des Rechts nach dem Ende des Menschen, in: Menschenbilder im Recht, hg. von A. Funke/K. U. Schmolke, 2019, 43–59, 51 f.

145 Cf. Eshel, (fn. 124), 14

146 Cf. Eshel, (fn. 124), 18, with reference to Percy Bysshe Shelley, A Defence of Poetry, (1821/1840).

147 Cf. Malte-Christian Gruber, Mensch oder Maschine. Zur Humanität des Rechts nach dem Ende des Menschen, in: Funke/Schmolke (eds.), Menschenbilder im Recht (2019), 43–59, 51 et seq.

delnd erweisen, dann liegt es nicht mehr fern, alte Denkgewohnheiten in Frage zu stellen und beispielsweise Handlungen nicht mehr einzig und alleine menschlichen Individuen zuzuschreiben.

Wie auch immer man die neuen Akteure der technisierten Welt nennen möchte, ob Aktanten, Agenten, Agenturen, Assoziationen oder kollektive Geflechte aus handlungswirksamen „Mittlern“¹⁴⁸, immer deutlicher sehen aufmerksame Beobachter sie beteiligt an einem ergebnisoffenen, nicht kontrollierbaren „Tanz menschlicher und nicht-menschlicher Wirkungsmacht“, der schließlich mit einer „Dezentrierung der menschlichen Subjekte“ einhergeht.¹⁴⁹ Derartige Beobachtungen gilt es begrifflich, mit entsprechenden neuen Unterscheidungen im Recht einzuholen: Gesucht ist eine rechtliche Semantik, die einer Welt gerecht werden kann, welche sich zunehmend individueller Kontrolle entzieht. Und dies kann wiederum nur im Rahmen eines ergebnisoffenen Suchprozesses gelingen, der darauf angelegt ist, mit neuen Unterscheidungen, mit Übergangsemantiken oder transitorischen Rechten „im Übergang“, zu experimentieren.¹⁵⁰

3. Von der Digitalisierung zur Biodigitalisierung: Zukünftige Ökologisierung des Rechts

Damit würde das Recht beginnen, sich auf die Herausforderungen der nächsten Gesellschaft einzulassen,¹⁵¹ in der es darum gehen wird, sich vorzutasten unter unkontrollierbaren Bedingungen, jeweils nur nächste Schritte in unsicheres Gelände zu wagen, gegebenenfalls wieder umkehren zu können.¹⁵² Man wird hier vorerst nur mit begrenzten Möglichkeiten rechnen dürfen, ad hoc zu entscheiden und allenfalls vorläufige Ordnungen zu finden. Das „Spiel der nächsten Gesellschaft“¹⁵³ hat längst begonnen, und es wird nach den überkommenen Universalregeln der alteuropäischen Moderne nicht mehr zu gewinnen sein.

Dies mag zunächst bedeuten, dass die traditionelle rechtsdogmatische Systempflege entsprechenden Anpassungszwängen unterliegen wird. So werden vor allem schuljuristische Methodenlehren ihren Anspruch auf rationale Rechtsfindung mit Rücksicht auf die eigene, oft uneingestandene Irrationalität zurückschrauben müssen.¹⁵⁴ Womöglich

148 Siehe etwa *Bruno Latour*, Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft, 2007, 76 ff., 186 und 352 ff.

149 Vgl. hierzu etwa *Andrew Pickering*, Kybernetik und Neue Ontologien, 2007, 8 ff.

150 Siehe hierzu *Pickering*, (Fn. 149), 67, der anhand mehrerer Beispiele aus Wissenschaft, Technik und Kunst darstellt, „[...] wie *genuine Neuheit genuin in der Zeit entstehen kann*, inmitten der Dinge, in der Überschneidung von Menschlichem und Nicht-Menschlichem, in einem vorwärtsgerichteten Suchprozess mit Versuch und Irrtum und offenem Ende.“

151 Vgl. *Peter Drucker*, The Next Society: A Survey of the Near Future, The Economist, Vol. 361, No. 8246, 3-9 November 2001.

152 Vgl. hierzu *Dirk Baecker*, Studien zur nächsten Gesellschaft, 2007, 7 ff.

153 Siehe *Baecker*, Das Relativitätsprinzip, in: Studien zur nächsten Gesellschaft, 2007, 206–228, 228.

154 Dass der „cult of reason“ der westlichen Rechtstradition den vormoder-

Whatever one wants to call the new actors of the technicized world, whether actants, agents, agencies, associations, or collective networks of action-effective “mediators,”¹⁴⁸ attentive observers see them more and more clearly involved in an open-ended, uncontrollable “dance of human and non-human agency,” which ultimately goes hand in hand with a “decentering of human subjects.”¹⁴⁹ Such observations need to be caught up conceptually, with corresponding new distinctions in the law: What is needed is a legal semantics that can do justice to a world that is increasingly beyond individual control. And this, in turn, can only succeed within the framework of an open-ended search process that is designed to experiment with new distinctions, with transitional semantics or transitory rights “in transition.”¹⁵⁰

3. From digitization to biodigitization: future greening of the law

This would be the beginning of the law engaging with the challenges of the next society,¹⁵¹ in which it will be a matter of groping one’s way forward under uncontrollable conditions, only daring to take the next steps into uncertain terrain at a time, and being able to turn back again if necessary.¹⁵² For the time being, one can expect only limited possibilities to make ad hoc decisions and, at best, to find provisional orders. The “game of the next society”¹⁵³ has long since begun, and it will no longer be possible to win according to the traditional universal rules of old European modernity.

This may initially mean that traditional legal-dogmatic system maintenance will be subject to corresponding pressure to adapt. Thus, especially educational jurisprudential methodologies will have to scale back their claim to rational legal discovery in consideration of their own, often unacknowledged irrationality.¹⁵⁴ It is also possible that the

148 See, for example, *Bruno Latour*, Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft (2007), 76 et seq., 186 and 352 et seq.

149 On this see, for example, *Andrew Pickering/Keith Guzik (eds.)*, The Mangle in Practice: Science, Society and Becoming (2008), VII et seq.

150 See *Pickering*, (fn. 149), 3, who uses several examples from science, technology, and art to illustrate “[...] how *genuine novelty can genuinely emerge in time*, in the thick of things, in the intersection of the human and the nonhuman, in a trial-and-error search process that is open ended and forward looking.”

151 Cf. *Peter Drucker*, The Next Society: A Survey of the Near Future, The Economist 361/8246 (3-9 November 2001).

152 Cf. *Dirk Baecker*, Studien zur nächsten Gesellschaft (2007), 7 et seq.

153 See *Baecker*, Das Relativitätsprinzip, in: *Baecker* (ed.), Studien zur nächsten Gesellschaft (2007), 206–228, 228.

154 That the “cult of reason” of the Western legal tradition is closer to the

wird die zu erwartende Kränkung des rechtsdogmatischen Selbstbewusstseins auch so weit führen, dass das Recht sich auf Dauer vor dem Zukünftigen verschließt. Nicht auszuschließen ist insoweit, dass das Rechtssystem buchstäblich den Anschluss verliert und seine bisherige hervorgehobene Bedeutung für die Gesellschaft einbüßt.¹⁵⁵

Im wahrsten Sinne stünde das heutige Recht dann vor seiner grundlegenden Aufgabe. Die Rechtsdogmatik wäre wiederum gefordert, neue Rechtsprobleme zu behandeln, die sie noch nicht wahrnehmen kann. Welche Rechtswissenschaft könnte aber mit all den Rechtsfällen der Zukunft zurechtkommen, von denen die überkommene Rechtsdogmatik der Vergangenheit gar keine Ahnung hat? Wenn es demnach an der Zeit ist, die rechtstheoretischen Voraussetzungen für die Wahrnehmung und Behandlung dieser eigentlichen Rechtsfälle zu schaffen, wären wohl aller Voraussicht nach die „Grundlagen des Rechts“ der Ort, an dem sich die gesuchte Rechtsdogmatik der Zukunft entwickeln könnte. Doch kann es einem auf Zukünftigkeit bedachten Recht nicht bloß darum gehen, seine derzeit noch auf Tradition und „Triumph der Vernunft“¹⁵⁶ gestützte Prominenz in der gesellschaftlichen Entwicklungsgeschichte zu verewigen. Nicht seinem eigenen Fortbestand in einem gerade einmal erreichten gesellschaftlichen Zustand hat es zu dienen, sondern eher schon dem Überleben in Menschengesellschaft.

Spätestens jetzt – zu Zeiten der Pandemie – gilt es vielmehr, dass die Menschen in ihren natürlichen und technischen Umwelten, gewissermaßen im „Schnittpunkt von Welt, Design und Leben“, vor allem letzteres wiederfinden – ihr eigenes, wahres Leben.¹⁵⁷ Hier steht das Recht der nächsten Gesellschaft auch schon vor der übernächsten Herausforderung. Es wird künftig spezifischer mit den wachsenden Verbindungen von digitalen Kommunikationsmedien und neuen Biotechnologien zurechtkommen müssen, mit einer bi digitalen Zukunft zumal, in der Menschen und Dinge auf lebenswissenschaftlichen Technologiefeldern zu einem bioartifizialen „Internet of Beings“¹⁵⁸ verwoben werden. Als evolu-

expected damage to the dogmatic self-confidence of the law will lead to a situation in which the law permanently closes itself off to the future. In this respect, it cannot be ruled out that the legal system will literally lose touch and forfeit its previous prominent importance for society.¹⁵⁵

In the truest sense, contemporary law would then be faced with its fundamental task. Legal doctrine would in turn be called upon to deal with new legal problems which it is not yet in a position to perceive. But what jurisprudence could cope with all the legal cases of the future, of which the traditional legal doctrine of the past has no idea at all? Accordingly, if the time has come to create the legal-theoretical prerequisites for the perception and treatment of these actual legal cases, the “foundations of law” would in all probability be the place where the sought-after legal doctrine of the future could develop. But a law that is concerned with the future cannot merely be concerned with perpetuating its prominence in the history of social development, which is currently still based on tradition and the “triumph of reason.”¹⁵⁶ It is not to serve its own continuance in a just reached social state, but rather already its survival in human society.

By now at the latest – in these pandemic times – it is much more important that people find in their natural and technical environments, as it were in the “intersection of world, design and life,” above all the latter – their own, true life.¹⁵⁷ Here, the law of the next society is also already facing the next challenge thereafter. In the future, it will have to cope more specifically with the growing links between digital communication media and new biotechnologies, especially with a biodigital future in which people and things in life-science technology fields are interwoven to form a bioartificial “internet of beings.”¹⁵⁸ As an evolutionary follow-up to digitalization and the “internet of things,” this “internet of beings” will possibly shape the

nen Methoden der scholastischen Jurisprudenz nähersteht als er selbst glauben möchte, verdeutlicht *Dedek*, (Fn. 122), 61 ff.

155 Dann allerdings würde sich Luhmanns Vermutung bewahrheiten, „daß die gegenwärtige Prominenz des Rechtssystems und die Angewiesenheit der Gesellschaft selbst und der meisten ihrer Funktionssysteme auf ein Funktionieren des Rechtscodes nichts weiter ist als eine europäische Anomalie, die sich in der Evolution einer Weltgesellschaft abschwächen wird“ (ders., (Fn. 61), *Recht der Gesellschaft*, 585 f.).

156 *Dedek*, (Fn. 122), 82.

157 Vgl. *Baecker*, (Fn. 153), 227 f.

158 In die Zukunft weist der Aufruf von Taiwans Digitalministerin Audrey Tang auf der Berliner *re:publica* (6.-8. Mai 2019, abrufbar unter <https://19.re-publica.com/de/news/audrey-tang>, 20.03.2022): „Wenn wir ‚Internet der Dinge‘ sehen, lasst es uns zu einem Internet der Wesen machen./Wenn wir ‚virtuelle Realität‘ sehen, lasst uns daraus geteilte Realität machen./Wenn wir ‚maschinelles Lernen‘ sehen, machen wir daraus gemeinsames Lernen./Wenn wir ‚User Experience‘ sehen, lasst uns menschliche Erfahrung daraus machen./Wenn wir hören, dass ‚die Eigenartigkeit naht‘, erinnern wir uns: Die Pluralität ist hier.“

pre-modern methods of scholastic jurisprudence than it would like to believe itself is made clear by *Dedek*, (fn. 122), 61 et seq.

155 Then, however, Luhmann’s assumption would come true “that the present prominence of the legal system and the dependence of society itself and most of its functional systems on a functioning of the legal code is nothing more than a European anomaly that will weaken in the evolution of a world society” (*Luhmann*, (fn. 61), *Recht der Gesellschaft*, 585 et seq.).

156 *Dedek*, (fn. 122), 82.

157 Cf. *Baecker*, (fn. 153), 227 et seq.

158 Pointing to the future is Taiwan’s Digital Minister Audrey Tang’s call at Berlin’s *re:publica* (May 6–8, 2019, <https://19.re-publica.com/en/news/audrey-tang>, last accessed: 20 March 2022): “When we see ‘internet of things,’ let’s make it an internet of beings. When we see ‘virtual reality,’ let’s make it a shared reality. When we see ‘machine learning,’ let’s make it collaborative learning. When we see ‘user experience,’ let’s make it about human experience. When we hear “the singularity is near,” let us remember: the Plurality is here.”

tionärer Folgeschritt der Digitalisierung und des „Internet der Dinge“ wird dieses „Internet der Wesen“ die menschliche Lebens- und Erfahrungswelt in Zukunft möglicherweise genauso formen, wie einst nur die Natur es konnte.

Jetzt aber befindet sich der Mensch nicht mehr allein in einer gegebenen Natur. Er sieht sich auch nicht mehr nur mit einer von Menschenhand geschaffenen Welt konfrontiert.¹⁵⁹ Deren Technisierung, insbesondere ihre Digitalisierung führt weiter und trägt bereits Anzeichen neuer Lebensformen, die eine veränderte Stellung der Menschen in der Welt bedeuten. Es werden dieselben Menschen sein, die mittels technischer Medien psychosozial vernetzt sind, unter Umständen sogar neue funktionale Einheiten aus Körper, Geist und artifiziellem Medium darstellen. Sie werden nach neuen Wegen zu ihrer personalen Entfaltung suchen, dementsprechend auch nach rechtlichen Gewährleistungen ihrer sozialen, biodigitalen Autonomie. Deren Schutz berührt buchstäblich den „Stoff, aus dem unsere Gesellschaften sind“¹⁶⁰, er betrifft den Lebensraum der Menschen in seiner umfassenden Bedeutung für die Vielzahl hybrider Verbindungen von Menschen, Dingen, Prozessen und Kräften, die je eigene Lebenswelten schaffen. Der rechtliche Schutz der natürlichen und biosoziomateriellen Lebensgrundlagen wird damit, so wäre zu vermuten, zur Schicksalsfrage der Menschheit. Die Antwort könnte in einer postpandemischen Weiterentwicklung ökologischen Rechts liegen – zu einem Recht des zukünftigen Lebens in einer biodigitalen Welt, die mit all ihren neuen Möglichkeiten wahrzunehmen und zu gestalten sein wird.

human worlds of life and experience in the future in the same way that only nature once could.

But now man is no longer alone in one given nature, no longer confronted only with a man-made world.¹⁵⁹ Its mechanization, especially its digitalization, continues and already bears signs of new forms of life, which mean an altered state for people in the world. They will be the same people who are psychosocially networked by means of technical media, possibly even representing new functional units of body, mind, and artificial medium. They will look for new ways towards their personal development, accordingly also for legal guarantees of their social, biodigital autonomy. Their protection literally touches the “stuff our societies are made of,”¹⁶⁰ it concerns the living space of people in its comprehensive meaning for the multitude of hybrid connections of people, things, processes, and forces, each of which creates its own living worlds. The legal protection of the natural and biosociomaterial foundations of life thus becomes, one would assume, the question of the fate of humankind. The answer could lie in a post-pandemic spurring on of ecological law development – towards a law of future life in a biodigital world, which will have to be perceived and shaped with all its new possibilities.

159 Vgl. Nordmann, Technikphilosophie zur Einführung, 2. Aufl. 2015, 15.
160 Vgl. Latour, (Fn. 99), 10.

159 Cf. Nordmann, Technikphilosophie zur Einführung (2015), 15.
160 Cf. Latour, (fn. 99), 10.