

§ 5 Fazit: Recht als praktische Wissensordnung: Leitlinien eines neuen Rechtsdenkens

Das praktische Wissen ist die Grundlage jeglicher sozialen Ordnung und das Recht verweist als ein Element dieser sozialen Ordnung auf das praktische Wissen. Im Prozess der sozialen Ordnungsbildung interagieren die verschiedenen Formen des praktischen Wissens, die in ihrer Gesamtheit das Gesellschaftsleben konstituieren, miteinander. An ihren vielschichtigen Kontaktflächen entstehen neue Formen und soziale Ordnungsbildung wird auf diese Weise zu einem dynamischen Prozess. Dieser Prozess kann in theoretischer Perspektive nur dann richtig erfasst werden, wenn er in seiner Gesamtheit begriffen wird, und die Idee von starren Grenzen zwischen den einzelnen gesellschaftlichen Wissensbereichen aufgegeben wird. Spätestens seit der Postmoderne wird diese Unmöglichkeit der Grenzziehung erkannt und zugunsten einer Fluidität und Hybridisierung aufgelöst. Der Begriff der Kultur beschreibt dann eben jene Gesamtheit von Wissen und Praxis, die sich aus dem Netzwerk bedeutungsproduzierender Interaktionen ergibt. Das Recht stellt in diesem Sinne nicht das vornehmste Instrument der sozialen Ordnungsbildung dar, sondern es ist eines von vielen Elementen der sozialen Ordnung. Als solches formiert es sich durch den Austausch mit den anderen Wissensbereichen und nicht durch seine vermeintliche Isolation. Eine solche Isolation, wie sie in der Rechtstheorie häufig anzutreffen ist, bedeutet die Wiederkehr der starren Grenzziehung, der hier vehement zu widersprechen ist. Die Reihe »Praxis – Wissen – soziale Ordnung – Recht« wurde daher zum methodischen Programm dieser Arbeit. Sie ist dabei nicht als strikte zeitliche Abfolge zu verstehen, sondern als ein Netzwerk, in dem sich die einzelnen Felder beständig gegenseitig transformieren. In diesem Sinne deuten sie auch auf die Fragmentierung und Selbsttransformationen im Prozess der Subjektivitätsbildung hin. Als Denkfigur hält die Reihe »praktisches Wissen – soziale Ordnung – Recht« die verschiedenen, in der Arbeit verwendeten theoretischen Ansätze zusammen und montiert sie zu einem schlüssigen Gesamtkonzept, das das Paradigma »Recht als Praxis« ergibt.

Bei Foucault nimmt das »praktische Wissen« eine zentrale Stellung ein, indem es mit dem Begriff der Subjektivität verknüpft ist, der eine Verbindung der Komponenten Wissen und Praxis darstellt. Das praktische Wissen trägt über die zwei unterschiedlichen Formen der Subjektivität entweder zur Reproduktion oder zur Transformation der Rechtsnormativität bei. Die soziale Ordnung manifestiert sich laut Foucault

in den Dispositiven, die als netzwerkartige Verschränkungen von gesellschaftlichen Machtwirkungen, Wissensbeständen und Institutionen zu verstehen sind. Das Recht stellt ein Element der Dispositive dar und wird somit zum Teil einer vernetzten Wissensstruktur. Soziale Ordnungsbildung wird bei Foucault demnach als ein Ensemble verschiedener, miteinander interagierender Wissensbereiche verstanden, unter denen das Recht eines von vielen Elementen ist. Repressiv gedacht zielt die disziplinierende Machtwirkung der Dispositive auf die Praxis des Subjekts, indem sie es zur Reproduktion der in den Dispositiven angelegten normativen Wissensbestände anleitet. Die Rechtsnormativität wird dann durch die Praxis des Subjekts stabilisiert. Alternativ dazu lässt sich der Zusammenhang von praktischem Wissen, sozialer Ordnung und Recht auch gestalterisch lesen. Das praktische Wissen wird dann zur Grundlage der Transformation der gesellschaftlichen Wissensbestände, das heißt der Dispositive, indem das ästhetisch-existentielle Subjekt ›Wahrheit‹ als ethisches Selbstverhältnis hervorbringt. In der ästhetisch-existentiellen Praxis erzeugt das Subjekt ein spezifisches Moment ›ontologischer‹ Freiheit und kreiert so in experimentellen und teleologisch nicht festgelegten Prozessen neue Formen. Einem solchen Formverständnis folgt auch das Recht, wenn man dieses als Teil einer flexiblen sozialen Ordnung denkt, die durch das praktische Wissen transformiert wird.

Einen ähnlichen Ansatz verfolgt Deleuze. Im Sinne einer vitalen Normativität beschreibt er, wie die offenen, kontingent-evolvierenden, praktischen Prozesse der Lebensformen als ›aktive Kraft‹ neue Positionen des Denkens generieren. Es ist die normgenerierende Wirkung der Lebensformen, die so zur Grundlage der sozialen Ordnungsbildung wird. Das Recht wird auf diese Weise als eine vitale Normativität gedacht, die in experimentellen, praktischen Prozessen gebildet wird. Dabei ist sie inspiriert vom Antirationalismus der Lebensphilosophie und lehnt das aufklärerische Vernunftideal zugunsten einer den Lebensformen immanenten Gestaltungskraft ab.

Dieser lebensphilosophische Antirationalismus lässt sich auch bei Hayek feststellen. Kein anderer in dieser Arbeit besprochener Denker expliziert die Reihe »praktisches Wissen – soziale Ordnungsbildung – Recht« so sehr wie Hayek. Das Recht wird bei ihm ausdrücklich als Produkt der sozialen Ordnungsbildung verstanden, die sich ihrerseits an den kulturellen Prozessen der Wissensgenerierung ausrichtet. Im Angesicht der Vielschichtigkeit und Komplexität der Interaktionsgeflechte moderner Gesellschaften, die ein hohes Maß an Spezialisierung erfordern, kann der Modus der Handlungskoordination in solchen Gesellschaften nicht der der rationalen, deliberativen Planung sein, sondern muss auf die wissensgenerierende Funktion der dezentralen Interaktionen selbst zurückgreifen, die sich in freien Evolutionsprozessen herausbilden. Die Handlungskoordination ist dabei die Hauptfunktion des

Rechts, das nicht mehr als Ergebnis eines deliberativen, politischen Gesetzgebungsverfahrens gedacht wird, sondern als etwas der Kultur Inhärentes. Recht im Sinne von *nomos* wird bei Hayek als organischer Teil der sozialen Ordnungsbildung verstanden, die auf einem praktischen Wissen beruht, das als ›implizites Wissen‹ nicht explizit gewusst werden muss, sondern der Praxis immanent ist. Die Kategorie des praktischen Wissens folgt demnach auch hier einem lebensphilosophischen Antirationalismus, der im Kontext der produktiven Komplexitätsbewältigung in den modernen Gesellschaften steht. Das Recht als »Law of Liberty« betont die Vorgängigkeit der Freiheit des Subjekts gegenüber dem Recht und verweist auf dessen Verwurzelung in kontingenten, praktischen Evolutionsprozessen. Bezogen auf die Reihe »praktisches Wissen – soziale Ordnung – Recht« ist hier bereits das Paradigma einer kognitiven Infrastruktur der gesellschaftlichen Selbstorganisation erkennbar, auf das auch Karl-Heinz Ladeur setzt.

Ladeur entwickelt seine Rechtstheorie vor dem Hintergrund der Netzwerkgesellschaft. Dabei bedingen die durch neue Medientechnologien veränderten Wissensstrukturen die Prozesse der sozialen Ordnungsbildung. Das Recht, dessen Funktion hier ebenfalls in der Handlungskoordination gesehen wird, passt seine Wissensstruktur, seine beteiligten Akteure und die Logik seiner Verfahren, an die neuen Netzwerkstrukturen an. Das praktische Wissen ist in diesem Sinne eine transsubjektive Kategorie. Seine Struktur ist heterarchisch-azentrisch und entspricht somit den Mechanismen der Internetkommunikation. Die Ebene der (Rechts-) Wissensproduzenten zeichnet sich durch eine Hybridisierung zwischen Öffentlichem und Privatem aus, wie sie für die Digitalkultur der Netzwerkgesellschaft charakteristisch ist. In sich selbst regulierenden seriellen Verfahren bilden sich Knotenpunkte heraus, an denen sich prozessual erzeugte Wissensbestände konzentrieren. Diesen Funktionsweisen folgt die soziale Ordnungsbildung, die zur gesellschaftlichen Selbstorganisation wird und die die demokratische Verfahrensrationalität der kontinental-europäischen Rechtstradition zugunsten postmoderner Flexibilisierung, Hybridisierung und Fluidität verwirft.

In allen Theorien entsteht das Recht aus Formen des praktischen Wissens und wirkt im Sinne eines Mediums der flexiblen Handlungskoordination auf das praktische Wissen selbst zurück. Es ist dabei die praktische Freiheit des Subjekts, die durch die experimentelle Hervorbringung neuen Wissens im Akt der Selbstermächtigung, die gesellschaftlichen Wissensbestände vermittelt über Netzwerkeffekte transformiert (›liberale Transformation‹). Als Teil einer sozialen Epistemologie wird so auch die Rechtsnormativität durch die Freiheitspraktiken des Subjekts transformiert.

I. Kontinentaleuropäisches Rechtsdenken vs. Recht als Praxis

Den Abschluss dieser Arbeit bildet ein aspektgeleiteter Vergleich zwischen dem kontinentaleuropäischen Rechtsdenken und dem Paradigma »Recht als Praxis«. Für jede Kategorie wird dabei konkret gezeigt, inwiefern Neuausrichtungen vorzunehmen sind. Auf diese Weise werden die Leitlinien für ein neues Rechtsdenken zusammenfassend dargelegt.

1. Rechtsbegriff

Auf der Ebene des Rechtsbegriffs nimmt die Theorie des »Rechts als Praxis« eine grundlegend andere Akzentuierung vor. Das Recht wird hier vor allem in seinem Status als normative, auf Handlungen bezogene Wissensordnung verstanden, und nicht wie im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken als das Produkt formalisierter, institutionalisierter politischer Verfahren. Dieses Argument besitzt zwei Ebenen. Zum einen formuliert es eine Kritik an der übermäßigen Fixierung auf die politische Verfahrensebene des Rechts, wie sie sich beispielsweise im rechtspositivistischen Geltungsbegriff manifestiert, die den immer schon bestehenden Verweisungszusammenhang zwischen Recht und gesellschaftlichem Wissen verschleiert. Der Rechtsnormativität wird dann über die Verfahrensebene eine inhaltliche Autonomie attestiert, die vor dem Hintergrund einer sozialen Epistemologie nicht haltbar ist. Stattdessen ist die inhaltliche Seite des Rechts immer schon auf sozialimmanent und diskursiv konstruierte Wissensbestände verwiesen, die in ihrer Festlegung kontingent sind, und von einer Reihe praktischer Entdeckungsverfahren abhängen. Daraus ergibt sich eine zweite, normative Ebene des Arguments, die darauf zielt die »Wissensartigkeit« des Rechts auf produktive Weise nutzbar zu machen. Wenn das Recht seinen Status als normative, auf Handlungen bezogene Wissensordnung in jeder seiner Operationen reflektiert, dann erreicht es eine Ebene der Autoreflexion, die es ihm erlaubt, seine Wissensstrukturen beständig an die sich wandelnden Modi der Wissensgenerierung und sozialen Ordnungsbildung anzupassen. So wird das Recht auf produktive Weise zu einem organischen Element der gesellschaftlichen Ordnung.

2. Funktion des Rechts

Die Einbettung des Rechts in die wissensbasierten, dynamischen Prozesse der sozialen Ordnungsbildung dient auch der Hauptfunktion des Rechts, die in der gesellschaftlichen Handlungskoordination besteht. Der Ansatz

des »Rechts als Praxis« entwickelt die normative Perspektive einer flexiblen Handlungskoordination durch gesellschaftliche Selbstorganisation. Diese verfährt dabei dezentral, indem das Normwissen in einer Vielzahl gesellschaftlicher Sphären (»Gesellschaftsleben«) gebildet wird und seine Wirkung im Wechselspiel dieser Sphären unmittelbar in den konkreten Lebensformen entfaltet. Wenn man mit einem alternativen Rechtsbegriff operiert, der dieses als wirksame soziale Verhaltensregeln zur Handlungskoordination begreift, dann entsteht hier »Recht« bzw. Rechtswissen jenseits des Staates. Ein solches Rechtsverständnis knüpft an dessen Lösung von formalisierten, institutionalisierten politischen Gesetzgebungsverfahren an und situiert seine Emergenz in den praktischen Lebensformen. Die Serie der Handlungen erzeugt dadurch die Regeln ihrer eigenen Regulierung, was zu hybriden Formen der Handlungskoordination führt, die im Wege der gesellschaftlichen Selbstorganisation generiert werden.

Im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken wird die Handlungskoordination hingegen durch staatliche Herrschaft im Sinne eines zentralisierten politischen Prozesses organisiert. Die Handlungskoordination durch das Recht ist dann eine politische Organisation des Gesellschaftslebens.

3. *Verhältnis des Rechts zum gesellschaftlichen Wissen*

Wie bereits obenstehend ausgeführt geht das kontinentaleuropäische Rechtsdenken von einer über die Verfahrensebene gedachten prinzipiellen Isolation der Rechtsnormativität von anderen Wissensbeständen aus. Zwischen der Rechtsnormativität und den gesellschaftlichen Wissensbeständen besteht somit kein zwingender Verweisungszusammenhang. Die Rechtsnormativität ist diesem Verständnis nach als autonome politische Entscheidung des Gesetzgebers zu verstehen.

Die Theorie des »Rechts als Praxis« geht hingegen von einem fundamentalen Austauschprozess zwischen Rechtsnormativität und gesellschaftlichem Wissen aus, woraus sich ein zwingender Verweisungszusammenhang ergibt. Daraus folgt der Verlust der über die Idee des politischen Verfahrens konstruierten Idee der inhaltlichen Autonomie der Rechtsnormativität. Die Einbettung des Rechts in gesellschaftliche Wissensstrukturen eröffnet dabei auch ein neues Modell für die Wissensstrukturen des Rechts.

4. *Medientechnologische Wissensstruktur des Rechts*

Die Wissensstrukturen sind immer medientechnologisch bedingt. Neue Medientechniken – die ihrerseits das Produkt kreativer und experimenteller Praktiken sind und gleichzeitig als deren Möglichkeitsbedingung

fungieren – transformieren die Wissensstrukturen der Gesellschaft. Denkt man das Recht als normative, auf Handlungen bezogene Wissensordnung, was es immer ist, auch wenn sein methodischer Zugriff die Verfahrensebene in den Vordergrund stellt, dann bestimmen auch hier die Medientechnik und die mit ihr verbundenen Praktiken die (Wissens-) Strukturen des Rechts.

In der kontinentaleuropäischen Rechtskultur lassen sich nach wie vor starke Einflüsse der Buchdruckkultur identifizieren.¹ Es ist die Stabilität der Norm, die durch ihre Fixierung in Schriftform erzeugt wird. Hinzu kommt die Idee der systematischen Geschlossenheit des Rechtssystems, die sich in der systematischen Geschlossenheit der Buchform manifestiert. Und es ist die Fiktion der Souveränität der Autorschaft, die mit dem Gesetzgeber ein singuläres Urhebersubjekt der Rechtsnormativität postuliert. Insgesamt stellt sich die Wissensstruktur somit hierarchisch-zentralistisch dar.

Die Wissensstruktur des »Rechts als Praxis« orientiert sich hingegen an der Computer- und Digitalkultur. Sie trägt damit der Beschaffenheit der Wissensstrukturen der Netzwerkgesellschaft auch im Feld des Rechts Rechnung, und löst den Anachronismus auf, der gegenwärtig zwischen den gesellschaftlichen Wissensformen im digitalen Zeitalter und der Medialität des kontinentaleuropäischen Rechts besteht. Das Vorgehen des Rechts, den neuen an der Digitalkultur orientierten Wissens- und Praxisformen auf regulativer Ebene mit den Mitteln der Buchdruckkultur zu begegnen, wird sich als nicht nachhaltig erweisen. Das Recht muss auf produktive Weise mit der veränderten Medialität der gesellschaftlichen Formen interagieren und in diesem Vorgang seine eigene Wissensstruktur anpassen. Damit erkennt es seinen Status als normative, praktische Wissensordnung und reflektiert diesen in jeder seiner Operationen. Normen werden in diesem Modell als dynamisch begriffen, indem sie aus Interaktionskontexten und Knotenpunkten hervorgehen. Die Wissensstruktur des Rechts folgt der eines Netzwerkes. Und die Autorschaft wird hier als transsubjektive Kategorie verstanden, bei der die Souveränität des Subjekts dekonstruiert wird und seine Konstitution durch Netzwerk- und Diskurseffekte erkannt wird. Das Recht wird dadurch heterarchisch und azentrisch. Die Ebenen des Formdenkens, der Verfahren und des gesetzgeberischen Subjekts erleben im Angesicht der neuen Medialität des Rechts eine grundlegende Transformation, die im Folgenden aufgefächert wird.

1 Vgl. für eine ausführliche Darstellung Vesting, Thomas: *Die Medien des Rechts III. Buchdruck*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft 2013; als Kernthese: »In der Rückschau scheint die Vorstellung der Einheit und Vollständigkeit des menschlichen Wissens und der Normenbestände ein Effekt der Buchdruckkultur und ihrer Epistemologie gewesen zu sein.« (ebd., S. 7).

5. Formdenken

Das Formdenken der kontinentaleuropäischen Rechtskultur folgt der Verschränkung von Rechtspositivismus und Buchdruckkultur. Sein Paradigma ist die systematische Geschlossenheit und die Einheit der Rechtsordnung. Diese wird nicht zuletzt durch einen Prozess der rationalen Planung erreicht. Das Recht wird damit zu einem durch den Verstand konstruierten, auf der Sollensebene selbstständigen, hierarchisch geordneten und in sich abgeschlossenen, lückenlosen Normsystem.

Das Formdenken des »Rechts als Praxis« geht demgegenüber von einer Fragmentierung der Rechtsordnung aus. Nicht nur sind kulturelle Wissensstrukturen in sich stets fragmentarisch, sondern durch die Komplexitätssteigerung in den postmodernen Gesellschaften, die durch eine immer stärkere Vernetzung und die raum-zeitliche Kompression der Globalisierung zustande kommt,² besteht die Wissensordnung zunehmend aus hochgradig spezialisierten Wissensbeständen. Diese Kontingente von Spezialwissen führen notwendigerweise zu einer Fragmentierung der Wissensordnung und erwehren sich – wie Ladeur richtig beschrieben hat – dem Prinzip der Verallgemeinerung und Systematisierung. Der Anspruch der systematischen Geschlossenheit des Rechts wird daher zugunsten einer evolvierenden, kontingenten Offenheit aufgegeben. Das in den einzelnen Lebensformen entstehende Spezialwissen wird nicht mehr durch den Versuch einer rationalen Systematisierung vereinnahmt, sondern das Recht erkennt die Emergenz des Rechtswissens in den praktischen Lebensformen an. Damit wird das Recht von der Sollens- auf die Seinsebene verschoben und seine hierarchische Binnenstruktur durch ein heterarchisches Modell ersetzt.

6. Verfahren

Die Ebene der Verfahren lässt sich unter drei Gesichtspunkten diskutieren: in Bezug auf die Rationalisierung, die Modularität und die Demokratisierung.

Im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken wird das Verfahren im doppelten Sinne als Mittel der Rationalisierung verstanden. Einerseits ist das Gesetzgebungsverfahren darauf ausgerichtet, die Rechtssetzung zu rationalisieren, indem Fraktionen, Parteien und Verbände ihre Interessen einbringen können und am Ende im Parlament – sofern es sich um ein parlamentarisches Regierungssystem handelt – eine (Mehrheits-)

2 Vgl. Currie, Mark: »Time-Space Compression. The Long View«, in: Joel Evans (Hg.): *Globalization and Literary Studies. Part II. Development*. Cambridge et al.: Cambridge University Press 2022, S. 178–194.

Entscheidung getroffen werden kann. Der Modus entspricht hier vollständig dem der Gesellschaft der Organisationen, indem die Interessen über Institutionen und Organisationen eingebracht werden. Die Rationalisierung ist dabei eng mit dem Begriff der Deliberation verknüpft. Es handelt sich um die oben bereits angesprochene Zentralisierung im politischen Prozess. Die Interessen werden politisiert, um in diesem Diskursraum artikulierbar zu werden. Ein weiteres Rationalisierungsmoment findet sich im Gerichtsverfahren und somit im Feld der Rechtsanwendung. Das Verfahren dient hier zur Entscheidungsfindung und ihrer Darstellung. Auch sind es bestimmte Diskursregeln, die die Auseinandersetzung reglementieren und als Rationalisierung verstanden werden (beispielsweise die Frage nach der zulässigen Auslegung der Rechtssätze im Sinne der juristischen Methodenlehre oder prozessrechtliche Fragen).

Das Paradigma »Recht als Praxis« verwirft diese Rationalisierungsstrategien und betont hingegen die Bedeutung eines lebensphilosophischen Antirationalismus. Das Problem des Verständnisses des Verfahrens als Rationalisierungsprozess besteht darin, dass es die Perspektive der Handlungskoordination durch das Recht auf eine rein politische Deliberation (Gesetzgebung) beziehungsweise rechtsimmanente Entscheidungsfindung (Gerichte) verengt, in der die normgenerierende Funktion der Lebensformen durch die Machteffekte des Diskurses unartikulierbar wird. Eine lebensphilosophische Rechtstheorie muss damit die Rechtssetzung und die Rechtsanwendung aus der politisch-rechtlichen Sphäre herauslösen. Dies geschieht durch modulare Verfahren.

Die modularen Verfahren machen die vitale Normativität zu ihrem Ausgangspunkt und lösen die Binarität von Rechtssetzung und Rechtsanwendung auf. Die normgenerierende Funktion der praktischen Lebensformen und das Prinzip der Selbstregulierung, in dem ein Gegenstand seriell die Strukturen seiner eigenen Regulierung effizient hervorbringt, führen zur Verschränkung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung. Die Aufgabe des Verfahrens besteht dann darin, das den Lebenssachverhalten immanente Rechtswissen operationalisierbar zu machen. Anders als in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition, in der Recht als eine ex-ante-Präskription verstanden wird, die vom Gesetzgeber bestimmt wird und anschließend von den Gerichten anzuwenden ist, wird die starre Chronologie der *Vorschrift* in dem modularen Verfahren aufgelöst und durch eine flexible ex-post-Evaluation ersetzt. Die Verfahren werden dabei nicht mehr vom Richter als einem hierarchischen Zentralsubjekt geführt, sondern beziehen in einem heterarchischen Modell die Vielfalt der gesellschaftlichen Rechtswissensproduzenten mit ein. Sie erwehren sich der Deutung als einem politischen Machtkampf zwischen Richter und Gesetzgeber, indem das Verfahren durch transsubjektive Netzwerkstrukturen entpersonalisiert wird, und überwinden so die politisch-juridische Isolation des Rechts in der Denkweise des demokratischen Rechtsstaats.

Daran anknüpfend wird in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition das Gesetzgebungsverfahren als ein Prozess der Demokratisierung verstanden. Wie oben beschrieben weist es einen rationalisierenden und deliberativen Charakter auf und legt den Fokus auf den Ausgleich der Interessen. In diesem Modus wirkt es egalisierend und durch seine Medien des Wahlaktes ritualisierend. In progressiven Theorien des demokratischen Rechtsstaates steht die Rechtssetzung somit im Zeichen demokratischer Partizipationspolitiken. In der Form der direkten Demokratie bleiben diese Ansätze weiterhin dem Souveränitätsdenken in Form des *demos* verpflichtet, und auch darüber hinaus geht es um ein Unterordnungsverhältnis der Lebensformen unter die formalisierten, institutionalisierten politischen Prozesse und ihre Logiken. Die Demokratisierung besteht hier lediglich in einer politischen Dechiffrierung der Verfahrensrationalität. Diese hemmt die vitalistische Kraft der Generierung des Neuen.

7. *Subjekt: Souveränität vs. Kultur*

In Bezug auf das Subjekt lässt sich ebenfalls von einer Neuausrichtung sprechen, die mit dem Gegensatz von Souveränität und Kultur beschrieben werden kann, und die sowohl das gesetzgeberische Subjekt als auch das Rechtssubjekt erfasst. Oben wurde bereits im Kontext der Beziehung der Rechtsnormativität zum gesellschaftlichen Normativitätswissen die Idee der Rechtsnormativität als Produkt der autonomen Entscheidung des Gesetzgebers kritisiert. Die Souveränität des Gesetzgebers leitet sich vor allem aus dieser entscheidungsbasierten, inhaltlichen Autonomie ab. Souveränität bedeutet daher im Folgenden die über den Willen vermittelte Autonomie der Subjekteffekte. Im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken sind der Wille und die Souveränität die Kardinalkategorien des Gesetzgebers. Sie stützen sich auf den Begriff des Volkes als einem Kollektivsubjekt, dessen Fundierung in einer kulturellen Homogenität gesehen wird. Die Einheitsstiftung und Zentralisierung der einzelnen Subjekte im Kollektivsubjekt ist dabei die Grundlage für die Fähigkeit, einen Willen zu besitzen, und schlägt ferner die Brücke vom Gesetzgebersubjekt zu den Rechtssubjekten. Auch die Rechtssubjekte werden dabei als souveräne Subjekte verstanden, die im aufklärerischen Sinne durch die Benutzung ihres Verstandes und die Fähigkeit der Willensbildung Autonomie erfahren.

»Recht als Praxis« hingegen beschreibt eine grundlegend andere Konzeption des Subjekts der Gesetzgebung und des Rechtssubjekts, die nicht auf die verfassungstheoretische Konstruktion zielt, sondern sich den außerjuristischen und außerpolitischen Kategorien der faktischen, kulturellen Einbindung der Subjekte des Rechts zuwendet. Der Machtbegriff

wird nicht mehr im Feld des souveränen Willens situiert, sondern Macht entsteht in der Verflechtung verschiedener gesellschaftlicher Wissensbestände und ihrer subjektivierenden Wirkung. Der von Foucault inspirierte kulturwissenschaftliche Machtbegriff verwirft die Autonomie der Subjekteffekte und deutet die Subjekteffekte vor dem Hintergrund ihrer Einbettung in transsubjektive Wissensstrukturen. Als solche sind die Ausdrucksformen des Subjekts stets fragmentiert und Teil eines unabschließbaren Prozesses. Sie stehen damit konträr zur Homogenitätsfiktion der Verfassungstheorie und widersprechen den Logiken der Einheit und des zentralisierten Willens.

8. Modus der Genese und Transformation der Rechtsnormativität

Daran anknüpfend lässt sich auch der Modus der Genese und Transformation der Rechtsnormativität entgegengesetzt deuten. In der kontinentaleuropäischen Rechtstradition nimmt dieser die Form eines Willensaktes an, während er im »Recht als Praxis« als fortwährende Selbsttransformation beschrieben wird.

Als Willensakt entspricht die Transformation dem Modus einer punktuellen, präventiven oder interventionistischen Änderung durch souveräne Entscheidung. Der Modus folgt dabei einer Struktur der Statik. Die Rechtsnormativität verändert sich ausschließlich sprunghaft in singulären Akten und bleibt in allen Phasen dazwischen konstant. Der Modus der Selbsttransformation setzt hingegen auf kontinuierliche Anpassungen und Abstimmungen. Die Anerkennung der Einbindung des Rechts und des Subjekts in dynamische Wissensnetzwerke, die durch die ›Praxis der Freiheit‹ transformiert werden, erzeugt im Stil der Netzwerkgesellschaft agile Formen der Organisation. Dabei entfalten sie eine Dynamik, die das Recht fluid werden lässt und es im Wechselspiel mit gesellschaftlichen Praktiken formiert. Ein solches Recht versteht sich als ein Element der Kultur – als etwas, das aus der interaktiven Praxis hervorgeht – und stellt ein effizientes Modell zur Koordination von Handlungen und Interessen in sich rapid verändernden gesellschaftlichen Wissensfeldern dar.

Der Modus der Transformation ist dabei bottom-up. Die experimentelle, ästhetisch-existentielle Praxis des Subjekts bricht in ihrer Ereignishaftigkeit die Regulierungsmechanismen des Diskurses und erzeugt auf diese Weise Wissensverschiebungen, die auch das Recht erfassen. Vermittelt über die gesellschaftlichen Wissensbestände wird die Rechtsnormativität durch die ›Praxis der Freiheit‹ transformiert.

Im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken ist der Modus der Transformation hingegen top-down ausgerichtet. Dem Prinzip des Delegierens folgend, leitet sich die Legitimation der Norm oder Maßnahme aus der verketteten Rückbindung an ein Autoritätssubjekt ab.

Die Top-down-Perspektive des kontinentaleuropäischen Rechts ist dabei stets eine externe Regulierung, und zwar in dem Sinne, dass ein politisches Autoritätssubjekt, Regeln für einen bestimmten Gegenstandsbereich erlässt. Der Bottom-up-Ansatz des »Rechts als Praxis« setzt hingegen auf netzwerkartige Effekte der Selbstregulierung. Der Gegenstandsbereich bringt hier seriell die Mechanismen seiner eigenen Regulierung hervor. Es ist somit eine interne Regulierung. Das Wissen für die Regeln entsteht dynamisch in den zu regelnden Feldern selbst.

9. Akteure

Die kontinentaleuropäische Rechtstradition versteht den Rechtsbegriff ausschließlich als öffentliche Normsetzung. Die an der Normsetzung beteiligten Akteure sind dabei – idealiter – ausschließlich politische und zivilgesellschaftliche Akteure. Im »Recht als Praxis« wird von einer Hybridisierung der Normsetzung ausgegangen. Der Vorgang der Normsetzung nimmt dabei die in der privaten Sphäre der Lebensformen generierten Normen auf und gestaltet sie in einem privat-öffentlichen Prozess, der sich an der Kommunikationslogik der Digitalkultur orientiert und die Pluralität der gesellschaftlichen Rechtswissensproduzenten anerkennt.

10. Freiheitsbegriff

Die ›Note‹, auf der dieser Vergleich und mit ihm die Arbeit enden soll, betrifft den zentralen Unterschied im Verhältnis von Recht und Freiheit, der zwischen den beiden Denkrichtungen besteht, und die Rolle, die die Kultur in diesem Begriffsfeld spielt. Die These ist hier, dass der Verweisungszusammenhang in der kontinentaleuropäischen Rechtskultur als »Freiheit folgt aus Recht« beschrieben wird, während er sich im »Recht als Praxis« genau umgekehrt darstellt, »Recht folgt aus Freiheit«. Die Freiheit ist im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken somit nachrangig, während sie im »Recht als Praxis« vorrangig ist.

Gezeigt werden kann dies an zwei in der Arbeit besprochenen rechtsphilosophischen Freiheitsbegriffen, die für das kontinentaleuropäische Rechtsdenken einschlägig sind. Einmal ist dies der Freiheitsbegriff Böckenfördes, und einmal der Freiheitsbegriff bei Kant. Beide gehen davon aus, dass Freiheit etwas ist, das sich nur im ›Recht‹ verwirklicht. Die Freiheit entspringt dann gerade nicht der Praxis des Subjekts, sondern seinem Status als Subjekt – in dem Fall eher mit den Eigenschaften eines Objekts – der Rechtsordnung.

Böckenförde beschreibt die Freiheit des Subjekts als etwas vom Recht als objektiver Ordnung Gestiftetes, das vor allem über die Gemeinschaft

bzw. ihre Homogenität reguliert wird.³ In der Einleitung der Aufsatzsammlung *Recht, Staat, Freiheit* schreibt er ferner im Vorwort:

Freiheit – als äußere Freiheit des Handelns – besteht nicht ohne Recht; erst durch und im Recht wird es möglich, daß die Freiheit des einen mit der Freiheit des anderen zusammen bestehen kann.⁴

Böckenförde konstruiert hier eine Rangfolge und Chronologie zwischen dem Rechts- und dem Freiheitsbegriff, die er zugunsten des Rechtsbegriffs auflöst. Recht ist die Möglichkeitsbedingung von Freiheit. In seiner Begründung macht er dabei Anleihen bei der Definition des »allgemeinen Rechtsgesetzes« bei Kant:

»Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann.«⁵

Auch hier wird die äußere Freiheit als Produkt des Rechts gedacht bzw. die Freiheitssicherung im Recht gesehen. Die Akzentuierung ist anders als bei Böckenförde, da der Fokus nicht auf dem Staat liegt, der seinen Bürgern Freiheiten gewährt, sondern Kant stattdessen von einem vernunftgesetzlichen und daher allgemeinen Freiheitsrecht ausgeht. Böckenfördes staatszentrische Deutung des Kant'schen Rechtsprinzips entspricht durchaus dem gegenwärtigen Verständnis subjektiver Rechte in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition.

Die Betrachtung des »Rechts als Praxis« wählt hier den entgegengesetzten Weg. Die praktische Freiheit des Subjekts als ethisches Selbstverhältnis, und damit als eine der Praxis des Subjekts innewohnenden Gestaltungskraft, die experimentell neue Formen hervorbringt, ist der Ausgangspunkt des gesellschaftlichen Ordnungsdenkens. Es ist der Freiheitsbegriff im Sinne des Vitalismus Nietzsches, der die schöpferische Kraft der Lebensformen in den Mittelpunkt stellt. Die Freiheit des Subjekts entspringt niemals den gesellschaftlichen Konventionen, den Institutionen oder der Moral, sondern sie findet ihren Ursprung stets im

3 Vgl. Böckenförde, Ernst-Wolfgang: »Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation« (1967), in: ders.: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1991, S. 92–114, S. 112.

4 Böckenförde, Ernst-Wolfgang: »Vorwort«, in: ders.: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1991, S. 7–8, S. 7.

5 Kant, Immanuel: »Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre«, in: ders.: *Gesammelte Schriften. Abtheilung 1. Werke. Bd. 6*, herausgegeben von der königlich preußischen Akademie der Wissenschaften, Nachdruck der zweiten Auflage 1914, Berlin/Boston: De Gruyter 2022, S. 203–372, S. 230; Zitat in neuer Rechtschreibung.

Subjekt selbst.⁶ In diesem Sinne kann die Freiheit des Subjekts auch nicht das Produkt des positiven Rechts sein, so wie es die kontinentaleuropäische Rechtstradition behauptet. Freiheit im Sinne Nietzsches existiert somit ausschließlich im Modus der praktischen Selbstermächtigung des Subjekts.

Die in der Handlungskoordination bestehende Funktion des Rechts bietet es dabei selbstverständlich, das Verhältnis konfligierender subjektiver Freiheitsräume auszutarieren. Das Recht inhaltlich als Ausgleichsordnung von Freiheitsrechten zu verstehen, ist damit grundsätzlich nicht falsch. Falsch ist es allerdings, darüber einen Vorrang des Rechts und des Staates gegenüber der Freiheit zu konstruieren. Das Recht und der Staat sind selbst das Produkt »von einem lebendigen Raum instituiert Freiheit [und] von Prozessen der gesellschaftlichen Selbstorganisation«⁷ (Vesting). Böckenfördes Reihe von »Recht, Staat, Freiheit« muss in diesem Sinne gespiegelt werden und der Begriff des Staates muss dem der Kultur weichen. Im »Recht als Praxis« heißt es dann: Freiheit – Kultur – Recht. Durch die Freiheitspraktiken des Subjekts entstehen fluide, neue kulturelle Formen und Wissensbestände, mit denen auch das Recht als Teil der sozialen Ordnung interagiert. Das Recht wird in diesen kulturbildenden, freien Prozessen geformt und wirkt als Wissensordnung gleichzeitig produktiv in sie zurück. Der Staat nimmt in diesen Prozessen nicht mehr die zentrale Stellung ein, die ihm das kontinentaleuropäische Rechtsdenken attestiert, und Freiheit kann durch selbstorganisierte Prozesse der gesellschaftlichen Ordnungsbildung auch ohne staatliches Recht nachhaltig existieren.

II. Ausblick: Die Selbsttransformation des Staates

Es gibt gute Gründe, daran zu zweifeln, dass sich ein solches Freiheitsverständnis in naher Zukunft durchsetzen wird. Im Anblick des gegenwärtigen Erstarkens des Autoritarismus und seiner neuen Formen der Homogenisierung und Kollektivierung in den westlichen Gesellschaften mag es so scheinen, dass die vorliegend am verfassungstheoretischen Modell des demokratischen Rechtsstaates kritisierten Phänomene in einer die Freiheit in einem unvergleichbar stärkeren Maße bedrohenden Form

6 Zur Kritik der Verwurzelung der Autonomie des Subjekts in kulturellen Wert- und Verantwortlichkeitsstrukturen vgl. Nietzsche, Friedrich: »Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift« (1887), in: ders.: *Sämtliche Werke. Kritische Studienausgabe*. Bd. 5, herausgegeben von Giorgio Colli und Mazzino Montinari, 17. Auflage der Neuausgabe von 1999, München: Deutscher Taschenbuch Verlag 2020, S. 245–412, S. 293f.

7 Vesting, Thomas: *Staatstheorie*. München: C. H. Beck 2018, Rn. 221.

wiederkehren werden. Es ist dann vor allem die von Extremisten vorgenommene Umdeutung der demokratischen Kategorie der Volkssouveränität zur illiberalen Demokratie, die sich in diesem Fall Bahn bricht.

Nichtsdestotrotz gibt es ein schlagendes Argument, das für die in dieser Arbeit diskutierten Transformationen spricht. Wenn der Staat und das Recht von ihren kulturellen Voraussetzungen her zu denken sind, dann ist es unmöglich, den Staat dauerhaft in Opposition zur Kultur zu konstruieren. Die Transformationen des Staates ausschließlich vor dem Hintergrund des Rechts zu deuten, indem das Prinzip des »legalen Staatsumbaus« in den Blick genommen wird, ist dann verkürzt und zielt nicht auf die eigentliche, hier zu beschreibende Figur. Vielmehr ist es das, was man als »Selbsttransformation des Staates« bezeichnen könnte, was in einem solchen Fall eintritt. Es ist die Transformation des Staates aus seinen kulturellen Voraussetzungen heraus. Nimmt man die eben erläuterte Diagnose, dass das Fundament des demokratischen Rechtsstaates »bröckelt«, dann tut es das nicht bzw. nicht primär aufgrund der Virulenz autoritärer Ideologien, sondern vor allem deshalb, weil er sich in Opposition zu seinen kulturellen Voraussetzungen positioniert hat. Die Medientechniken, die Praktiken und die Wissensformen stehen unaufhaltsam im Zeichen der Netzwerke und der Globalisierung. Sie sind die Grundlage der sozialen Epistemologie. Die Antwort des Staates darauf ist es, mit alten Formen neuen Disruptionen zu begegnen. Mit der Medialität der Buchdruckkultur versucht er durch präskriptive Regulierung die Verschiebungen der Digitalkultur zu strukturieren. Nicht nur wird er diesen Machtkampf verlieren – sofern man es als einen solchen deuten will –, sondern er verpasst die Chance, eine produktive Antwort auf die fundamentale Erfahrung der Erosion der Subjektivität zu geben. Der Staat versucht stattdessen reflexartig die praxis-technologischen Entwicklungen durch Maßnahmen einzuholen, was ihm immer unmöglich sein wird, denn er kann seinen eigenen Voraussetzungen niemals den sprichwörtlichen »Schritt voraus« sein. Das Ergebnis ist eine Entfremdungserfahrung im Subjekt. Es ist die Entfremdung vom demokratischen Rechtsstaat, weil dieser anachronistisch geworden ist, und seine Formen der durch Medientechnik und Praxis gestifteten gegenwärtigen Subjektivität fremd geworden sind. Das Erstarken des Autoritarismus ist in diesem Sinne lediglich ein Symptom der Erosion des demokratischen Rechtsstaates, keinesfalls aber seine Ursache. Es ist die Inszenierung als Alternative, als einer Scheinantwort auf die globalen Netzwerke, die ebenso wenig tragen wird, wie die Verfahren des demokratischen Rechtsstaates selbst. Die politische Diskussion auf einen Machtkampf zwischen dem demokratischen Rechtsstaat und den Rechtsextremisten zu verengen, wäre daher ein fataler Fehler, da sie die eigentliche Ursache und die zentrale aus ihr erwachsende Aufgabe aus dem Blick verliert. Der Staat muss sich produktiv auf die Selbsttransformation seiner kulturellen Infrastruktur

einlassen. In der Komplexitätssteigerung, der Dynamik und den vernetzten Wissensstrukturen liegt eine Chance, die das selbsttransformativ Potential einer beständig im Evolvieren begriffenen Kultur expliziert, und als Herausforderung dazu einlädt, in einem experimentellen Prozess neue (Staats-)Formen zu finden. Diese Herausforderung als Gestaltungsperspektive anzunehmen, wäre die eigentliche Aufgabe. Der Ausgang dieses Prozesses ist ungewiss. Gerade in dieser Ungewissheit liegt eine Chance, weil sie zeigt, dass das Subjekt kein Objekt disziplinärer Determination ist, sondern dass sein praktisches Tätigwerden und der Einsatz seiner ontologischen Freiheit essentiell für die zukünftigen Formen des gesellschaftlichen Zusammenlebens sind. Die Exploration des Möglichen liegt in der praktischen Freiheit des Subjekts.