



Würzburger Vorträge  
zur Rechtsphilosophie,  
Rechtstheorie  
und Rechtssoziologie

55

Matthias Mahlmann

## **Widerständige Gerechtigkeit**

Der Angriff auf Demokratie,  
Verfassungsstaat und  
Menschenrechte und die  
Gesellschaftstheorie des Rechts



Nomos Verlag

# Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Horst Dreier  
und Dietmar Willoweit

Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber †  
und Edgar Michael Wenz †

Heft 55

Matthias Mahlmann

## Widerständige Gerechtigkeit

Der Angriff auf Demokratie, Verfassungsstaat  
und Menschenrechte und die  
Gesellschaftstheorie des Rechts



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5388-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-9531-2 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

# Inhaltsverzeichnis

I.	Gesellschaft und Reflexion	7
1.	Wissenschaft und soziale Welt	7
2.	Drei Perspektiven auf das Recht	9
3.	Politische Herausforderungen an die Gesellschaftstheorie	12
a)	Der Sieg von Menschenrechten und Konstitutionalismus?	13
b)	Rechtsstaatsdämmerung?	14
c)	Die neue Politik des Irrationalismus	17
d)	Konstitutionalismus und Globalisierung	18
e)	Fin de partie?	19
4.	Die Leitfrage	20
5.	Erbschaften der Geschichte	27
6.	Methode und Sprache	33
II.	Die Konstitution der Rechtssoziologie als Wissenschaft	35
III.	Drei Forschungsperspektiven auf das Recht	49
1.	Rechtssoziologie und Rechtspraxis	49
2.	Rechtssoziologie und die Wissenschaft vom Recht	54
a)	Dimensionen der Rechtsanalyse	54
b)	Was ist Recht?	55
c)	Recht ohne Subjekt?	60
d)	Recht zwischen Symbolik und Kausalität	65
e)	Recht und Herrschaft	68
f)	Recht und Institution	72
g)	Soziologie verschiedener Bereiche	73
3.	Rechtssoziologie und Gesellschaftstheorie	78
a)	Gesellschaftliche Integration und menschliche Lebensform	78

b) Recht, Vernunft, Rationalisierung	81
aa) Rationalität und Vernunft als problematische Begriffe	85
aaa) Instrumentelle Rationalität und praktische Vernunft	85
bbb) Jenseits der Teleologie	90
bb) Probleme der Legitimationstheorie	93
aaa) Der rechtszivilisatorische Gehalt von Menschenrechten und Verfassungsstaat	93
bbb) Zweckordnung und normative Grundlagen	99
ccc) Verfassungsstaat und einige politische Lehren der Moderne	102
cc) Erkenntnistheorie und Normativität	112
aaa) Begründungsweisen der Rechtsordnung	112
bbb) Kontingenz der Vernunftansprüche?	120
dd) Erkenntnistheorie und Sozialwissenschaft	121
aaa) Kategorie und Bewertung	121
bbb) Kritik, Fortschritt und Veränderung	125
ccc) Kritik und Reform der Gesellschaft	129
ddd) Psychologie und Gesellschaftstheorie	130
ee) Praktische Vernunft und Rechtszivilisation	132
aaa) Legitimität und Stabilität	132
bbb) Erhaltungsbedingungen einer Rechtszivilisation	135
IV. Rechtssoziologie als Teil der Rechtswissenschaft	141

ζητοῦσι δ' ὅλως οὐ τὸ πατριον ἀλλὰ τὰγαθὸν πάντες<sup>1</sup>

## I. Gesellschaft und Reflexion

### 1. *Wissenschaft und soziale Welt*

Die Menschen haben in ihrer Geschichte viele Erkenntnisinteressen verfolgt. Sie haben sich für das Verständnis der äußeren Welt interessiert – von den Bewegungen der Himmelskörper bis zur Masse von Neutrinos oder den Gravitationswellen als Schwingungen der Raumzeit. Sie haben ihre Neugier auf das Verständnis der eigenen, inneren Welt ihrer Subjektivität gerichtet, die sie mit wissenschaftlichen ebenso wie mit anderen, nicht weniger anspruchsvollen Mitteln erforscht haben, etwa durch Selbsterkenntnis im ästhetischen Spiegel der Poesie.

Auch Fragen zu den Bedingungen, Arten und Folgen von Gesellschaftsbildungen haben die Menschen durch ihre Geschichte begleitet. Diese Fragen wurden mit nicht geringerer Dringlichkeit und Kreativität gestellt wie die nach der Struktur des Kosmos, dem Verständnis der Materie, den Arbeitsweisen des menschlichen Geistes oder den Rätseln menschlicher Subjektivität.

Dieses Erkenntnisinteresse an den Ursachen, die bestimmte Formen von menschlichem Zusammenleben und nicht zuletzt die Rechtsform bestimmen, in denen sich dieses Zusammenleben organisiert, ist in der Geschichte in vielfältiger Form verfolgt worden. Zu Beginn des 20.

Stark überarbeitete und erweiterte Fassung des Vortrags, den der Verfasser im Rahmen des Würzburger Symposions zur „Zukunft von Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie“ am 26.11.2015 unter dem Titel „Rechtssoziologie, Rechtspraxis und Gesellschaftstheorie“ gehalten hat. Der Verfasser dankt Horst Dreier und Dietmar Willoweit herzlich für die Einladung. Er ist ihnen und den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Symposions zudem für viele Anregungen und kritische Nachfragen zu Dank verpflichtet.

1 „Nicht nach dem Hergebrachten der Vorfahren streben alle, sondern nach dem Guten“ (Übersetzung MM), *Aristotle, Politics*, Loeb Classical Library, Aristotle XXI, 1944, 1269a.

Jahrhunderts haben sich schließlich rechtssoziologische Forschungen als eigene und selbstreflexive soziologische Teilperspektiven etabliert, die für die sich parallel wissenschaftlich formierende Soziologie als Disziplin sogar konstitutiv waren.<sup>2</sup>

Die folgenden Bemerkungen möchten zunächst einige Grundelemente dieser soziologischen Forschung in Erinnerung rufen, um die behandelten Fragen in einen weiteren wissenschaftsgeschichtlichen Rahmen (wenn auch notwendig nur skizzenhaft) einzuordnen. Das soll nicht zuletzt dazu dienen, deutlich zu machen, dass rechtssoziologische Erkenntnisinteressen keine vorübergehende wissenschaftliche Laune bilden, die für das Geschäft der Rechtswissenschaft keine wirkliche Bedeutung besitzt, sondern tiefe Wurzeln in der Ideengeschichte haben. Rechtssoziologie dient dabei als pragmatischer Sammelbegriff für empirisch informierte und gesellschaftstheoretisch angeleitete wissenschaftliche Reflexionen über Recht in seinen verschiedenen Dimensionen, die auch durch „empirical legal studies“,<sup>3</sup> „empirische Rechtsforschung“, „interdisziplinäre Rechtsforschung“, Untersuchungen zu „Recht und Gesellschaft“, zu „law and society“ oder „socio-le-

- 2 Das heißt allerdings nicht, dass dabei notwendig im Rahmen einer disziplinär irgendwie abgegrenzten Rechtssoziologie gearbeitet wurde, zutreffend *Mathieu Deflem*, *Sociology of Law*, 2008, 77: „Central sociological problems of law, such as the form of law under conditions of increasing rationalization and the integrative capacities of law in the light of increasing individualism, are always present in the work of Weber and Durkheim, so much so that they are not always treated separately in the form of a clearly defined specialty field“.
- 3 Zum Hintergrund der „empirical legal studies“, die verschiedene empirisch orientierte sozialwissenschaftliche Perspektiven auf Recht (z.B. Ökonomie, Psychologie, Soziologie) umfassen, siehe *Theodore Eisenberg*, *The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns*, *University of Illinois Law Review* 2011, 1713–1738, 1720: „What ELS (Empirical Legal Studies, MM) research shares with predecessors and current associated fields is open to debate, but a core principle seems indisputable: it is better to have more systematic knowledge of how the legal system works rather than less, regardless of the normative implications of that knowledge“; *Mark C. Suchman/Elizabeth Mertz*, *Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism*, *Annual Review of Law and Social Science* 6 (2010), 555–579, mit einer differenzierten Einschätzung der Folgen der verschiedenen Formen des „new legal empiricism“.



gal studies“ und andere Begrifflichkeiten jedenfalls in wesentlichen Teilen erfasst werden.<sup>4</sup>

Vor diesem Hintergrund sollen drei Forschungsperspektiven aus dem weiten Objektbereich der Rechtssoziologie aufgegriffen werden, die für ihr Wissenschaftsprogramm von besonderer Wichtigkeit sind und erklären helfen, warum die Rechtssoziologie eine klassische und in der Gegenwart intensiv betriebene Art der Auseinandersetzung mit Recht bildet. Die Verfolgung dieser Perspektiven führt nicht nur zu einer Vielzahl aufschlussreicher Einzelerkenntnisse, sondern auch, so soll plausibel gemacht werden, zu Problemen mit existentiellem Gewicht für die menschliche Zivilisation der Gegenwart. Dazu gehören nicht zuletzt Fragen nach der gesellschaftstheoretischen Bedeutung von Grund- und Menschenrechten, Demokratie, Verfassungsstaatlichkeit, einem in diesem Rahmen entfalteten Rechtssystem und einer rechtlich gebändigten internationalen Ordnung für den politischen Selbstentwurf von Menschen im Recht und seinen Institutionen, der der schwierigen Idee der Gerechtigkeit verpflichtet bleibt.

## 2. Drei Perspektiven auf das Recht

Zu den untersuchten Perspektiven zählt erstens die *soziologische Aufklärung der Rechtspraxis*. Die Notwendigkeit solcher Aufklärung war nicht immer offensichtlich und ist auch heute nicht durchweg selbstverständlich.

Recht ist ein normatives Phänomen, wobei in der Gegenwart Recht vor allem als positives Recht wirksam wird und aufgrund seiner Normativität von Tatsachenfragen gerade zu unterscheiden ist. Die Setzung von Recht ist aber das Produkt von zielorientiertem Handeln und muss deswegen daran interessiert sein, sich zu vergewissern, wie die Verhältnisse tatsächlich beschaffen sind, die reguliert werden sollen und welche Erkenntnisse es dazu gibt, ob und in welcher Form ein ge-

4 Vgl. *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, <sup>3</sup>2017, § 3, für einen Überblick.

gegebenes Regulierungsziel mit den Mitteln des Rechts erreicht werden kann.

Recht wird zudem auf konkrete Lebensverhältnisse angewandt. Dabei geht es um einzelne Sachverhalte, wie etwa spezifische subjektive Zustände eines Normadressaten bei einem Normbruch wie einem Diebstahl – etwa einen ‚Vorsatz‘. Es geht aber auch um andere Tatsachenfragen, die nicht nur einzelne, sondern eine Vielzahl von Personen betreffen, beispielsweise die faktische Wirkung eines religiösen Symbols auf die Werthorizonte einer Gesellschaft – eine Frage, die für die mögliche rechtlich bewehrte Freiheit, ein solches Symbol öffentlich, womöglich auch im Berufsleben, zu zeigen, von Bedeutung sein kann. Die Schaffung und Anwendung von Recht sind darauf angewiesen, sich dieser tatsächlichen Grundlagen der zu beantwortenden Fragen belastbar zu vergewissern, wenn sie angemessenen Rationalitätsstandards genügen wollen, wozu gerade rechtssoziologische Arbeiten dienen können.

Zweitens bilden rechtssoziologische Analysen eine *Bedingung einer wissenschaftlichen Erkenntnis vom Recht*. Damit ist ein anspruchsvoller Problemkreis angesprochen. Der Anspruch auf Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft ist ein Thema vieler Debatten, die schwierige Fragen der Wissenschafts- und Erkenntnistheorie aufwerfen, etwa zum epistemologischen Status normativer Aussagen. Die Rechtswissenschaft ist geprägt durch das, was im deutschsprachigen Raum Dogmatik genannt wird, d.h. die systematische Entfaltung des Bedeutungsgehalts des geltenden Rechts durch widerlegbare, methodisch reflektierte Argumente. Dieses Erkenntnisfeld unterliegt offensichtlich anderen Wahrheits- oder Richtigkeitskriterien als Forschung über Gravitationswellen, ohne dass dies hieße, dass Kriterien der Wissenschaftlichkeit nicht auch in diesem Bereich existierten. Wissenschaft ist nicht auf Naturwissenschaften begrenzt.

Recht ist aber auch Teil der sozialen Realität, die mit entsprechenden wissenschaftlichen Mitteln erschlossen werden muss. Eine Wissenschaft vom Recht, verstanden als umfassendes, methodisch diszipliniertes, auf argumentativ vermittelten Gründen beruhendes Erklären und Verstehen des Rechts, setzt deswegen auch sozialwissenschaftli-

che Perspektiven voraus, wenn sie der Komplexität ihres Gegenstandsbereichs gerecht werden will.

Drittens formt die Rechtssoziologie *ein wichtiges Element der Gesellschaftstheorie*. Es ist kein Zufall, dass gerade Reflexionen über das Recht eine herausgehobene Rolle in Theorien gespielt haben, die für die Entwicklung der Soziologie insgesamt von großer Bedeutung waren. Max Webers Überlegungen sind ein klassisches Beispiel dafür.<sup>5</sup> Das Recht ist ein wesentliches Element der Struktur von Gesellschaften, staatlicher sowie vorstaatlicher, vielleicht sogar aller Gesellschaften. Es kann deswegen keine anspruchsvolle Gesellschaftstheorie geben, die nicht die Analyse des Rechts integriert. Umgekehrt wird man das Phänomen Recht nicht begreifen können, ohne es aus dem Blickwinkel einer überzeugenden Gesellschaftstheorie zu reflektieren.

Diese Forschungsperspektiven zeigen, warum Rechtssoziologie zu dem gehört, was weithin als Proprium der Rechtswissenschaft bezeichnet wird.<sup>6</sup> Eine Rechtswissenschaft, die rechtssoziologische Erkenntnisinteressen oder andere sozialwissenschaftliche Perspektiven auf das Verhältnis von Recht und Gesellschaft vernachlässigt, gefähr-

- 5 Vgl. z.B. *Werner Gephart/Siegfried Hermes*, Nachwort, in: *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft – Recht*, Studienausgabe der Max Weber-Gesamtausgabe, I/22-3, hg. von Werner Gephart/Siegfried Hermes, 2014, 167–244, 168 f.: „Dabei fügen diese Schriften – in außerordentlicher Kühnheit bis zur Unverständlichkeit – Epochen, Rechtskulturen, Rechtssysteme in ihren jeweiligen Bezügen zu Wirtschaft, Politik und Religion zu einem polyphonen Klang der Sphären der Moderne zusammen, aus denen sich die Eigenart des okzidental Rationalismus und dessen Entwicklungsmuster in paradigmatischer Weise herauschält“.
- 6 Vgl. zur Debatte darum (auch dazu, ob es ein Proprium einer sich wandelnden Rechtswissenschaft überhaupt geben könne) etwa die Beiträge in *Christoph Engel/Wolfgang Schön* (Hg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007. Für einen „strictly legal point of view“ *Wolfgang Ernst*, *Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers*, im selben Band, 3–49, 15 ff. Zu den Herausforderungen gegenwärtiger interdisziplinärer Rechtsforschung *Susanne Baer*, *Recht als Praxis. Herausforderungen der Rechtsforschung heute*, *ZfRSoz* 36 (2016), 213–232. Dabei ist auch zu bedenken, dass rechtssoziologische Fragestellungen in der Rechtswissenschaft zur Selbstverständlichkeit geworden sind, vgl. dazu *Horst Dreier*, *Einführung*, in: ders. (Hg.), *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts*, *Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz*, 2000, 1–7, 5 ff.

det ihren Anspruch auf Wissenschaftlichkeit.<sup>7</sup> Das ist die erste zu verteidigende und nicht besonders überraschende These, die vor allem den Erkenntnisstand zusammenfasst.

### 3. Politische Herausforderungen an die Gesellschaftstheorie

Die folgenden Bemerkungen möchten bei dieser ersten, allerdings auch nicht nebensächlichen These nicht stehenbleiben, sondern versuchen, einen Schritt in weniger wegsames Gelände zu unternehmen und einige vielleicht neue, jedenfalls nicht selbstverständliche Perspektiven auf Kernelemente des Rechts der Gegenwart zu entwickeln. Dazu soll ein klassisches Problem der Rechtssoziologie und Theorie der Gesellschaften der Moderne für die Gegenwart aufgegriffen und neu bedacht werden. Die spezifische Problemstellung versucht dabei, auf fundamentale und weithin diskutierte Herausforderungen der Gegenwart an moderne Gesellschaften, die mehr sind als ein ephemeres Kräuseln der politisch-rechtlichen Oberfläche des Zusammenlebens von Menschen, gesellschaftstheoretisch reflektierte Antworten zu finden.

Fünf Beobachtungen zur faktischen Entwicklung moderner Gesellschaften und zum gegebenen Zustand von Recht in der Gegenwart sollen einleitend dazu dienen, deutlich zu machen, warum es dabei nicht nur um Spiegelfechtereien im Reich von Theorien geht, die sich

7 Vgl. etwa die Problemfassung von *Oliver Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 1–49, 3, wonach es um Erwartungen gehe, die an die Bearbeitung von Recht gestellt würden: „Was also leistet die Wissenschaft bei der Behandlung des Rechts? Leistet sie das Richtige? Unterscheidet sie sich hinreichend von anderen Akteuren, die Recht erzeugen und anwenden (Legislative, Judikative, Exekutive), die Recht instrumentell anwenden (Individuen, Wirtschaft) oder wissenschaftlich beobachten (Politologen, Historiker, Soziologen)?“. Skeptisch zu einem substantiellen Wissenschaftsbegriff *Marietta Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, 2018, 15. Zur Debatte, wie die Rechtswissenschaft wissenschaftstheoretisch verankert werden kann, z.B. im Überblick *Matthias Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, <sup>5</sup>2018, § 34.

selbstgefällig um sich selber drehen, den Kontakt zu den Herausforderungen der Rechtswirklichkeit aber verloren haben.

a) *Der Sieg von Menschenrechten und Konstitutionalismus?*

Erstens: Die Idee des grundrechtsorientierten demokratischen Verfassungsstaats, eingebunden in eine menschenrechtlich verpflichtete internationale Ordnung, ist mit dem Zusammenbruch der staatssozialistischen Systeme nach 1989 zur *legitimationstheoretisch* (wenn auch nicht in der sozialen Realität) vorherrschenden politischen Ordnungsform geworden.<sup>8</sup> Auch die internationale Ordnung wird zunehmend im Rahmen konstitutioneller Begriffe gedacht.<sup>9</sup>

Der Konstitutionalismus ist dabei eine normativ anspruchsvolle politische Theorie, die sich auf die Verwirklichung von Würde, Gleichheit, Freiheit und Solidarität richtet und diese strittigen normativen Begriffe für die Legitimität ihres Projekts voraussetzt. Diese Idee hat Wirkungen aber nicht nur im Bereich politischer *Theorie* entfaltet, sondern *faktisch* die Transformationsprozesse einer beträchtlichen Anzahl von politischen Ordnungen und ihre rechtliche Sedimentierung in Verfassungen geprägt. Diese politische Ordnungsform ist heute ein globales Phänomen. Beinahe alle Staaten der Welt haben heute Verfassungen, viele beanspruchen, eine Demokratie zu sein. Nach 1989 schien dieses Ordnungsmodell sogar für einige Jahre ohne echte politische Alternative zu sein.

8 Berühmt ist die viel weitergehende These vom Ende der Geschichte, *Francis Fukuyama*, *The End of History and the Last Man*, 1992, bei dem „History“ (großgeschrieben) einen definierten normativen Gipfelpunkt besitzt, vgl. ebd., Xii.

9 Vgl. z.B. *Jan Klabbers/Anne Peters/Geir Ulfstein*, *The Constitutionalization of International Law*, 2009; *Oliver Diggelmann/Tilmann Altewicker*, *Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism*, *ZaöRV* 68 (2008), 623–650; *Axel Tschentscher*, *Verfassung im Völkerrecht. Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates?*, *VVDStRL* 75 (2016), 407–438; *Heike Krieger*, *Verfassung im Völkerrecht. Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates?*, *VVDStRL* 75 (2016), 439–496.

Nach den gefallenen monarchischen Festungen hatten auch die oligarchischen Parteiensysteme des Staatssozialismus die Flagge gestrichen, zivile und militärische Diktaturen wurden in Demokratien transformiert, ja, sogar der Versuch unternommen, politische Führer solcher Systeme strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, wie im paradigmatischen Fall von Augusto Pinochet im Zuge der demokratischen Transformation von Chile.

Mit dieser Beobachtung zu den Geländegewinnen der konstitutionellen Idee ist gleichzeitig eine Aussage über eine mögliche Struktur der Legitimationsvorstellung der Mitglieder vieler Gesellschaften getroffen, die sich sogar in gewissem Grade in demokratischen Revolutionen in verschiedenen staatssozialistisch organisierten Systemen oder in den politischen Alternativentwürfen zu Diktaturen manifestierte: Ideen der Autonomie und Gleichheit von Menschen, ihrer Würde und Freiheit, die politische Theorie von begrenzter Regierung, Gewaltenteilung und der Bedeutung von grundrechtsgebundener Rechtsstaatlichkeit, die normativen Annahmen, die dem Konstitutionalismus als politischer Idee und rechtlicher Wirklichkeit unterliegen, hatten eine Vielzahl von Menschen als politische Zielvorstellung ergriffen. Das kann man mangels hinreichend belastbarer sozialwissenschaftlicher Daten jedenfalls in Anbetracht ihres politischen Handelns und Entscheidens einigermaßen plausibel vermuten. Die politischen Forderungen nach Grundrechtsschutz und Demokratie im ‚Arabischen Frühling‘, dessen kurze, aber erinnerungswerte Blüte, unterstreichen diese Beobachtung nur.

Am Beginn des 21. Jahrhunderts standen die weltgeschichtlichen Türen den politischen Ideen von Menschenrechten und Konstitutionalismus weit offen – so schien es.

### *b) Rechtsstaatsdämmerung?*

Zweitens: In den letzten Jahren hat eine Reihe von Entwicklungen dazu beigetragen, diese Lage fundamental zu verändern oder – je nach Perspektive – die wirkliche politische Tiefendimension des angedeuteten politischen Prozesses kenntlich zu machen. Die Systemfrage wird

wie 1989, nur unter verwandelten politischen Vorzeichen, erneut gestellt.

In verschiedenen ehemaligen Transformationsstaaten haben sich gegenüber demokratischen Bewegungen stabile autoritäre Regime durchgesetzt, die sich z.T. einer demokratischen Fassade bedienen, wie etwa in Russland. In China wurde das hierarchisch-autoritäre System weiter gefestigt, in Indien als der größten Demokratie der Welt zeigt die Entwicklung aus der Sicht nachdenklicher Beobachter Demokratie- und grundrechtsgefährdende, vielleicht sogar schon noch bedrohlichere Züge. Der demokratische Widerstand im Jahr 2016 in der Türkei hat den Putschisten den Weg versperrt. Der Putsch hat aber dazu geführt, dass dieses in vieler Hinsicht für die Weltpolitik wichtige Land seinen in der Entwicklung begriffenen, verfassungsstaatlichen und demokratischen Charakter durch vielfältige Grundrechtsverletzungen, politische Säuberungswellen oder Einschränkungen des freien politischen Prozesses verliert. In Europa zeigen die Entwicklungen in Polen und Ungarn die Möglichkeiten der Erosion wesentlicher rechts- und verfassungsstaatlicher Errungenschaften in kurzer Zeit. Verschiedene politische Kräfte haben zudem in vielen europäischen Staaten an Einfluss gewonnen, die durch Angriffe auf Minderheiten und ihre Grundrechte, auf die Unabhängigkeit der Gerichte, auf eine pluralistische politische Kultur, nicht zuletzt pluralistische öffentliche Medien, einen aggressiven politischen Nationalismus oder die Delegitimierung internationaler Institutionen, Organisationen und Grundrechtsschutzsysteme das Ordnungsmodell des international eingebundenen demokratischen Verfassungsstaates grundlegend in Frage stellen – mit zum Teil erheblichem politischen Erfolg, der bis in Regierungämter führt.

Auch andere Weltregionen sind betroffen: Südamerika wird von tiefen politischen Krisen erfasst, nachdem die Epoche der zivilen und militärischen Diktaturen beendet zu sein schien, wie die andauernde Verfassungskrise in Brasilien nicht weniger illustriert als die Entwicklung in Venezuela.

Im Nahen und Mittleren Osten haben die Kriege in Syrien, im Irak und im Jemen ebenso wie die innenpolitische Entwicklung in verschiedenen Staaten, nicht zuletzt Ägypten, seit dem ‚Arabischen Frühling‘ die Hoffnungen auf demokratische Fortschritte auf lange Zeit er-

stickt. Selbst Israel bewegt sich auf einem Pfad, der die innere demokratische und rechtsstaatliche Struktur gefährdet.

Auch in Afrika muss man nach weiteren Beispielen für krisenhafte Entwicklungen nicht lange suchen. Sogar Südafrika als eine der einflussreichsten Verfassungsordnungen der Welt ist in einer der wohl grundlegendsten Krisen seit dem Ende des Apartheid-Regimes.

Schließlich sei als letztes Beispiel auf die USA und die Präsidentschaft Donald Trumps hingewiesen, dessen Amtsführung wesentliche Aspekte der Gewaltenteilung wie die Unabhängigkeit der Gerichte, Rechtsstaatlichkeit, Transparenz und Korruptionsverbot, den Schutz vor Diskriminierungen aufgrund von Religion, zugeschriebener Rasse oder ethnischer Herkunft, ja selbst grundlegende Freiheitsrechte wie die Pressefreiheit und eine kooperative Weltordnung des Rechts in Frage stellt.

Diese Beispiele betreffen in vieler Hinsicht unterschiedliche Fälle, die man ohne Zweifel nicht über einen analytischen Kamm scheren kann. Manche teilen aber Familienähnlichkeiten, etwa die rechtspopulistischen Strömungen in Europa und den USA.<sup>10</sup> Manche dieser politischen Entwicklungen werden vielleicht schon bald anderen, vielleicht erfreulicheren weichen, weil die politischen Gezeiten in den betroffenen Ländern wechseln. Insgesamt kann man jedoch festhalten, dass innerhalb einer Generation die politische Realität der Idee des demokratischen Verfassungsstaates eine grundlegende Wandlung erlebt hat: Die Perspektive einer gesicherten zivilisatorischen Errungenschaft, die allmählich, wenn auch nicht notwendig, weitere politische Ordnungen prägen könnte, ist einer tiefen Krise gewichen, die die Möglichkeit politischen Autoritarismus und damit auch die einer anderen politischen Ordnungsform mit Nachdruck auf die Tagesordnung der Geschichte gesetzt hat.

10 Vgl. aus der vielfältigen Literatur zum Populismus und seiner Analyse *Cas Mudde/Cristóbal Rovira Kaltwasser* (Eds.), *Populism in Europe and the Americas: Threat or Corrective for Democracy?*, 2013; *dies.*, *Populism: A Very Short Introduction*, 2017; *Jan-Werner Müller*, *Was ist Populismus?*, 2016.



### *c) Die neue Politik des Irrationalismus*

Drittens: Mit dieser Entwicklung geht eine weitere, bemerkenswerte einher. Eine dem anspruchsvollen Raum der Gründe verpflichtete politische Kultur, eine spezifische historisch unter beträchtlichen Opfern gewachsene epistemische Lebenswelt, wird durch selbstgewissen Irrationalismus und seine strategische Dienstbarmachung zu politischen Zwecken in wichtigen Bereichen in ihrer Existenz bedroht.

Allein die Diskussion einer ‚post-faktischen‘ Politik, einer Politik, die sich von Wahrheitsansprüchen entbindet, deutet an, wie tiefgreifend die Herausforderung ist. Es geht um nicht weniger als die Relevanz geteilter Maßstäbe für Gründe, die Einsicht ermöglichen. Dazu gehört der Respekt vor den Befunden empirisch fundierter Wissenschaften, auch und gerade wenn deren Botschaften unbequem sind und die eigenen Lebensweisen tiefgreifend herausfordern, wie es etwa in Hinblick auf den Klimawandel der Fall ist. Aber auch darüber hinaus ist Achtung vor Argumenten von offensichtlicher Bedeutung. Wenn die Entbindung von nachvollziehbaren Gründen politisch und kulturell salonfähig wird, wenn politische Kräfte Irrationalismus wirksam kultivieren, nicht zuletzt mit den Mitteln und unter den Bedingungen der digitalen Gesellschaft, gerät eine bestimmte epistemische Lebenswelt in Gefahr. Die Selbstbindung von Menschen an Gründe, für deren Kraft allein entscheidend ist, wie weit sie reflexiv tragen, nicht aber, ob es die von einem selbst vorgebrachten oder den eigenen Interessen nützliche sind, ob sie starke Empfindungen bedienen oder verführerische Illusionen erhalten, ob sie die eigene Eitelkeit und Selbstgerechtigkeit befriedigen oder ob sie weltlichen und religiösen Autoritäten gefallen, ist eine Errungenschaft, die durch geistige Befreiungsbewegungen mühsam erkämpft wurde, wie beschränkt auch immer sie zur Wirklichkeit geworden ist.

Es ist keine Kleinigkeit, wenn Menschen berechtigterweise das Bedürfnis verspüren, für den Respekt vor Wissenschaft auf die Straße zu gehen.<sup>11</sup>

#### d) *Konstitutionalismus und Globalisierung*

Viertens: Die Entwicklung trifft in einer sehr komplexen Weise auf das Phänomen der Globalisierung. Damit soll ein Zustand bezeichnet werden, in dem Menschen über nationalstaatliche Grenzen hinweg in einem relevanten Maße wirtschaftlich zusammenarbeiten, politisch koordiniert handeln, gemeinsame rechtliche Rahmenordnungen entwickeln und bestimmte Elemente einer Kultur teilen. Dies kann man festhalten ohne die vielen gegenläufigen Entwicklungen zu übersehen. Der Begriff kann so verstanden werden, dass damit eine bestimmt gerichtete Entwicklung bezeichnet wird, womöglich sich verstärkend seit einem spezifischen Zeitpunkt der Vergangenheit, die normativ als erstrebenswert oder ablehnungswürdig bewertet wird. Hier soll es schlicht um die Tatsache gehen, dass ein bestimmtes Maß an wirtschaftlicher, politischer, rechtlicher und kultureller Integration in globalem Maßstab existiert, ohne zu implizieren, dass es nicht auch in anderen Zeiten internationale Integration gegeben hätte oder dass es sich um einen gerichteten Prozess handeln würde. Diese Entwicklung findet ihr Gegenstück in der Entwicklung von entsprechenden wissenschaftlichen Perspektiven, die sich selbstreflexiv internationalisieren.<sup>12</sup>

11 Vgl. z.B. *Nicholas St. Fleur*, Scientists, Feeling Under Siege, March Against Trump Policies, *The New York Times*, 22.4.2017.

12 Vgl. z. B. die bewussten Bemühungen einer globalen Soziologie der Moderne in *Peter Wagner*, *Modernity*, 2012, 150 ff., oder die Entwicklung hin zu „global history“, vgl. z.B. *James Belich/John Darwin/Margret Frenz/Chris Wickham* (Eds.), *The Prospects of Global History*, 2016.

e) *Fin de partie?*

Fünftens: Die Angriffe auf den demokratischen Verfassungsstaat erfolgen vor dem Hintergrund weitreichender fundamentaler Herausforderungen, die klassische Probleme der Sozialgeschichte neu formulieren. Dazu gehören etwa die zu einem Leitthema gewordene soziale Ungleichheit,<sup>13</sup> andauernde Armut in vielen Teilen der Welt, kriegerrische Auseinandersetzungen, die sozialen Folgen technologischer Innovation, heute etwa durch Digitalisierung, oder die Migrationsbewegungen. Die Weltwirtschaft wird durch fragile Strukturen gekennzeichnet, die sogar die Frage nach einer teuer gekauften Endzeit des „demokratischen Kapitalismus“ aufgeworfen haben.<sup>14</sup> Manche Probleme, wie die fortdauernde, aus der Sicht von manchen sogar verstärkte atomare Bedrohung<sup>15</sup> oder der Klimawandel, stellen darüber hinaus sogar die Existenzform der Menschen insgesamt in Frage. Demokratisch legitimierte, rechtlich stabil verfasste, auf internationale Kooperation angelegte politische Ordnungen, die in eine politische Kultur eingebettet sind, in der Gründe noch zählen, scheinen in Anbetracht dieser Lage von zentraler Bedeutung zu sein, um Lösungen dieser Probleme zu finden – jedenfalls wenn man die Fähigkeit eines politisch irrationalen, nationalistisch konfrontativen Autoritarismus, auch wenn er eine demokratische Fassade besitzt, für beschränkt hält, diese Herausforderungen zu meistern.

Die skizzierten Entwicklungen drohen mithin, menschlichen Gesellschaften die vielversprechendsten Organisationsformen zu neh-

13 *OECD*, In It Together: Why Less Inequality Benefits All, 2015; vgl. z.B. die Materialien des *IMF*, *IMF's Work on Income Inequality*, <https://www.imf.org/external/nip/fad/inequality/> (29.5.2018); vgl. etwa zum „capitalisme patrimonial“ *Thomas Piketty*, *Le capital au XXIe siècle*, 2013.

14 Vgl. dazu *Wolfgang Streeck*, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, 2015.

15 Vgl. z.B. (aus der Perspektive eines Insiders) *William J. Perry*, *My Journey at the Nuclear Brink*, 2015. Das greift eine nicht erledigte Frage auf: „But whether mankind will think itself worth preserving remains a doubtful question“, *Bertrand Russell*, *Autobiography* [1967], 2000, 653.

men, um ihre grundlegendsten Probleme zu lösen, die vermutlich sogar nackte Überlebensfragen betreffen.

Die Frage, die sich in Anbetracht dieser einigermaßen beunruhigenden Beobachtungen aufdrängt, lautet: Was können rechtssoziologische Theorien – als Teil der Gesellschaftstheorie und durch sie informiert – zur Erklärung dieser Entwicklungen beitragen? Und was zur Lösung der damit aufgeworfenen Probleme?

#### 4. Die Leitfrage

Der Versuch, diese wichtigen Fragen wenigstens annäherungsweise zu beantworten, wird den Schwerpunkt der folgenden Überlegungen bilden. Das vieldiskutierte Problem der Rechtssoziologie als Teil der Gesellschaftstheorie der Moderne, das dabei aufgegriffen werden soll, lautet: Kann die Entwicklung des modernen Rechts, seit den bürgerlichen Revolutionen des 18. Jahrhunderts konkret paradigmatisch verkörpert im grundrechtsgebundenen, demokratischen, heute international rechtlich eingebetteten, in wie immer begrenztem Maße weltbürgerlich orientierten Verfassungsstaat, als Teil eines epochalen gesellschaftlichen *Rationalisierungsprozesses* aufgefasst werden? Wird in dieser rechtszivilisatorisch anspruchsvollen Ordnungsform der Gegenwart menschliche *Vernunft* in einem gesellschaftsformenden Sinne unmittelbar und – das ist entscheidend – *nicht nur als instrumentelle Rationalität* praktisch?

*Vernunft* soll hier in einer ersten umrisshaften Annäherung die Fähigkeit von Menschen beschreiben, theoretische und praktische Propositionen, die berechtigt einen Wahrheits- oder Richtigkeitsanspruch erheben können, geistig zu erfassen und durch die Möglichkeit ihrer plausiblen Begründung zutreffend als wahr oder richtig zu identifizieren.

Zu diesen möglichen Gegenständen der Erkenntnis gehören empirisch rückgebundene Einsichten fallibler, nur argumentativ einlösbarer Wahrheitsansprüchen verpflichteter Wissenschaften. Dazu gehören aber auch – ein Kern der Idee praktischer Vernunft – Ideen von Würde, Freiheit, Gleichheit und mitmenschlich gebotener Solidarität sowie

Aussagen zur Struktur ihrer Verwirklichungsformen, z.B. in einer verfassungsstaatlich organisierten, sozial verantwortlichen Demokratie, die ihren Platz in der politischen Gemeinschaft der Welt kooperativ sucht.

Macht es Sinn, diese Fragen zu stellen, wenn man nicht aus den Augen verliert, welche kulturellen Verluste mit einer bestimmten Art von Rationalisierung durchaus plausibel verbunden werden,<sup>16</sup> die für die „letzten Menschen dieser Kulturentwicklung“ womöglich hinter einer Fassade von tröstlichen Selbsttäuschungen eine radikale Entleerung ihrer Daseinsform bedeuten?<sup>17</sup> Kann man eine solche Perspektive ohne Vernunftmetaphysik und in Kenntnis sowie unter konstruktivi-

16 Vgl. die zu Recht berühmten Aussagen Max Webers, *ders.*, Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, Max Weber-Gesamtausgabe (im Folgenden MWG) I/18, hg. von Wolfgang Schluchter, 2016, 123–492, 486 f.: „Der Puritaner wollte Berufsmensch sein, – wir *müssen* es sein. Denn indem die Askese aus den Mönchszellen heraus in das Berufsleben übertragen wurde und die innerweltliche Sittlichkeit zu beherrschen begann, half sie an ihrem Teile mit daran, jenen mächtigen Kosmos der modernen, an die technischen und ökonomischen Voraussetzungen mechanisch-maschinellem Produktion gebundenen, Wirtschaftsordnung zu erbauen, der heute den Lebensstil aller Einzelnen, die in dieses Triebwerk hineingeboren werden – nicht nur der direkt ökonomisch Erwerbstätigen –, mit überwältigendem Zwange bestimmt und vielleicht bestimmen wird, bis der letzte Zentner fossilen Brennstoffs verglüht ist. Nur wie ‚ein dünner Mantel, den man jederzeit abwerfen könnte‘, sollte nach Baxters Ansicht die Sorge um die äußeren Güter um die Schultern seiner Heiligen liegen. Aber aus dem Mantel ließ das Verhängnis ein stahlhartes Gehäuse werden. Indem die Askese die Welt umzubauen und in der Welt sich auszuwirken unternahm, gewannen die äußeren Güter dieser Welt zunehmende und schließlich unentrinnbare Macht über den Menschen, wie niemals zuvor in der Geschichte. Heute ist ihr Geist – ob endgültig, wer weiß? – aus diesem Gebäude entwichen. Der siegreiche Kapitalismus jedenfalls bedarf, seit er auf mechanischer Grundlage ruht, dieser Stütze nicht mehr. Auch die rosige Stimmung ihrer lachenden Erbin: der Aufklärung, scheint endgültig im Verbleichen, und als ein Gespenst ehemals religiöser Glaubensinhalte geht der Gedanke der ‚Berufspflicht‘ in unserm Leben um“ (Herv. i. Orig.).

17 Vgl. die weiteren Bemerkungen zum „stahlharten Gehäuse“, ebd., 488: „Niemand weiß noch, wer künftig in jenem Gehäuse wohnen wird und ob am Ende dieser ungeheuren Entwicklung ganz neue Prophetien oder eine mächtige Wiedergeburt alter Gedanken und Ideale stehen werden, *oder* aber – wenn keins von beiden – mechanisierte Versteinerung, mit einer Art von krampfhaftem Sich-wichtig-nehmen verbrämt. Dann allerdings könnte für die ‚letzten Menschen‘ dieser Kulturentwick-

ver Rezeption der Einsichten der verschiedenen Wellen der Vernunftkritik – etwa der Kritischen Theorie, der Postmoderne oder der kritischen Archäologie und Genealogie von Wissensstrukturen – vertreten? Ist dies denkbar, wenn verschiedene Theorien bestimmte Formen der Rationalität und des Vernunftgebrauchs für Bedingungen der Möglichkeit von Grundübeln der Moderne halten?<sup>18</sup> Ist das Charisma der Vernunft nicht verflogen?<sup>19</sup>

Liegt ein Kerngehalt der Entwicklung der Moderne nicht auch gerade in ihrer Selbstreflexivität, die aus dem Bewusstsein der Vielfalt möglicher Perspektiven, die die Erkenntnis strukturieren, der Einsicht in die (pfadabhängige) historische Kontingenz von Werten und Normen sowie durch die Bereitschaft zur kritischen Distanzierung von jeweils eigenen Vorstellungen gespeist wird?

Andererseits: Kann nicht gerade die Ablösung einer politischen Massenkultur von politischen und ethischen Vernunftmaßstäben als Kern totalitärer Katastrophen angesehen werden, wobei vorausgesetzt wird, dass Begriffe wie *Wirklichkeit* und *Erfahrung*, *Wahrheit* und *Lü-*

lung das Wort zur Wahrheit werden: „Fachmenschen ohne Geist, Genußmenschen ohne Herz: dies Nichts bildet sich ein, eine nie vorher erreichte Stufe des Menschentums erstiegen zu haben“ (Herv. i. Orig.).

18 Vgl. z.B. *Max Horkheimer/Theodor W. Adorno*, Dialektik der Aufklärung, 1969; *Zygmunt Bauman*, Modernity and the Holocaust, 1989, als jüngeres Beispiel für die These, instrumentelle Rationalität ohne moralischen Kompass sei der Kern der Ursachen der Katastrophe der Shoah: „The conditions propitious to the perpetration of genocide are thus special, yet not all exceptional. Rare, but not unique. Not being an immanent attribute of modern society, they are not an alien phenomenon either. As far as modernity goes, genocide is neither abnormal nor a case of malfunction. It demonstrates what the rationalizing, engineering tendency of modernity is capable of if not checked and mitigated, if the pluralism of social powers is indeed eroded – as the modern ideal of purposefully designed, fully controlled, conflict-free, orderly and harmonious society would have it“, ebd., 114.

19 Vgl. *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft – Herrschaft, MWG I/22-4, hg. von Edith Hanke, 2005, 679: „(D)ie charismatische Verklärung der ‚Vernunft‘ (die ihren charakteristischen Ausdruck in ihrer Apotheose durch Robespierre fand), ist die letzte Form, welche das Charisma auf seinem schicksalsreichen Wege überhaupt angenommen hat“.

ge eine erkennbare, von Menschen teilbare und für die menschliche Lebensform unverzichtbare Bedeutung haben?<sup>20</sup>

Wenn eine solche Perspektive also vielleicht doch Einsichten verspricht – kann man aus diesem Befund etwas über die Bedingungen der Entstehung, Erhaltung, vielleicht sogar Weiterentwicklung dieser Ordnungsform lernen? Und, ebenso wichtig in Anbetracht der geschilderten Lage und existentiellen Probleme: Kann man vielleicht auch etwas lernen über die möglichen Ursachen ihres Verfalls?

Ein Grund für diese spezifische Problemfassung und ihre Bedeutung liegt darin, dass sie sich aus Konstitutionselementen der Idee einer andauernden Moderne ergibt. Der Begriff der Moderne wirft viele Schwierigkeiten auf und ist durchaus nicht leicht fassbar.<sup>21</sup> Ein zentraler Bedeutungsgehalt ist aber, dass die Moderne eine Epoche bilde, in der charakteristische historische, soziale, politische und kulturelle Entwicklungen einen inneren Bezug zu Rationalität und Vernunft besäßen. Sie forme nicht nur eine geschichtliche Phase bunter historischer Ereignisse unter vielen, sondern werde durch einen Prozess gekennzeichnet, in dem sich jedenfalls in Teilen, wenn auch unter vielen Opfern und Tragödien, bestimmte *vernünftige* Prinzipien in tiefen historischen Auseinandersetzungen durchgesetzt hätten.<sup>22</sup> Die „moderne Zeit“ ist nicht nur aus der Sicht Hegels eine auf dem richtigen Weg in

20 Vgl. z.B. die Analyse der Bedeutung von Lüge und „totaler Fiktion“ für die Etablierung totalitärer Herrschaft, *Hannah Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, 1986, 742 ff., 807: „Ohne die Elite, ohne ihre künstlich gezüchtete Unfähigkeit, Tatsachen zu verstehen und Wahrheit von Lügen zu unterscheiden, könnte die Bewegung niemals auch nur versuchen, ihre Fiktion in Wirklichkeit umzusetzen. Die wesentliche negative Qualität der totalitären Elite ist, niemals die Welt, so wie sie ist, als gegeben anzunehmen und niemals Lügen mit Wirklichkeit auch nur zu vergleichen“. Sie fasst zusammen, ebd., 970: „Die große Anziehungskraft, die das dem Terror entsprechende, sich selbst zwingende Denken auf moderne Menschen ausübt, liegt in seiner Emanzipation von Wirklichkeit und Erfahrung. Je weniger die modernen Menschen in dieser Welt noch wirklich zu Hause sein können, desto geneigter werden sie sich zeigen, sich in ein Narrenparadies oder eine Narrenhölle abkommandieren zu lassen, in der alles gekannt, erklärt und von übermenschlichen Gesetzen im vorhinein bestimmt ist“.

21 Vgl. dazu unten Fn. 197.

22 *Jürgen Habermas*, Der philosophische Diskurs der Moderne, <sup>4</sup>1993, 10 f., hält zutreffend fest, dass die Frage, ob die „Modernisierungsvorgänge nicht mehr als Ra-

eine besser gestaltete Welt, deren Maßstab die wirklich gewordene Freiheit des Subjekts ist.<sup>23</sup>

Die Moderne, ihr geistiger und praktisch-politischer, auch rechtlicher Gehalt sind vielfältigen Kritiken ausgesetzt. Die Bedeutung, die der Reflexion des Anspruchs, menschlichem Vernunftgebrauch einen Freiraum praktischer Wirksamkeit geschaffen zu haben, zukommt, wird aber auch durch die Kritik der Moderne bekräftigt: Indem sie die Berechtigung dieses Vernunftanspruchs, ja sogar die Überzeugungskraft eines Vernunftbegriffs überhaupt bestreitet, wird dieser mit der Moderne jedoch gerade identifiziert.<sup>24</sup>

Die Idee, dass die Moderne bestimmten Rationalitätsstandards verpflichtet sei, heißt nicht, dass eine naive Fortschrittsgeschichte geschrieben werden müsste, die die vielen Schrecken der Epoche verschweigt, wenn auch solche Vorstellungen angetroffen werden können. Im Gegenteil, ein wichtiges Kennzeichen des gewonnenen Niveaus der Selbstreflexivität der Moderne ist gerade das Bewusstsein der irrationalen, zerstörerischen Kräfte, die Teil der menschlichen Existenz und Lebensformen sind und historische Prozesse tief prägen, sowie die intellektuell und moralisch angemessen furchtlose Bereitschaft, diesem Teil der menschlichen Existenz ohne Ausflüchte und theoretischen Eskapismus ins Antlitz zu sehen.

Es überrascht deswegen nicht, dass in Gegenwartstheorien der Moderne die Krisen der Moderne und die neuen Herausforderungen, die

tionalisierung, als eine geschichtliche Objektivation vernünftiger Strukturen“ begriffen werden könnten, eine entscheidende Differenz von Modernisierungstheorien markiert.

- 23 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1821], Werke 7, 1986, § 273 Zusatz: „Das Prinzip der neueren Welt ist Freiheit der Subjektivität, daß alle wesentlichen Seiten, die in der geistigen Totalität vorhanden sind, zu ihrem Rechte kommend sich entwickeln“.
- 24 Nicht der Zusammenhang von Moderne und Vernunftanspruch wird bestritten, sondern der Gehalt des Vernunftkonzepts relativiert, vgl. dazu *Habermas*, Diskurs der Moderne (Fn. 22), 11: „Wenn aber die internen Verknüpfungen zwischen dem Begriff der Moderne und dem aus dem Horizont der abendländischen Vernunft gewonnenen Selbstverständnis der Moderne erst einmal aufgelöst sind, lassen sich die gleichsam automatisch weiterlaufenden Modernisierungsprozesse aus der distanzierten Warte eines postmodernen Beobachters aus relativieren“.



soziale Entwicklungsschritte schaffen, als wesentliche Eigenschaft dieser Epoche gekennzeichnet werden,<sup>25</sup> ohne allerdings die Idee der Möglichkeit eines Begriffs des Fortschritts aufzugeben.<sup>26</sup>

Das Bild eines auf seinem Schreibtisch zusammengesunkenen Künstlers, der seinen Kopf auf den zusammengelegten Armen ruhen lässt und dessen vielleicht schlafende, vielleicht träumende Vernunft dämonischen Wesen ungewissen Ursprungs Gelegenheit gibt, den Raum bedrohlich zu erfüllen, ist nicht umsonst zur vielfach zitierten, schon ikonischen ästhetischen Anschauung eines Begriffs der Moderne geworden, der dem Schrecken, der schon war, und dem Schrecken, der noch kommen wird, angemessenen Tribut zollt.<sup>27</sup>

Wenn man also genauer verstehen möchte, ob die genannten Entwicklungen etwas mit den Grundelementen der Epoche der Moderne zu tun haben und welche gesellschaftstheoretischen Schlüsse daraus gezogen werden müssen, wird man ihre Ambivalenzen, ihre womöglich unausgetragenen Widersprüche und dunklen Seiten genau zu bedenken haben. Die Reflexion des Vernunftanspruchs der Moderne als Teil einer Gesellschaftstheorie des Rechts impliziert deshalb keine teleologische Geschichts- oder Sozialphilosophie, für die in der Moderne – womöglich gar in einer spezifischen Rechtsordnung wie dem deutschen Grundgesetz oder der schweizerischen Bundesverfassung – der Höhepunkt menschlicher Entwicklung erreicht wird. Es handelt sich insbesondere nicht darum, zu behaupten, die Moderne habe ein Monopol auf Einsichten und andere Zeiten seien die bloße Vorgeschichte des eigentlichen menschlichen Lebens gewesen. Die menschliche Geschichte ist zu vielschichtig für solche Thesen. Manches wurde in der Vergangenheit erreicht, was bis heute unübertroffen ist, nicht nur in der Kunst, manches in der Moderne anderen Menschen angetan, das in früheren Zeiten nicht vorstellbar gewesen war. Wie die Zukunft aussehen wird, welche nicht ganz geheuren Geister uns noch entgegenkommen mögen, weiß zudem niemand. Es geht deshalb allein

25 *Wagner*, *Modernity* (Fn. 12), 28 ff.

26 *Peter Wagner*, *Progress: A Reconstruction*, 2016.

27 *Francisco Goya y Lucientes*, *El sueño de la razón produce monstruos*, Capricho No. 43, in: *Los caprichos*, 1799.

darum, aus der Sozial- und Kulturgeschichte der Moderne (wie aus anderen Zeitaltern) das herauszuschälen, was womöglich plausiblen, erkenntnistheoretisch auch für die Gesellschaftstheorie abgesicherten Vernunftmaßstäben entsprechen könnte – nüchtern und ohne teleologische Epochenmetaphysik.

Damit ist umgekehrt aber auch gesagt, dass das Erkenntnisziel der Gesellschaftstheorie nicht darin bestehen kann, sich durch die Totalität von wohlfeilen Relativierungen in einer theoretischen Nacht aufzulösen, in der alle Katzen grau sind. Wissenschaftliche Arbeit macht substantielle Stellungnahmen unausweichlich – widerlegbar, bescheiden, aber notwendig mit dem Anspruch, ein Erkenntnisobjekt richtig erfasst zu haben, auch in einer Gesellschaftstheorie eines normativen Phänomens wie dem Recht.<sup>28</sup>

Wenn im Folgenden Menschenrechte, Verfassungsstaat und internationale Ordnung im Mittelpunkt stehen, wird nicht übersehen, dass viele wesentliche politische und ethische Fragen im Privat- und Strafrecht geregelt werden, die jede Aufmerksamkeit verdienen. Auch diese Rechtsgebiete entfalten sich jedoch heute im Rahmen von Grundrechten, Verfassungsstaat und Völkerrecht. Erkenntnisse zu Letzteren können deshalb auch für Erstere – bei aller Selbstständigkeit – fruchtbar sein.<sup>29</sup>

28 Wagner weist zutreffend darauf hin, dass es ein Bedürfnis gibt, sich auf die Diskussion konkreter Elemente einer wohlgeordneten Gesellschaft auch gesellschaftstheoretisch substantiell einzulassen, vgl. *ders.*, *Modernity* (Fn. 12), 31: „The debate over the end of modernity and the rise of postmodernity during the 1980s and 1990s may not have had a clear conclusion, but by now one can see how the centre of discussion has shifted towards the exploration of forms of modernity rather than the end of it. Inadvertently (and sometimes one would want more explicitness), this means that the normative concerns of modernity, and similarly the question where and how to identify their realization in the existing world, have remained significant“.

29 Dieser Befund wirft grundsätzliche Fragen auf. Vgl. z.B. die Überlegungen von *Marietta Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 2014, 130 ff. zu Schrankenregimen des Eigentumsbegriffs und die Kritik von *Oliver Lepsius*, *Der Privatrechtsdiskurs der Moderne aus der Sicht des öffentlichen Rechts*. Statement zu Marietta Auer, in: Michael Grünberger/Nils Jansen (Hg.), *Privatrechtstheorie heute*, 2017, 82–97.

## 5. Erbschaften der Geschichte

Vom Theoretiker der Wertfreiheit der Sozialwissenschaften kann man lernen, dass die Wahl erkenntnisleitender Interessen selbst nicht wertfrei ist.<sup>30</sup> Der Grund des Interesses gerade an den umrissenen Fragen ist nach dem Vorstehenden nicht schwer zu benennen. Er hängt mit dem angedeuteten Eindruck zusammen, dass der Fortbestand einer normativ anspruchsvollen, durch historische Erfahrungen und zwingende Gründe abgesicherten politisch-rechtlichen Ordnungsform aufgrund der verschiedenen genannten äußeren und inneren Herausforderungen und Bedrohungen keine Selbstverständlichkeit ist. Sie illustrieren im Gegenteil, dass das Projekt einer Menschenrechtskultur und eines demokratischen Verfassungsstaates, der sich einer internationalen Gemeinschaft verpflichtet weiß, womöglich nicht die Zukunft prägen wird, dass das Zeitalter der Menschenrechte, der bürgerlichen, konstitutionellen Revolutionen, ihrer Reflexe und transformierenden Fortschreibungen im Völkerrecht an Einfluss weiter verlieren, regional begrenzt bleiben, vielleicht sogar zu Ende gehen könnte, noch bevor es in allen Staaten wirklich hatte anbrechen können.

Zerstörerischer politischer Irrationalismus ist eine sozialhistorisch höchst wichtige, weil faktisch sehr wirksame Kategorie. Wie weit dieser Irrationalismus gehen kann, hat das 20. Jahrhundert deutlich genug in die Geschichtsbücher geschrieben. Diese Bedrohung gehört auch keineswegs der Vergangenheit an. Die Wucht, mit der irrationaler politisch-religiöser Wahn Europa und andere Teile der Welt mit terroris-

30 Vgl. z.B. Max Weber, Die ‚Objektivität‘ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre [1904], hg. von Johannes Winckelmann, 1988, 146–214, 175: „Der Begriff der Kultur ist ein *Wertbegriff*. Die empirische Wirklichkeit *ist* für uns ‚Kultur‘, weil und sofern wir sie mit Wertideen in Beziehung setzen, sie umfaßt diejenigen Bestandteile der Wirklichkeit, welche durch jene Beziehung für uns *bedeutsam* werden, und nur diese. Ein winziger Teil der jeweils betrachteten individuellen Wirklichkeit wird von unserem durch jene Wertideen bedingten Interesse gefärbt, er allein hat Bedeutung für uns; er hat sie, weil er Beziehungen aufweist, die für uns infolge ihrer Verknüpfung mit Wertideen *wichtig* sind. Nur weil und soweit dies der Fall [ist], ist er in seiner individuellen Eigenart für uns wissenschaftlich wertvoll“ (Herv. i. Orig.).

tischen Akten erschüttert und dabei ganz verschiedenartige, aber jeweils tiefgreifende gesellschaftliche Transformationsprozesse auslöst, ist dafür nur ein unübersehbares Anzeichen. Ein anderes ist das Aufleben einer bestimmten Form des politischen Nationalismus, der nicht nur das internationale Staatsgefüge durch Sezessionsbestrebungen in Konflikte führt, sondern auch die Innenpolitik mancher Staaten in neue Bahnen lenkt, ebenso wie die Erfolge damit verbundener, autoritärer politischer Strömungen.

Selbstverständlich gibt es keinen Anlass, die Festigkeit vieler politischer Ordnungen zu unterschätzen. Auch wichtige und ermutigende politische Gegenreaktionen sind zu beobachten. Es kann deshalb sehr gut sein, dass die gegenwärtige Krise der Verfassungsstaaten ein rechtszivilisatorischer Schatten ist, der eine Weile über den politischen Gemeinschaften lasten und dann schnell vorüberziehen wird. Vielleicht demokratisieren sich verschiedene Staaten, die jetzt fest in den Händen des Autoritarismus zu liegen scheinen, auch in absehbarer Zukunft. Aber selbst in diesem (sehr wünschenswerten) Fall ist die skizzierte Reflexion sehr wichtig. Die aufgezugene Krise zeigt die soziale Wirkungskraft von gesellschaftlichen Kräften, deren Zeit wenn nicht jetzt, doch irgendwann einmal auch in Demokratien (wieder) kommen könnte und deren Natur und Herkunft in jedem Fall beizeiten bedacht werden sollten – mit vermutlich sogar über den politischen Tag hinaus bleibendem Erkenntnisgewinn.

Sozialwissenschaftliche Perspektiven auf das Recht könnten in Anbetracht dieser Entwicklungen von nicht zu unterschätzendem Gewicht sein, wenn man versuchen möchte, eine politische Ordnung, die Menschenrechten, Verfassungsstaatlichkeit, Demokratie und internationaler Kooperation verpflichtet ist, zu erhalten. Dabei handelt es sich nicht um die Illusion, wie schon betont, einen Endpunkt jeder politischen Entwicklung erreicht, das politische Paradies auf Erden bereits errichtet zu haben. Es geht darum, gerechtfertigte Ordnungen menschlicher Gesellschaften zu verteidigen, die durch bestimmte, durchaus anspruchsvolle und gleichzeitig unhintergehbare normative Strukturen gekennzeichnet werden. Diese Ordnungen bieten einen Rahmen, um das Abgleiten in weniger anziehende politische Systeme jenseits von Freiheit und Würde zu verhindern. Sie verschaffen gleichzeitig den

Halt gebenden Ausgangspunkt, um einige Schritte voranzukommen, die großen zu lösenden Probleme anzupacken und die noch unerprobten Möglichkeiten menschlicher Zivilisation auszuloten.

Auch der Hintergrund dieser Fragestellung ist wichtig, um ihrer Bedeutung gerecht zu werden. Sie versucht aus einer der für die menschliche Lebensform wichtigsten Einsichten der Ethik, Politik und Rechtsreflexion des 20. Jahrhunderts auch für eine Gesellschaftstheorie des Rechts notwendige Konsequenzen zu ziehen. Diese Einsicht besteht darin, dass es bestimmte fundamentale normative Prinzipien gibt, die egal für welches politische Projekt, egal für welches Ziel, egal für welchen Zweck, so moralisch hochstehend er auch sein mag, nicht aufgegeben werden dürfen. Es gibt eine hinlänglich klar identifizierbare, epistemisch abgesicherte, ethische und rechtlich zu schützende Grenze dessen, was Menschen mit Folgen für andere Menschen zu tun befugt sind. Diese Grenze wird durch Menschenwürde, Menschenrechte und rechtliche Ordnungen, die sie sichern, jedem individuellen und politischen Handeln gezogen – wenn sie auch für Menschen, die sie schon genießen, so „trivial“ erscheinen mögen, „wie Schwarzbrot es für den ist, der satt zu essen hat“.<sup>31</sup>

Das ist die Lehre nicht nur aus den Erfahrungen des Dritten Reiches. Das ist auch, was die Tragödie des Staatssozialismus, aber auch andere Entsetzlichkeiten der Moderne ins Stammbuch der Geschichte geschrieben haben. Wie ein aufmerksamer Beobachter festgehalten hat, konnte man bereits Jahrzehnte vor Holocaust und Gulag im Kolonialregime im Kongo sehen (und nicht nur dort), wie mächtig das „heart of darkness“ auch nach einem langen Prozess der Zivilisation schlägt.<sup>32</sup> Diese Beobachtung schrieb ebenso deutlich warnend wie folgenlos an die Wand, was auf die Menschen in den kommenden

31 Max Weber, Zur Lage der bürgerlichen Demokratie in Rußland, in: *ders.*, Zur Russischen Revolution von 1905, MWG I/10, hg. von Wolfgang J. Mommsen, 1989, 86–280, 269.

32 Joseph Conrad, *Heart of Darkness* [1899], 1995. Zum Auf und Ab der Interpretation gerade nach Chinua Achebes einflussreicher Kritik, *ders.*, An Image of Africa, *The Massachusetts Review* 18 (1977), 782–794, im Überblick Andrew Francis, Postcolonial Conrad, in: J. H. Stape (Ed.), *The New Cambridge Companion to Conrad*, 2015, 147–159. Vgl. auch Cedric Watts, „A Bloody Racist“: About

Jahrzehnten noch warten würde, denn die Reise führte ja nur scheinbar allein in den von Europäern barbarisch mit einigen Millionen Toten kolonialisierten Kongo.<sup>33</sup> Nicht umsonst erscheint es dem Protagonisten Marlow bei seinem Aufbruch „as though, instead of going to the centre of a continent, I were about to set off for the centre of the earth“.<sup>34</sup> Seine Reise ist eine ins Herz der menschlichen Lebensform.<sup>35</sup>

Einige der für eine materiale Theorie von Ethik und Recht besonders wichtigen Überlegungen nicht nur der Theorie, sondern auch anderer Sphären der geistigen Zivilisation unserer Zeit haben diese Schlussfolgerungen eindringlich festgehalten, knize im kategorischen Imperativ „ni victime, ni bourreaux“<sup>36</sup> – in der manchmal verzweifelten Hoffnung, auf diesem Weg eine Ordnungsform menschlichen Lebens zu finden, in der man weder zum Opfer noch zum Henker oder ihren Wegbereitern wird.

Mit diesen Aussagen hat man ersten Boden unter den Füßen gewonnen, die Idee der Möglichkeit von rechtfertigungsfähigen Vernunftansprüchen an die normative Gesellschaftsgestaltung plausibel zu machen und ihren möglichen Inhalt anzudeuten. Das ist aus sozialwissenschaftlicher Perspektive wichtig, weil nur so die gesellschaftstheoretisch entscheidenden Fragen überhaupt beantwortet werden können, ob von einem Vernunftanspruch der Gestaltung von Gesellschaft

Achebe's View of Conrad, *The Yearbook of English Studies* 13 (1983), 196–209. Zu einer unkonventionellen, aber interessanten Reflexion des Zusammenhangs von Kolonialgeschichte und Völkermord, *Sven Lindquist*, 'Exterminate all the Brutes': One Man's Odyssey into the Heart of Darkness and the Origins of European Genocide, 1996.

33 Vgl. als jüngere Geschichte *Adam Hochschild*, *King Leopold's Ghost. A Story of Greed, Terror, and Heroism in Colonial Africa*, 1998.

34 *Conrad*, *Heart of Darkness* (Fn. 32), 29.

35 Es sollte bei der Reflexion dieses Beispiels der Sozialgeschichte nicht vergessen werden, dass bis in die Gegenwart hinein im Kongo Millionen von Menschen dem anhaltenden Bürgerkrieg zum Opfer gefallen sind, vgl. z.B. *Jason Burke*, 'The Wars Will Never Stop' – Millions Flee Bloodshed as Congo Falls Apart, *The Guardian*, 3.4.2018.

36 *Albert Camus*, *Combat*, 19 November 1946, in: Jacqueline Lévi-Valensi (Hg.), *Cahiers Albert Camus* 8, *Camus à Combat*, 2002, 608.

ten sinnvoll geredet werden könne, und – wenn ja –, worin er genau inhaltlich bestehe, ob tatsächlich irgendwelche Spuren seiner Einlösung erkennbar seien, und warum man wegen eines Angriffs auf das Erreichte besorgt sein müsse.

Diese Probleme haben einen weiten Resonanzraum in der Reflexion über humane Gesellschaften, da sie eine Grundfrage an das Leben von Menschen in Gemeinschaften aufgreifen. Zur Illustration dafür kann an ein leitendes Erkenntnisinteresse Platons erinnert werden. Platon hat eine Theorie einer gerechten politischen Ordnung entworfen, die in ihren normativen Kernaussagen keine Zustimmung verdient. Er hat dabei auch – wie prominent unterstrichen wurde<sup>37</sup> – eine anspruchsvolle gesellschaftstheoretische, soziologische Analyse formuliert, auf die noch zurückzukommen sein wird. Die zentrale und bis heute unbeantwortete Frage Platons lautet dabei: *Wie muss eine gerechte Ordnung beschaffen sein, dass sie nicht aufgrund innerer Kräfte, die sie selbst freisetzt, zerfällt?*

Das ist eine zentrale Frage für jede Gesellschaftstheorie geblieben, die sich kritisch und damit notwendig normativ orientiert begreift. Platon hat versucht, diese Frage nicht zuletzt mit der Aufhebung von ökonomischen Interessensgegensätzen und der Beseitigung von persönlichem Konfliktpotential in der herrschenden Menschenklasse durch Güter- und Beziehungsgemeinschaft, Eugenik, Täuschung sowie Erziehungspolitik in einem hierarchischen Ständestaat zu beantworten.<sup>38</sup>

Die folgenden Bemerkungen hoffen, die Gegenwartsreflexion über Recht und Gesellschaft für die These zu interessieren, dass Menschenrechte und demokratische, weltbürgerlich verpflichtete Verfassungsstaatlichkeit, eingebettet in eine bestimmte epistemische Lebenswelt, eine bessere Antwort auf diese Frage bereithalten – und zwar nicht nur aus Sicht einer normativen Gerechtigkeitstheorie. Dies gilt vielmehr gerade auch aus der Sicht einer kritischen, durch die Vernunft- und Fortschrittsskepsis der Moderne hindurchgegangene Gesellschafts-

37 Karl Popper, *The Open Society and its Enemies*, Vol. I, <sup>5</sup>2003, 35 ff. zu Platons „descriptive sociology“.

38 Vgl. *Platon*, *Politeia*, 376c ff.; 389b, c; 414b; 457c; 459c.

theorie des Rechts, die politisierende Kathederpredigten vermeiden möchte.

Die Institutionen, Praktiken und die ihnen zugrunde liegenden normativen Prinzipien, um die es sich handelt, werden dabei nicht zum Ganzen der Gerechtigkeit überhöht. Es wird auch nicht übersehen oder unterschätzt, welche Probleme ihre Weiterentwicklung aufwirft, etwa im Rahmen der europäischen Integration.<sup>39</sup> Es gibt zudem viele weitere Herausforderungen für eine normativ an Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Solidarität angemessen orientierte Gesellschaftsgestaltung, nicht zuletzt in Bezug auf die ökonomischen Strukturen der Gegenwart. Die menschenrechtlichen, demokratisch-verfassungsgesamtlichen Institutionen und Praktiken, um die es sich handelt, sind aber auch nicht nur eine soziale Nebensache, für die die Gesellschaftstheorie kein übermäßiges Interesse aufbringen müsste. Im Gegenteil, sie haben eine eigenständige, nicht abgeleitete oder instrumental relativierte Bedeutung als wichtiger, selbstständig zu beurteilender Teil einer Gesellschaftsorganisation. Sie verkörpern den Anspruch, im unvollkommenen Diesseits menschlicher Gesellschaften illusionslos bestimmte normative Prinzipien zu verwirklichen, weil die besseren Gründe für ihre Verbindlichkeit sprechen. Und mehr noch: Sie bilden einen Bereich, in dem bestimmte normative Prinzipien hartnäckig ihre Bedeutung gegenüber Macht und Interessen behaupten – nicht nur, aber gerade auch in der egalitären Menschen- und Grundrechtsordnung, in der jedem Menschen aufgrund seiner Würde als Selbstzweck Respekt garantiert wird. Menschenrechte, demokratischer Verfassungsstaat und eine kooperative internationale Rechtsordnung halten

39 Vgl. z.B. als Teil dieser Debatte die soziologische Auseinandersetzung, ob man die durch die Finanzkrise ausgelöste Wirtschaftskrise durch Stärkung nationalstaatlicher Demokratien lösen könne (so *Streeck*, *Gekaufte Zeit* [Fn. 14]) oder ob dies einen hoffnungslosen Versuch bilde, „zum Rückzug hinter die Maginotlinie der nationalstaatlichen Souveränität zu blasen“, *Jürgen Habermas*, *Demokratie oder Kapitalismus*, *Blätter für deutsche und internationale Politik* (2013), 59–70, 63. Dazu auch etwa den Austausch *ders.*, *Warum der Ausbau der Europäischen Union zu einer supranationalen Demokratie nötig und wie er möglich ist*, *Leviathan* 42 (2014), 524–538; *Fritz W. Scharpf*, *Das Dilemma der supranationalen Demokratie in Europa*, *Leviathan* 43 (2015), 11–28.



deswegen normative Anforderungen am Leben, die einen kritischen Stachel auch für die Gesellschaftsgestaltung insgesamt bilden.

Es gibt mithin für rechtssoziologische Perspektiven mit diesen Erkenntnisinteressen gute Gründe. Die Möglichkeit des Fortbestands wichtiger Elemente des in der aufgeklärten Moderne reflexiv erreichten Rationalitätsniveaus der Maßstäbe für die Gestaltung der sozialen Verhältnisse steht zur Debatte. Es handelt sich um die sozialen Bedingungen der institutionell weiter zukunftssträchtigen Einlösung kritisch reflektierter praktischer Vernunftansprüche und damit um ein weiteres Kapitel der hindernisreichen epistemischen und politischen Selbstbefreiung der Menschen.

Nur aus dieser weiten Perspektive lassen sich die gegenwärtigen Entwicklungen in ihrer Bedeutung ganz erfassen. Die Aufgabe besteht im gesellschaftstheoretischen Verständnis von Demokratie, Menschenrechten und Verfassungsstaatlichkeit als mühsam historisch durchgesetzte Elemente reflexiv gehärteter, *widerständiger Gerechtigkeit*, die zu dem Teil der Erbschaft der Geschichte gehören, der nicht ausgeschlagen werden sollte – das ist die zweite These dieser Anmerkungen. Sie wird in ihrer konkreten Gestalt strittiger sein als die erste zur Bedeutung der Rechtssoziologie für den Wissenschaftsanspruch der Rechtswissenschaft. Womöglich vermag sie aber jedenfalls dazu anzuregen, die Perspektiven der Rechtssoziologie nicht zu verengen, weil auch jenseits manch vertrauter, vielleicht schon zu routiniert abgeschrittenen Bahnen, wie auch in der Vergangenheit, neue und interessante Fragen zu entdecken sind, die für die Relevanz einer Gesellschaftstheorie des Rechts von großer Bedeutung sind.

## 6. *Methode und Sprache*

Noch zwei Anmerkungen: Wie in anderen Bereichen der Rechtswissenschaft, in denen eigenständig betriebene wissenschaftliche Perspektiven integriert werden, stellt sich die Frage, ob von rechtswissenschaftlicher Basis aus soziologische und weitere sozialwissenschaftliche Fragen so bearbeitet werden können, wie es deren wissenschaftlichen Maßstäben in Bezug auf Theoriebildung und Methoden ent-

spricht. Das ist eine sehr ernst zu nehmende Frage, denn Sozialwissenschaften pflegen ein Reflexions- und Methodenniveau, das niemand im Rahmen einer Nebenbeschäftigung erreicht. Die umgekehrte Frage stellt sich allerdings auch. Wird in soziologischen Perspektiven des Rechts durchweg der Komplexität des Rechts und dem Reichtum rechtswissenschaftlicher Reflexion genüge getan?

Aus diesen Fragen und den Problemen, die sie bezeichnen, kann man Verschiedenes lernen. Wichtig ist zunächst, die Reichweite der eigenen Reflexionen nicht zu über- und die möglichen blinden Flecken des eigenen disziplinären Hintergrunds nicht zu unterschätzen. Gleichzeitig gibt es aber keine Alternative dazu, sich in diesem Bewusstsein auf die Erkenntnissuche zu machen und zu hoffen, dass die Ergebnisse der eigenen Bemühungen zusammen mit jenen anderer zur Erkenntnis der großen Fragen, um die es geht, beitragen können.

Die letzte Anmerkung gilt der Sprache der Darstellung: Sozialwissenschaften bilden genauso wie andere Disziplinen eine Fachterminologie aus, die – wie üblich in solchen Fällen – nicht immer eingängig ist. Das ist um der Sache willen häufig nicht zu vermeiden. Es besteht aber auch manchmal – ebenfalls wie in anderen Disziplinen – die Gefahr, in einen Jargon zu verfallen, der der Erkenntnisfindung im Weg stehen kann, weil er Einsichten durch einen präventösen sprachlichen Gestus suggeriert, die faktisch nicht erreicht wurden. Manchmal kann sogar der Eindruck entstehen, eine bestimmte Begrifflichkeit wird in Promenadenstimmung ein bisschen spazieren geführt, ohne dass klar wird, worin der genaue Bezug des Geäußerten zu sozialwissenschaftlich interessanten Problemen und ihrer Lösung eigentlich besteht.

Die folgenden Bemerkungen versuchen deshalb, nicht zu vergessen und sich zum Maßstab zu nehmen, dass einige der bis heute international maßgebenden Werke der Sozialwissenschaften in klarer, präziser Sprache verfasst wurden, die jeder Pose des Tiefsinns entbehren konnte, weil es der Theorie, die sie ausdrückte, an sachlichem Tiefgang offensichtlich nicht fehlte.

## II. Die Konstitution der Rechtssoziologie als Wissenschaft

Dass die wissenschaftliche Reflexion der spezifischen gesellschaftlichen Bedingungen der eigenen Existenz zu den fundamentalen Erkenntnisinteressen der Menschen gehört, überrascht nicht, denn Menschen sind Wesen, die ihr Leben in Gemeinschaften entfalten. Die Sozialität der Menschen ist keineswegs ein Nebenaspekt ihres Lebens. Sie ist von offensichtlichem existentiellern Gewicht, denn Menschen kommen allein nicht besonders weit auf ihrer Suche nach einem sinn-geladenen und hinlänglich glücksnahen Leben.

Das hat verschiedene Gründe: Menschen hängen zunächst von den vielen Arbeitsleistungen und kreativen Ideen anderer ab. Das wenigste dessen, was man nutzt und das eine wesentliche Voraussetzung der Qualität des eigenen Lebens ist, bildet das Produkt eigener Leistungen. Das gilt für einen Computer nicht anders als für soziale Institutionen. In einer Demokratie zu leben, ist etwa keine kleine Sache, wenn man die Möglichkeit angemessen hoch schätzt, nicht nur der Willkür anderer Untertan zu sein, sondern eigene Autonomieansprüche verwirklichen zu können. Aber nur wenige können für sich beanspruchen, Erwähnenswertes zum Entstehen von Demokratien beigetragen zu haben. Man ehrt solche Personen und versucht, seinen Teil zur Erhaltung, Verbesserung und Weiterentwicklung dieser Versuche der politischen Selbstbestimmung zu leisten, ohne dass aber vergessen werden sollte, wie beschränkt der eigene Beitrag gewöhnlich bleibt und wie vielen anderen, bekannten sowie auch namenlosen, aber deswegen nicht weniger wichtigen Menschen man Dank für diese Lebensumstände schuldet. Umgekehrt sind die Bedingungen, die Gesellschaften schaffen, auch zentral für die Schwierigkeiten, Ungerechtigkeiten und verschlossenen Lebensmöglichkeiten, unter welchen Menschen durch die Geschichte in verschiedenster Form gelitten haben – von der Sklaverei bis zur Ungleichbehandlung von Frauen.

Aber nicht nur in diesem Sinn des Voraussetzungsreichtums des eigenen Lebensentwurfs sind Menschen mit anderen verbunden. Die Gemeinschaft mit anderen ist selbst unmittelbar Teil der Qualität eines Lebens, die wichtigsten Lebensdimensionen eröffnen sich erst in den

Beziehungen zu anderen Menschen – oder bleiben eben auch verschlossen.<sup>40</sup>

Da die Art der Gestaltung der verschiedenen Formen von menschlichen Verbänden, Assoziationen und Gesellschaften mithin über die Qualität des Lebens, über Wohlstand, Freiheit und Glück der Menschen entscheidet, ist es nicht verwunderlich, dass viele ernsthafte Erkenntnisbemühungen darauf gerichtet werden, besser zu verstehen, was es mit diesem Leben in sozialen Verbänden auf sich hat. In Anbetracht der existentiellen Relevanz dieser Fragen gibt es sogar in gewisser Hinsicht unmittelbare Gründe für dieses Erkenntnisinteresse als für die Entzifferung der Struktur der Raumzeit oder der subatomaren Struktur der Materie, die wissenschaftlich von großer, aber praktisch von z.T. beschränkter Bedeutung sind.

Ein berühmtes Beispiel aus der Antike für solche Reflexionen über die Gemeinschaftsgebundenheit von Menschen ist die Analyse der Bedingungen des Wandels und Verfalls von menschlichen Ordnungen, die gerade ihre politischen Verfassungen betrifft.<sup>41</sup> Diese Analyse ist nicht nur ein Stück aus der Raritätenkammer der Ideengeschichte, sondern umfasst Überlegungen, von denen man mit guten Gründen behaupten kann, dass sie in der unmittelbaren Gegenwart auf eine beunruhigende Weise Aktualität gewinnen.

Verfassungsformen und politische Herrschaftsarrangements werden darin als Ergebnisse des Wirkens von politischen Leidenschaften, ge-

40 Die Sozialität von Menschen kann man mithin festhalten ohne schon den Schritt in weitergehende Theorien einer teleologischen, gemeinschaftsbezogenen Metaphysik, wie etwa *Aristotle*, *Politics* (Fn. 1), 1253a, interpretiert wird, oder gar in ontologische Annahmen zur sozialen Konstitution der Individuen zu machen, wie im Kommunitarismus, vgl. etwa *Michael Sandel*, *Liberalism and the Limits of Justice*, <sup>2</sup>1998; *Alasdair MacIntyre*, *After Virtue*, <sup>2</sup>1984; *Charles Taylor*, *Sources of the Self*, 1989. Auch sparsamere theoretische Voraussetzungen reichen dazu aus.

41 Vgl. *Popper*, *Open Society* (Fn. 37), 35 ff., 38, der als Beispiel für „Plato’s greatness as a sociologist“ beispielsweise nennt: „the primitive beginnings of society, of tribal patriarchy, and, in general, his attempt to outline the typical periods in the development of social life“. Weiter zählt er dazu „Plato’s sociological and economic historicism, his emphasis on the *economic background* of the political life and the historical development“ und „Plato’s most interesting law of political revolutions“, ebd., 39 (Herv. i. Orig.).

zielt beeinflussten Massenstimmungen, der Macht charismatischer Führungspersönlichkeiten, von Interessen, aber auch von strukturellen Gegebenheiten wie Wohlstands- und Privilegienverteilung verstanden. Ihr Wandel wird dabei auf konkret benannte gesellschaftliche Entwicklungen bezogen, etwa die Bildung von allein auf materielle Gütermaximierung gerichtete politische Mentalitäten,<sup>42</sup> oder auf materielle Ungleichheit, die zu politischem Systemwechsel führt.<sup>43</sup> Auch die Stabilisierung von politischen Ordnungsformen durch das Fehlen solcher Ungleichheiten ist ein diskutierter Gedanke.<sup>44</sup>

Die gegenwärtige Vielfalt von Bedrohungen der Demokratie durch neue autoritäre politische Strömungen in verschiedenen, auch europäischen Ländern, zu deren politischem Kapital die Manipulation von politischen Emotionen, das Schüren von Xenophobie oder religiösen Ressentiments wesentlich zählt und die sich demokratischer Mechanismen und Medienmacht bedienen, lassen diese Einschätzungen zu den Zerstörungsbedingungen von Verfassungsformen ebenso wie zu den politischen Folgen sozialer Ungleichheit als eine anspruchsvolle, nicht sehr optimistische und deswegen wirklichkeitsnahe politische Verfassungs- und Herrschaftstheorie erscheinen, die mit Gewinn erinnert werden kann, wenn man sich an die Analyse der gegenwärtigen Lage macht.

Diese Gedanken zeigen auch einen weiteren zentralen Reflexionsfortschritt: Soziale Ordnungen werden nicht einfach als gegeben, naturwüchsig, unhinterfragbar, sondern als historisch gewachsene, sich wandelnde und veränderbare, auch in diesem Wandel kausal erklärbar politische Strukturen verstanden. Die Welt gesellschaftlicher Einrichtungen und Beziehungen war neben der Natur für die menschliche Erkenntnissuche als ebenso rätselhaftes und faszinierendes Untersuchungsobjekt bleibend erobert worden.

42 *Platon*, *Politeia*, 553b ff.

43 Vgl. Platons Ausführungen zum Übergang von Oligarchie zu Demokratie wegen unter der oligarchischen Herrschaft entstandenen ökonomischen Ungleichheiten, ebd., 555b ff.

44 *Aristotle*, *Politics* (Fn. 1), 1295b f.

Fragen zur sozialen Existenzform von Menschen wurden auch im Fortgang der Ideengeschichte in unterschiedlicher Form gestellt. In der Gegenwart wird der Versuch gemacht, Perspektivenverengungen der Vergangenheit zu überwinden und Autoren und manchmal auch Autorinnen für die Geschichte der Soziologie neu zu entdecken – vom mittelalterlichen Denken Ibn Khalduns<sup>45</sup> bis zu Harriet Martineau<sup>46</sup>. Aber auch Klassiker der Neuzeit wie Montesquieu, der Recht und seinen Gehalt unter Rückgriff auf vielfältige außerrechtliche Faktoren erklärt (nicht alle, wie etwa das Klima, allerdings von bleibendem Erkenntnisgewinn<sup>47</sup>), verdienen es, nicht vergessen zu werden.<sup>48</sup>

Die Geburt der Soziologie als spezifische und eigenständige wissenschaftliche Disziplin wird aber regelmäßig im 19. Jahrhundert verankert. Autoren wie Auguste Comte, Herbert Spencer, Émile Durkheim oder Max Weber identifizierten Grundlagen der wissenschaftlichen Betrachtungsweise sozialer Prozesse, die zur Etablierung der Disziplin führten.

Man kann verschiedene Konstitutionselemente der spezifischen gesellschaftswissenschaftlichen Perspektiven, die sich herausbildeten, umrisshaft ausmachen. Dazu gehört eine objektivierende Analyse, die beansprucht, die menschliche Gesellschaft in ihrer Vielfalt kausal erklärend wissenschaftlich zu erfassen. Comte bewegte dabei eine Vorstellung von positivistischer Wissenschaft, die aus Beobachtungen sozialer Phänomene allgemeine Gesetze gewinnt.<sup>49</sup> Diese Erkenntnisse sollten unmittelbar praktisch verwertbar sein und zu einer Form von

45 Vgl. z.B. *Syed Farid Alatas*, Ibn Khaldūn and Contemporary Sociology, *International Sociology* 21 (2006), 782–795; *Robert Irwin*, Ibn Khaldun. An Intellectual Biography, 2018, mit skeptischen Bemerkungen zu anachronistischen Aktualisierungen, ebd., 207 f.

46 Vgl. z.B. *Harriet Martineau*, *Society in America* [1837], ed. by Seymour Martin Lipset, 1962.

47 Vgl. *Montesquieu*, *De L'Esprit des Lois* [1748], in: *Œuvres complètes*, Tome II, 1951, 225–1171, 474: „S'il est vrai que le caractère de l'esprit et les passions du cœur soient extrêmement différents dans les divers climats, les lois doivent être relatives est à la différence de ces passions, et à la différence de ces caractères“.

48 Vgl. dazu z.B. *Hubert Rottluthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, 1987, 7 ff.

49 Wobei allerdings die letzten Ursachen unerklärt blieben, vgl. *Auguste Comte*, Rede über den Geist des Positivismus [1844], 1994, 16: „Mit einem Wort, die grundle-

Politik führen, in der an die Stelle von politischen Entscheidungen wissenschaftliche Erkenntnisse treten: Die politische Betriebsamkeit werde in eine philosophische Bewegung verwandelt.<sup>50</sup>

Dieser Erkenntnisoptimismus hat auch andere wichtige Autoren, die in die Geschichte der Soziologie und auch der Rechtssoziologie gehören, geprägt, wie beispielsweise die Idee einer Gesellschaftstheorie, die einen wissenschaftlichen Sozialismus fundiere und praktisch anleite, deutlich macht.<sup>51</sup> Das Beispiel des Marxismus-Leninismus, der zum Stalinismus pervertierte, illustriert dabei gleichzeitig das tragische Potential einer falschen Erkenntnisgewissheit in der Gesellschaftstheorie, denn sie kann zu politischem Dogmatismus werden, sogar zu solchem, der sich seiner Sache so sicher ist, dass er notfalls bereit ist, zur Erreichung der wissenschaftlich vermeintlich sicher erkannten Ziele über Leichen zu gehen.

Die Beispiele aus der frühen Zeit der Soziologie illustrieren bereits einen Anspruch, der diese Wissenschaft begleitet, wenn sich auch keineswegs alle theoretischen Ansätze diesem Anspruch verbunden fühlten, ihn manchmal sogar leidenschaftlich ablehnten, nämlich die Grundlage politischer Gestaltung der Gesellschaft zu sein, oder noch ehrgeiziger (und umstrittener) *als Wissenschaft* Aussagen zur Politik machen zu können. Man wird die Geschichte der Disziplin, das Auf und Ab ihrer Anziehungskraft nicht ganz verstehen, wenn man diese spezifisch politische Dimension ihres Erkenntnisanspruchs aus den Augen verliert.

gende Revolution, die das Mannesalter unseres Geistes charakterisiert, besteht im Wesentlichen darin, überall anstelle der unerreichbaren Bestimmung der eigentlichen Ursachen die einfache Erforschung von Gesetzen, d.h. der konstanten Beziehungen zu setzen, die zwischen den beobachtbaren Phänomenen bestehen. Ob es sich nun um die geringsten oder die höchsten Wirkungen, um Stoß und Schwerkraft oder um Denken und Sittlichkeit handelt, wahrhaft erkennen können wir hier nur die verschiedenen wechselseitigen Verbindungen, die ihrem Ablauf eigentümlich sind, ohne jemals das Geheimnis ihrer Erzeugung zu ergründen“.

50 Ebd., 62.

51 Vgl. z.B. *Friedrich Engels*, Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft, Karl Marx/Friedrich Engels – Werke (im Folgenden MEW), Band 19, 1962, 189–201.

Ein weiteres wesentliches Element der Gründungsphase der soziologischen Perspektiven ist die Aufmerksamkeit auf eine bestimmte Wirtschafts- und Sozialform: die sich in der industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts allmählich herauschälende kapitalistische Industriegesellschaft, deren Genese ein Katalysator der Entstehung soziologischer Perspektiven war. Die fundamentalen Transformationen der sozialen Verhältnisse, die mit dieser Entwicklung einhergingen,<sup>52</sup> verlangten nach Erklärungen, die Marx, Comte, Durkheim oder Weber in unterschiedlicher Form zu geben versuchten. Der Gang der Entwicklung rückte die Bedeutung der ökonomischen Bedingungen gesellschaftlicher Entwicklungen ins Bewusstsein: Soziale Analyse konnte nicht mehr nur als Untersuchung politischer oder religiöser Bewegungskräfte der Geschichte, der Einflüsse des Klimas oder gar einer Selbstentfaltung eines objektiven Geistes betrieben werden, sondern musste die Totalität gesellschaftlicher Umstände in den Blick nehmen.

Ein weiteres wichtiges Merkmal der sich formierenden Wissenschaft, das mit dieser Transformation zusammenhängt, ist die Reflexion nicht nur einer gerade gegebenen Funktionsweise sozialer Zusammenhänge, sondern auch der Veränderung menschlicher Gesellschaften. Ein Paradigma, diesen Wandel zu verstehen, bildet dabei die Theorie der sozialen Evolution. Schon in der Gründungsphase werden in diesem Zusammenhang ganz unterschiedliche Theorien vertreten, beispielsweise solche mit teleologischen Annahmen zu einem gerichteten Gang der Sozialgeschichte als materialistische Erbschaft des Idealismus,<sup>53</sup> oder zu Stadien der Gesellschaftsentwicklung von einfachen über militärische zu industriellen, funktional entsprechend differenzierten Gesellschaften.<sup>54</sup> Die historische Entwicklung wird auch als Entfaltung individueller Autonomie in der Arbeitsteilung im Zusammenspiel mit sie ermöglichenden neuen Solidaritätsformen gedeutet.<sup>55</sup> Der Vergleich von letzterem Beispiel mit der marxistischen Theorie

52 *Karl Polanyi*, *The Great Transformation* [1944], <sup>3</sup>1995.

53 *Karl Marx*, *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*. Einleitung, MEW, Band 1, 1976, 378–391.

54 Vgl. *Herbert Spencer*, *The Principles of Sociology*, 1898, § 215 ff.

55 Vgl. *Émile Durkheim*, *Über soziale Arbeitsteilung* [1930], 1992, 83 ff.



der Entfremdung illustriert ein weiteres Merkmal, das die Gesellschaftswissenschaften begleitet hat: die Bandbreite der Interpretationen und Bewertungen des gleichen gesellschaftlichen Phänomens. Die Reflexion des geschichtlichen Wandels von Gesellschaften prägt schließlich auch Theorien der pfadabhängigen Entwicklung im Rahmen einer historischen Soziologie.

Durkheim ist der Begriff des „fait social“, des sozialen Faktums, geschuldet.<sup>56</sup> Damit wird eine weitere wichtige Weiche gestellt: Soziale Verhältnisse werden als real gegebene, erkennbare und damit erforschbare Tatsachen verstanden. Sie wirken dabei tief in die menschliche Lebensgestaltung ein.<sup>57</sup> Bei Durkheim tritt zudem ein Gedanke hinzu, der eine Wasserscheide der Theoriebildung bedeutet: Bei ihm existieren die sozialen Fakten unabhängig vom Handeln der Subjekte, sie sind die eigentlich bestimmenden Faktoren der sozialen Umstände, die den Rahmen bilden, in dem Subjektivität entsteht und sich Handeln vollzieht. Damit ist das Problem des Verhältnisses von sozial handelndem Subjekt<sup>58</sup> und gesellschaftlicher Struktur formuliert, das die Sozialwissenschaft bis heute beschäftigt.<sup>59</sup>

56 *Émile Durkheim*, *Les règles de la méthode sociologique*, 1894, Chapitre I: „Notre définition comprendra donc tout le défini si nous disons: Est fait social toute manière de faire, fixée ou non, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure; ou bien encore, qui est générale dans l'étendue d'une société donnée tout en ayant une existence propre, indépendante de ses manifestations individuelles“.

57 Klassisches Beispiel ist der Versuch, die Ursachen für Selbstmordraten sozialwissenschaftlich zu erklären, vgl. *Émile Durkheim*, *Le suicide*, 1897.

58 Vgl. *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft – Soziologie*, MWG I/23, hg. von Knut Borchardt/Edith Hanke/Wolfgang Schluchter, 2013, 147 ff.

59 Vgl. z.B. die These der „structuration“ als einflussreiches Beispiel aus der neueren Theoriediskussion, das die Bedeutung des Handelns einzelner Akteure betont, *Anthony Giddens*, *The Constitution of Society*, 1984, 16 ff. Anders etwa *Niklas Luhmann*, *Soziale Systeme*, 1987, 346: „Wir gehen davon aus, daß die sozialen Systeme nicht aus psychischen Systemen, geschweige denn aus leibhaftigen Menschen bestehen. Demnach gehören die psychischen Systeme zur Umwelt sozialer Systeme“. Prozesssoziologisch *Norbert Elias*, *Über den Prozeß der Zivilisation*, Band 1, 1997, 70 f.: „Das Geflecht der Angewiesenheiten von Menschen aufeinander, ihre Interdependenzen, sind das, was sie aneinander bindet. Sie sind das Kernstück dessen, was hier als Figuration bezeichnet wird, als Figuration aufeinander ausgerich-

Diese Perspektive erschließt soziale Phänomene als empirisch eigenständig erforschbare Sachverhalte. Das formuliert eine in mehr als einer Dimension anspruchsvolle Aufgabe. Wichtig ist etwa die Entwicklung entsprechender Methoden, die ein wichtiges Kapitel der Geschichte der Sozialwissenschaften bildet und bis heute durch kreative Innovationen gekennzeichnet ist. Dass der Weg nicht leicht zu beschreiten war, illustriert etwa Durkheims Ansatz, aus rechtlichen Regelungen, wie sie in Gesetzen zu finden sind, direkte Schlüsse auf soziale Realitäten zu ziehen.<sup>60</sup> Das Problem, dass Regelungen in rechtlichen Texten das eine, die Frage aber, wie reale Verhaltensweisen, Haltungen, Mentalitäten oder subjektive Zustände beschaffen sind, etwas ganz anderes ist, musste erst deutlich werden.<sup>61</sup>

Auch die Aufgabe einer Begriffsbildung wurde angegangen, um bestimmte Grundelemente der Sozialgestaltung präzise zu identifizie-

teter, voneinander abhängiger Menschen. Da Menschen erst von Natur, dann durch gesellschaftliches Lernen, durch ihre Erziehung, durch Sozialisierung, durch sozial erweckte Bedürfnisse gegenseitig voneinander mehr oder weniger abhängig sind, kommen Menschen, wenn man es einmal so ausdrücken darf, nur als Pluralitäten, nur in Figurationen vor. Das ist der Grund, aus dem es (...) nicht besonders fruchtbar ist, wenn man unter einem Menschenbild das Bild von einem einzelnen Menschen versteht. Es ist angemessener, wenn man sich unter einem Menschenbild ein Bild vieler interdependenter Menschen vorstellt, die miteinander Figurationen, also Gruppen oder Gesellschaften verschiedener Art, bilden. (...) Der Begriff der Figuration ist gerade darum eingeführt worden, weil er klarer und unzweideutiger als die vorhandenen begrifflichen Werkzeuge der Soziologie zum Ausdruck bringt, daß das, was wir ‚Gesellschaft‘ nennen, weder eine Abstraktion von Eigentümlichkeiten gesellschaftslos existierender Individuen, noch ein ‚System‘ oder eine ‚Ganzheit‘ jenseits der Individuen ist, sondern vielmehr das von Individuen gebildete Interdependenzgeflecht selbst“.

- 60 *Durkheim*, *Soziale Arbeitsteilung* (Fn. 55), 111: „Die soziale Solidarität ist aber als ein durch und durch moralisches Phänomen der unvermittelten, exakten Beobachtung nicht zugänglich, vor allem nicht der Messung. Um es also zu klassifizieren wie vergleichen zu können, muß man die innere Tatsache, die sich uns entzieht, durch eine äußere Tatsache ersetzen, die sie symbolisiert, und die erste vermittels der zweiten erforschen. Dieses sichtbare Symbol ist das Recht“.
- 61 Auch heute werden manchmal aus Texten, z.B. aus einer wissenschaftlichen Theorie einzelner Autoren, Schlüsse auf soziale Sachverhalte einer bestimmten Gesellschaft oder gar einer Epoche gezogen, was den gleichen methodischen Fehler wiederholt.

ren.<sup>62</sup> Die reflektierte Theoriebildung und, damit einhergehend, Auseinandersetzung mit konkurrierenden Annahmen als weitere Konstitutionselemente hat schon in der Gründungsphase der Soziologie zu manchen Hypothesen geführt, die nicht nur die Entwicklung vorangetrieben, sondern die bis heute nichts von ihrer Relevanz verloren haben,<sup>63</sup> wie im Folgenden an einem konkreten Beispiel noch deutlich werden soll.

Mit dem Entwickeln einer objektivierenden, insbesondere kausal erklärenden Perspektive auf real gegebene, empirisch untersuchbare soziale Fakten, das soziale Handeln von Personen und beider Ursachen, Konsequenzen und Wechselwirkungen in einer sich historisch wandelnden, in ihrer Totalität umfassend, methodisch reflektiert und theoriegeleitet zu erforschenden Gesellschaft waren wesentliche Pfeiler der Soziologie als Wissenschaft errichtet.

Die Rechtssoziologie etabliert sich als eigenständiger Forschungszweig gemeinsam mit der Entwicklung dieser Grundperspektiven. Die sozialwissenschaftliche Reflexion von Recht hat eine zentrale Rolle bei der Entfaltung der Soziologie und Gesellschaftstheorie insgesamt gespielt. Für die Theorie sozialer Tatsachen bei Durkheim etwa oder das Projekt einer verstehenden Soziologie bei Weber war das Recht ein zentraler Gegenstand, an dem sich auch die weitere Theoriebildung produktiv kristallisierte.

Die sozialwissenschaftliche Forschung hat sehr unterschiedliche Perspektiven ausgebildet, die nicht immer miteinander vereinbar sind und zuweilen erbittert geführte Kontroversen auslösen. Eine wichtige Rolle spielt dabei die unterschiedliche Einschätzung der Bedeutung empirischer Forschung im Verhältnis zur theoretischen Analyse gesellschaftlicher Phänomene. In der Gegenwart gibt es verschiedene ambitionierte theoretische Ansätze in den Sozialwissenschaften. Manche pflegen einen nur noch sehr lockeren Bezug zu empirisch abgesi-

62 Vgl. die vielfältigen Weichenstellungen in *Weber*, Soziologie (Fn. 58), 147 ff.

63 Die Diskussionen um funktionalistische (z.B. Émile Durkheim, Talcott Parsons), konflikttheoretische (z.B. Karl Marx) oder interaktionistische (z.B. George Herbert Mead, Erving Goffman, Jürgen Habermas) Theorienansätze und ihre Alternativen sind ein Beispiel für diese weiterwirkenden theoretischen Weichenstellungen.

cherten Einsichten. Es gibt aber auch ein ausgesprochen ausgeprägtes Interesse an empirischer Forschung.

In der Rechtssoziologie spiegelt sich auch dieser Befund, wenn auch empirische, rechtssoziologische Forschung nicht nur, aber gerade auch an juristischen deutschsprachigen Fakultäten keine prägende Rolle spielt – wegen der anspruchsvollen Voraussetzungen solcher Forschung, aber auch aufgrund von institutionellen Entscheidungen, die entsprechende Forschungsinfrastrukturen in den letzten Jahren geschwächt haben.<sup>64</sup> Eine Ausnahme bildet die kriminologische Forschung, die ein Themenfeld der Rechtssoziologie eigenständig bearbeitet.

Bei der Bewertung solcher Entwicklungen sollte aber nicht übersehen werden, dass empirisch orientierte Analysen in der Rechtswissenschaft insgesamt eine nicht zu unterschätzende Bedeutung gewonnen haben. Ein wichtiges Beispiel ist dafür die Verhaltensökonomie und ihre Rezeption in der Rechtsökonomik, die sich perspektivisch allmählich zu einer psychologischen Analyse des Rechts weiterzuentwickeln scheint<sup>65</sup> – mit auch rechtssoziologischer Bedeutung, wie sich noch genauer herauschälen wird. Aber auch in anderer Hinsicht ist die Bedeutung von empirischer Forschung in der Rechtswissenschaft eine intensiv diskutierte Frage<sup>66</sup> – wie bereits in der Vergangenheit.<sup>67</sup>

64 Vgl. *Eva Kocher*, Rechtssoziologie: Das Recht der Gesellschaft und die Gesellschaft des Rechts, RW 8 (2017), 158–180, 177, die zutreffend festhält, dass „die soziologischen Methoden der empirischen Sozialforschung für rechtswissenschaftlich ausgebildete Forscher\*innen ohnehin unzugänglicher sind als eine hermeneutisch geprägte Herangehensweise mit ihrem Blick auf Sprache, Texte und Symbole“.

65 Vgl. z.B. die Analyse von Recht auf Grundlage der „psychology of loss aversion“, *Eyal Zamir*, Law, Psychology, and Morality, 2015.

66 Vgl. z.B. *Niels Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 49 (2010), 435–455; *Hanjo Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014, 7 ff. Zur Bedeutung empirischer Forschung auch *Kocher*, Rechtssoziologie (Fn. 64); kritisch *Ino Augsberg*, Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, Der Staat 51 (2012), 117–125; *ders.*, Rechtswirklichkeiten, in denen wir leben. New Legal Realism und die Notwendigkeit einer juristischen Epistemologie, Rechtstheorie 46 (2015), 71–91.

67 Vgl. z.B. *Hubert Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973; *ders.*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, in: Eric Hilgendorf/Jan C.

Damit ist eine weitere Eigenart der gegenwärtigen Beschäftigung mit Recht aus sozialwissenschaftlicher Perspektive angesprochen: Die disziplinären Perspektiven weiten sich. Für manche bildet Rechtssoziologie bereits einen etwas unzureichenden Begriff, der besser durch andere Begriffe ersetzt werden sollte, wie schon angedeutet wurde. Im internationalen Rahmen wird etwa von „empirical legal studies“ gesprochen, was seinen Wiederhall auch in anderen Sprachkreisen findet.<sup>68</sup> Einen weiten Oberbegriff offerieren auch „interdisziplinäre Rechtsstudien“ oder Untersuchungen zu „Recht und Gesellschaft“, zu „law and society“ oder „socio-legal studies“.<sup>69</sup> Es gibt aber auch Versuche, den spezifisch soziologischen Aspekt der Rechtssoziologie herauszustreichen und in anderen Perspektiven nicht untergehen zu lassen.<sup>70</sup> Wie in anderen Bereichen bieten disziplinäre Grenzziehungen einen nur begrenzten Erkenntnisgewinn. Entscheidend ist letztendlich die Beantwortung spezifischer wissenschaftlicher Fragen mit den Mitteln, die dafür am besten geeignet sind. Eine bestimmte Disziplin auf einen Methoden- und Perspektivenkanon *a priori* zu begrenzen, hilft dabei wenig. Man sollte nicht vergessen, dass klassische Theorien sich gerade durch große Kreativität in dieser Hinsicht ausgezeichnet haben. Eine der berühmtesten Studien der Geschichte der Sozialwissenschaften zur Entstehung des Kapitalismus aus den sozialen und wirtschaftlichen Folgen bestimmter reformatorischer Heilslehren benutzt beispielsweise als zentralen Baustein religionspsychologische Annahmen, ohne dass irgendjemand auf die Idee gekommen wäre, darin eine Überschreitung der Grenzen der Soziologie zu sehen.<sup>71</sup> Im Gegenteil – mit solchen Überlegungen wurde sie als Wissenschaft konstituiert. Die folgenden Bemerkungen gehen deswegen davon aus, dass es einen Kernbestand soziologischer Erkenntnisinteressen und Methoden gibt,

Joerden (Hg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 2017, 251–254; ders., Rechtstheorie und Rechtssoziologie, 1981, 31 ff.

68 Vgl. o. Fn. 3.

69 Vgl. o. Fn. 4.

70 Vgl. z.B. Deflem, *Sociology of Law* (Fn. 2), 1 ff.

71 Weber, *Protestantische Ethik* (Fn. 16).

ohne dass deswegen ausgeschlossen wäre, diese kreativ erweitern zu können, wenn es der Forschungsgegenstand gebietet.

In diesem Zusammenhang ist es wichtig, die bereits gewonnenen wissenschaftlichen Erkenntnisse der Vergangenheit nicht zu vergessen und zwar, soweit möglich, nicht nur die, die in Englisch zugänglich sind. Man sollte vermeiden, unter neuem Namen klassische Themen der Rechtssoziologie zu verhandeln, zuweilen ohne Rezeption der Arbeiten, die schon geleistet wurden, und dadurch Gefahr zu laufen, einen bestimmten Reflexionsstand zu unterschreiten.

Die Soziologie und mit ihr die des Rechts hat verschiedene Konjunkturen erlebt.<sup>72</sup> Zu gewissen Zeiten erschien sie sogar als eine Art Leitwissenschaft, etwa in den 1960er oder 1970er Jahren. Die Ansprüche auf eine, wenn nicht umfassende, so doch weitgehende Erklärung gesellschaftlicher Entwicklungen, die einige Theorieströmungen erhoben haben, wurden in mancher Hinsicht nicht eingelöst. Gesellschaftliche Prozesse erweisen sich anhaltend als vielfältiger und überraschender als es mancher selbstbewussten Theorie erscheint. Die Soziologie teilt insofern das Schicksal anderer Sozialwissenschaften, nicht zuletzt der Ökonomie. Diese hat in gewisser Weise die Soziologie in ihrem Anspruch, wichtige gesellschaftliche Entwicklungen zu erklären, in den Augen mancher abgelöst – woran das liegt, sei hier dahingestellt. Nicht zuletzt die großen Wirtschaftskrisen, zuletzt die Finanzkrise 2008, haben allerdings die Grenzen ökonomischer Erkenntnis hinlänglich deutlich illustriert.

Dieser Befund hat zu einer gewissen Ernüchterung in Bezug auf die Bedeutung sozialwissenschaftlicher Forschung geführt. Er deutet aber auch auf eine sachlich sehr wichtige Frage hin, die nichts weniger als ein Kernproblem sozialwissenschaftlicher Forschung beschreibt, aber systematisch weniger behandelt wird, als es sein Interesse verdient: Woher stammen die Schwierigkeiten, gesellschaftliche Prozesse so genau wissenschaftlich zu durchdringen, wie es etwa in anderen Wissen-

72 Vgl. z.B. zur Entwicklung der Rechtssoziologie *Deflem*, *Sociology of Law* (Fn. 2); *Thomas Raiser*, *Rechtssoziologie in Deutschland*, RW 1 (2010), 204–211; *Alfons Bora*, *Responsive Rechtssoziologie*, ZfRSoz 36 (2016), 261–272, 264 ff.; *Kocher*, *Rechtssoziologie* (Fn. 64), 156 ff.

schaftszweigen in Bezug auf hochkomplexe Sachverhalte, sagen wir, die subatomare Struktur der Materie, gelungen ist? Liegt es nur an den bisher unzureichenden Versuchen? Oder liegt im Untersuchungsobjekt selbst, dem sozialen Handeln differenziert assoziierter Menschen, vielleicht etwas, was sich dem begreifenden wissenschaftlichen Zugriff auf eine spezifische Weise entzieht? Könnte eine Antwort auf diese Frage mit den Folgen menschlicher Autonomie zusammenhängen und dem Moment der Freiheit, das menschliche Subjektivität den gesellschaftlichen Prozessen einschreibt – als Ursprung mancher Fortschritte, als Quelle ihrer Regression?

Glaubwürdige sozialwissenschaftliche Forschung muss in Anbetracht dieser Erfahrungen mit den Grenzen der eigenen Erkenntnisse bescheiden und fallibel bleiben. Sie läuft sonst Gefahr, dass die vielen Einsichten, die sie gewonnen hat, ebenso wie ihr weiterhin unausgeschöpftes aufklärerisches Potential übersehen werden, weil sie an Erkenntnisansprüchen gemessen wird, die in Zeiten eines heroischen wissenschaftlichen Optimismus formuliert wurden, die aber gar nicht zu erfüllen sind und auch nicht erfüllt zu werden brauchen, um ein großes wissenschaftliches Projekt nachzuweisen.

Vor dem Hintergrund dieser Bemerkungen sollen nun drei wichtige Forschungsperspektiven der Rechtssoziologie dargestellt werden, die diese Disziplin als wesentlichen Grund der Berechtigung des Wissenschaftsanspruchs der Rechtswissenschaft auszeichnen und zu fundamentalen Fragen der normativen Konstitutionsfaktoren der Moderne führen, denen dann das Hauptaugenmerk dieser Bemerkungen gelten wird.

Die Rechtssoziologie befasst sich mit verschiedenen Aspekten des Rechts, verstanden als Gesamtheit aller Rechtsnormen und rechtsbezogenen Sachverhalte. Dazu gehören die Setzung und Anwendung von rechtlichen Normen ebenso wie der Rechtsstab und das rechtsbezogene Handeln von Individuen, bei dem Recht eine Rolle spielt, insbesondere wenn es befolgt, ignoriert oder gebrochen wird. Es gibt

vielfältige Dimensionen des Rechts, die im Folgenden im Blick behalten werden müssen.<sup>73</sup>

73 Vgl. *Rottleuthner*, Rechtstheorie und Rechtssoziologie (Fn. 67), 61 ff.; *ders.*, Einführung Rechtssoziologie (Fn. 48), 3.



### III. Drei Forschungsperspektiven auf das Recht

#### 1. *Rechtssoziologie und Rechtspraxis*

Die Rechtssoziologie ist zunächst eine praktisch nützliche Wissenschaft. Sie liefert Informationen und Erkenntnisse, ohne die eine gelungene Rechtspraxis nicht auskommen kann. Wichtig ist dabei die kritische Überprüfung, Bestätigung, Veränderung, Ergänzung oder Widerlegung von Alltagstheorien zu sozialen Sachverhalten. Alltagstheorien sind Annahmen zu empirischen Sachverhalten und kausalen Zusammenhängen, die unterhalten werden, aber nicht einer methodisch disziplinierten wissenschaftlichen Untersuchung entspringen. Menschen operieren notwendig mit solchen Alltagstheorien, weil es nicht möglich ist, jede Annahme, die im Alltag relevant ist, in einem wissenschaftlichen Forschungsprojekt zu überprüfen. Derartige Alltagstheorien sind auch im rechtlichen Bereich von großer Bedeutung.

Ein wesentlicher Beitrag rechtssoziologischer Perspektiven besteht bereits darin, dafür zu sensibilisieren, dass eigene empirische Annahmen nicht einfach selbstverständlich richtig sind. Das Bewusstsein, dass die soziale Welt anders sein könnte als vorgestellt, dass sie vielleicht manche Überraschung bereithält, ist die Voraussetzung der kritischen Überprüfung der eigenen Annahmen und zwar welcher weltanschaulichen, politischen oder sonstigen Couleur auch immer. Es kann nicht überschätzt werden, wie wichtig gerade im Bereich des Rechts diese Sensibilität ist, nicht zuletzt, weil juristische Bildungsgänge viele Juristinnen und Juristen von entsprechenden Lernprozessen weiterhin verschonen.

Ein anhaltend wichtiger Untersuchungsgegenstand der Rechtssoziologie ist die Wirksamkeit und Wirkung von Gesetzen, deren Kenntnis und Verständnis für die rationale Rechtssetzung sehr bedeutsam sind.<sup>74</sup> Rechtstatsachenforschung, die für die Rechtspraxis bedeutsame

74 In der Schweiz existiert eine verfassungsrechtliche Pflicht dahin, „dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden“, Art. 170 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV).

Sachverhalte systematisch und sozialwissenschaftlich belastbar ermittelt, kann die politische Auseinandersetzung im Gesetzgebungsprozess im besten Fall versachlichen, indem strittige Einschätzungen und Alltagstheorien zur Wirksamkeit und Wirkung von Recht einer wissenschaftlich einigermaßen abgesicherten, kritischen Überprüfung unterzogen werden.<sup>75</sup> Ein gutes Beispiel ist das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. In der politischen Auseinandersetzung um die Umsetzung der entsprechenden unionsrechtlichen Vorgaben wurde weithin eine „Klageflut“ aufgrund der neuen Gesetzgebung befürchtet, die allerdings ausblieb, wie empirische Untersuchungen belegen.<sup>76</sup>

Ein weiteres Beispiel politisch wichtiger und deswegen höchst umstrittener Fragen nach der Effektivität von Recht betrifft das internationale Menschenrechtssystem. Verschiedene neue Formen der Kritik wurden in den letzten Jahren geäußert, zu denen auch seine behauptete Wirkungslosigkeit gehört<sup>77</sup> – eine Behauptung, die mit guten Gründen auf empirisch gestützten Widerspruch gestoßen ist.<sup>78</sup>

Auch für die Rechtsanwendung etwa durch Rechtsprechung, aber auch durch die Verwaltung, ist empirische Sozialforschung von großer Bedeutung.<sup>79</sup> Auch hier liegt eine wichtige Funktion solcher Forschung darin, Alltagstheorien von Richterinnen und Richtern oder

75 Zum Begriff der Rechtstatsache *Arthur Nußbaum*, Die Rechtstatsachenforschung, 1968, und im Überblick z.B. *Rottleuthner*, Rechtstheorie und Rechtssoziologie (Fn. 67), 171 ff.

76 Vgl. die Ergebnisse der empirischen Untersuchung der Gerichtspraxis in *Hubert Rottleuthner/Matthias Mahlmann*, Diskriminierung in Deutschland – Vermutungen und Fakten, 2011.

77 Vgl. z.B. *Eric Posner*, The Twilight of Human Rights Law, 2014, 69 ff., 78.

78 *Kathryn Sikkink*, Evidence for Hope, 2017, 139 ff.

79 Vgl. z.B. zur Rolle von Rechtstatsachenforschung für die neue Verwaltungswissenschaft, *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, <sup>2</sup>2012, § 1, Rn. 29 ff.: „Grundlage und Voraussetzung jeder steuerungstheoretischen Betrachtung ist eine genaue Analyse des Realbereichs, die deshalb innerhalb der Neuen Verwaltungswissenschaft einen besonderen Stellenwert besitzt. Ohne Kenntnisse der sozialen, politischen, ökonomischen, kulturellen, technologischen oder ökologischen ‚Wirklichkeitsausschnitte‘, auf die eine Norm bezogen ist, lässt sich die Steuerungsleistung des Rechts kaum angemessen reflektieren; weder können Regelungsdefizite im gelten-

Entscheidungsträgern in der Verwaltung einer Überprüfung zu unterziehen. Dabei spielen mehr als nur soziologische Theorien im engeren Sinne eine Rolle. Man denke etwa an das illustrative Beispiel des weiterhin strittigen Umgangs mit aus religiösen Gründen getragenen Kopftüchern. Die Frage nach den Wirkungen eines solchen Kopftuches kann eine individualpsychologische Dimension haben, wenn es um die Wirkung des Kopftuches einer Lehrerin auf Schüler geht.<sup>80</sup> Sie kann aber auch eine weitere soziologische Dimension haben, etwa wenn man an die womöglich mit diesem Kopftuch verbundenen symbolischen Wirkungen denkt und die Frage, ob diese zu einer Erosion von Gleichheitsvorstellungen zwischen den Geschlechtern führen oder womöglich sogar die Demokratie- und Menschenrechtsidee oder das „vivre ensemble“ schwächen könnten, was manche Kritiker einer liberalen Haltung zur Präsenz religiöser Symbole gerade im öffentlichen Dienst immer wieder als Befürchtung formuliert haben, weswegen derartige Argumente Gerichte verschiedentlich beschäftigt haben.<sup>81</sup>

Ein anderes interessantes Beispiel ist die Adoption von Kindern oder allgemeiner die Fürsorge für sie durch gleichgeschlechtliche Partner. Zu Recht unbestritten ist die Ansicht, dass das Kindeswohl der normativ entscheidende Gesichtspunkt für die Regulierung dieses Bereiches ist. Damit sind normative Folgefragen aufgeworfen, etwa zur Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs.<sup>82</sup> Aber auch tatsächliche Fragen sind von großer Bedeutung, die die Auswirkungen betreffen, die das Aufwachsen bei gleichgeschlechtlichen Paaren auf die Entwicklung der Kinder hat. In den Argumentationen zu diesem Bereich spielen diese Fragen deshalb nicht überraschenderweise eine zentrale Rolle. Dabei werden nicht selten empirische Annahmen zur Kinder-

den Recht offen gelegt noch können angemessene rechtliche Lösungen für neuartige Sachprobleme entwickelt werden“, ebd. Rn. 29.

80 Vgl. z.B. die Rekonstruktionen des BVerfG zu den (entscheidungserheblichen) Wirkungen eines Kopftuchs, BVerfGE 108, 282 (306) oder BVerfGE 138, 296 (337 f.).

81 Vgl. z.B. EGMR, app. No. 43835/11, 1.7.2014, S.A.S. v. France, para. 119 f. (verneint für Gleichheit und Menschenwürde) und para. 121 f. (bejaht für „vivre ensemble“).

82 Vgl. z.B. *Friederike Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015.

psychologie herangezogen, ohne dass diese immer wissenschaftlich abgesichert wären, etwa zur Notwendigkeit von Bezugspersonen verschiedenen biologischen Geschlechts für die Entwicklung von Kindern. In den letzten Jahren ist eine Reihe von Studien erschienen, die Zweifel an solchen Alltagstheorien säen, weil keine schädlichen Einflüsse auf die Kinder beobachtet werden können.<sup>83</sup> Auch die Entwicklung der geschlechtsbezogenen Identität von Kindern hängt nach entsprechenden Studien nicht von jener der Eltern ab<sup>84</sup> – ein nicht verwunderliches Ergebnis, wenn man an die homosexuellen Kinder heterosexueller Eltern denkt.

Solche Ergebnisse sind unmittelbar relevant für die normative Argumentation – nicht, weil sie selbst normative Prinzipien hervorbringen würden, sondern weil sie die Tatsachen klären, auf welche diese normativen Prinzipien angewandt werden. Wenn sich die wissenschaftlichen Beweise verdichtet haben, dass ein Aufwachsen bei homosexuellen Eltern faktisch keine Gefährdung des Kindeswohles bedeutet, fällt es schwer, aus diesem normativen Gesichtspunkt Argumente gegen die Adoption von Kindern durch gleichgeschlechtlich orientierte Paare zu gewinnen.

In diesem Zusammenhang wird manchmal von der „dienenden“ Funktion der Rechtssoziologie gesprochen, weil sie wichtige Erkenntnisse zur Tatsachengrundlage von Gesetzgebung und Gesetzesanwendung liefere. Einen Schritt weiter geht eine Methodenreflexion, die aus sozialen Sachverhalten Entscheidungsregeln für normative Streitfragen gewinnen will.<sup>85</sup>

83 Vgl. z.B. die rechtstatsächliche Untersuchung von *Marina Rupp* (Hg.), *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften*, 2011.

84 Vgl. z.B. *Rachel H. Farr/Samuel T. Bruun/Kathleen M. Doss/Charlotte J. Patterson*, *Children's Gender-Typed Behavior from Early to Middle Childhood in Adoptive Families with Lesbian, Gay, and Heterosexual Parents*, *Sex Roles* 78 (2018), 528–541.

85 *Hermann Kantorowicz*, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, hg. von Thomas Wertenberger, 1962, 126 ff., 128: „Auch die schöpferische Findung freien Rechts bedarf also rechtssoziologischer Begründung. Da nun, wie sich nachweisen läßt, die Findung freien Rechts als subsidiärer Rechtsform auf allen Gebieten der Rechtswissenschaft die allergrößte Rolle spielt, so reicht insoweit auch die Bedeutung und

Die damit aufgeworfenen Probleme sind übrigens wichtigen Vertretern der Rechtssoziologie nicht verborgen geblieben. Eugen Ehrlich z.B. war Vertreter der Freirechtsschule, die die Grenzen der Bestimmtheit von juristischen Entscheidungen durch positives Recht betonte, die Füllung der damit gegebenen Lücken sozialwissenschaftlich zwar informieren wollte, nicht aber anstrebte, normative Fragen durch sozialwissenschaftliche Tatsachenfeststellungen zu ersetzen.<sup>86</sup>

Empirische rechtssoziologische Untersuchungen erzeugen wissenschaftlich sehr interessante und oft schwierige Probleme bei der Hypothesen- und Theoriebildung, der Operationalisierung der zu untersuchenden Variablen und der Entwicklung des weiteren, methodisch abgesicherten, quantitativen, qualitativen oder häufig gemischten Forschungsdesigns. Die Rede von der „dienenden Funktion“ der Rechtstatsachenforschung wird dieser sozialwissenschaftlichen Arbeit nicht vollständig gerecht, weil der Eindruck entstehen kann, die eigentlich anspruchsvolle wissenschaftliche Arbeit würde allein bei der juristischen Normauslegung geleistet. Herauszufinden, welche Auswirkungen die Erlaubnis einer Gesichtsverschleierung in der Öffentlichkeit auf das „vivre ensemble“ einer Gesellschaft wirklich hat, ob sich irgendwelche der von Gerichten angenommenen Zusammenhänge in diesem Fall erhärten lassen oder nicht,<sup>87</sup> ist aber keineswegs leichter als die ebenfalls sehr komplexe Frage zu beantworten, was den normativen Gehalt der Religionsfreiheit eigentlich ausmacht.

Unentbehrlichkeit der soziologischen Untersuchung für die Beantwortung der *Rechtsfrage*“ (Herv. i. Orig.).

86 Vgl. z.B. *Eugen Ehrlich*, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903, wo er die praktische Aufgabe der Jurisprudenz darin sieht, zu bestimmen „welche Entscheidung die gerechtere, die zweckmässigere sei“, ebd., 38. Vgl. dazu genauer *Peter Gailhofer*, *Rechtspluralismus und Rechtsgeltung*, 2016, 49 ff.

87 Nach EGMR, app. No. 43835/11, 1.7.2014, S.A.S. v. France, para. 122, geht es darum, zu verhindern, dass „practices or attitudes“ sich entwickeln, „which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question“.

## 2. Rechtssoziologie und die Wissenschaft vom Recht

### a) Dimensionen der Rechtsanalyse

Die Rechtssoziologie ist aber nicht nur für die Aufklärung der Rechtspraxis in diesem Sinn eine wichtige Wissenschaft. Sie ist auch konstitutiv für den Wissenschaftsanspruch der Rechtswissenschaft. Diese Feststellung führt zum zweiten zentralen Forschungsbereich, der für die Soziologie relevant ist: Eine sozialwissenschaftliche Perspektive ist unverzichtbar für ein grundlegendes Verständnis von Recht und damit für ein zentrales Erkenntnisinteresse der Rechtswissenschaft.

Recht ist ein sehr komplexes Phänomen. Man muss das Recht deshalb aus verschiedenen Perspektiven untersuchen, um die Vielfalt der Fragestellungen, die im Recht existieren, angemessen bearbeiten zu können. Dazu gehört, aus einer Grundlagenperspektive die historische Genese von Rechtsnormen und Rechtsideen nachzuzeichnen sowie philosophische und theoretische Fragen zu stellen, etwa analytisch zur Struktur eines Rechtssystems, zu seiner begrifflichen Architektur und zu den möglichen Gründen für die Legitimität bestimmter Rechtsprinzipien.

Das Recht ist aber nicht nur ein geistiges, womöglich luftig verwehbares Gespinnst von normativen Bedeutungsgehalten, sondern darauf angelegt, die soziale Welt zu formen, wirksamer Teil der menschlichen Gesellschaft zu sein, und kann deswegen in wesentlichen Aspekten nicht verstanden werden, wenn nicht solche sozialwissenschaftlichen Problemstellungen das Bild des Rechts, das die Rechtswissenschaft entwirft, informieren. Rechtswissenschaft kann ohne sozialwissenschaftliche Perspektiven den eigenen Wissenschaftsanspruch nicht einlösen. Rechtssoziologie gehört zum Proprium der Rechtswissenschaft.

Die wissenschaftliche Untersuchung von Recht ist dabei – wie andere Erkenntnisprojekte – ein Selbstzweck: Wissenschaft ist auf Verständnis angelegt, aber nicht nur, weil so ein praktischer Nutzen gewonnen werden kann. Dass der praktische Nutzen, der von der Erkenntnis der Struktur der Raumzeit zu erwarten ist, begrenzt ist, ma-

chen die Postulierung und den empirischen Nachweis von Gravitationswellen nicht weniger aufregend.

Recht ist zudem ein wesentliches Merkmal der menschlichen Lebensform. Jede Erkenntnis zu seinem Ursprung, seiner Struktur, seinen Gehalten oder Wirkungen fügt ein Stück Selbstaufklärung der Menschen über die Grundlagen ihrer Lebensweise hinzu, die ebenfalls keiner weiteren Rechtfertigung aus ihrem erhofften instrumentellen Nutzen bedarf.

Die wissenschaftliche Untersuchung von Recht, die zu einem tieferen Verständnis führt, ist zudem die Voraussetzung für die Kritik von Recht und damit für den Ausgangspunkt seiner Verbesserung – ein aufgrund der sozialen Folgen von Recht sehr wichtiges Anliegen. Die Kritik von Recht bildet ein klassisches Thema der sozialwissenschaftlichen Analyse, gerade die Kritik des Rechts als Instrument von Herrschaft. Weniger intensiv wird sich manchmal aus gesellschaftstheoretischer Sicht um die ebenso wichtige Frage bemüht, in welcher Weise ein Rechtssystem überhaupt und welche seiner Elemente genau eigentlich verdienen, gegen Kritik verteidigt zu werden.<sup>88</sup> Die gegenwärtige Lage – wie allerdings auch schon die Vergangenheit, wie noch exemplarisch erläutert werden soll – gebietet jedoch dringend gerade dies: Genau zu bestimmen, was für zentrale Elemente des modernen Rechts eigentlich spricht und wie sie gegen Angriffe geschützt werden können. Diese Fragen sind deshalb genauer aufzugreifen.

### *b) Was ist Recht?*

Eine erste wichtige Frage, die man beantworten muss, wenn man die Konturen eines plausiblen sozialwissenschaftlich informierten Verständnisses von Recht zeichnen will, betrifft den Begriff des Rechts. Was ist eigentlich ‚Recht‘ aus einer sozialwissenschaftlichen Perspek-

88 Vgl. Baer, *Recht als Praxis* (Fn. 6), 222, mit der Anmerkung, es führe nicht sehr weit, „möglichst kritisch, möglichst anders, möglichst dagegen zu sein“, und die zur Genauigkeit der Analyse mahnt.

tive? Diese Frage ist nur auf den ersten Blick leicht zu beantworten, indem man auf das positive, das in bestimmten Verfahren gesetzte Recht eines Staates verweist. Entsprechend vielfältig sind die Versuche, eine überzeugende Begriffsbestimmung zu liefern – von Ehrlichs Gefühlstheorie des Rechts<sup>89</sup> bis zu expansiven Rechtsbegriffen bestimmter rechtspluralistischer Strömungen, in denen Recht mit jeder Form von sozialer Norm verschwimmt.<sup>90</sup>

Häufig wird ein soziologischer Geltungsbegriff von einem juristischen und philosophischen unterschieden.<sup>91</sup> Ein Fundamentalproblem besteht darin, ob aus sozialwissenschaftlichem Blickwinkel tatsächlich ein anderer, etwa durch Wirksamkeit und institutionalisierte Sanktionierung bestimmter Rechtsbegriff überzeugender ist als aus juristischer, philosophischer oder theoretischer Perspektive oder ob es vielleicht so etwas wie einen gemeinsamen Nenner verschiedener Annäherungen an den Rechtsbegriff gibt. Ob aber tatsächlich ein solcher Unterschied besteht, hängt davon ab, was genau jeweils unter Recht aus diesen verschiedenen Blickwinkeln verstanden wird, denn auch was juristisch oder philosophisch Recht ausmacht, ist umstritten. Wenn etwa – wie aus der Sicht einflussreicher Ideen der Rechtsphilosophie und oberster Gerichte – zum Recht ein Mindestbezug zu materialen Rechtsprinzipien der Gerechtigkeit gehört, dann sind diese Prinzipien praktischer Reflexion Teil des positiven Rechts.<sup>92</sup> Wenn diese Ansicht von denjenigen, die Recht anwenden, dem Rechtsstab, der ei-

89 *Eugen Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 41989, 146 ff.

90 Zutreffend kritisch schon *Sally Engle Merry*, *Legal Pluralism*, *Law and Society Review* 22 (1988), 869–896, 878. Vgl. zur rechtspluralistischen Diskussion *Gailhofer*, *Rechtspluralismus* (Fn. 86), 99 ff.

91 *Robert Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2002, 139 ff.; *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 7), § 26 III.

92 Das gilt übrigens auch für Theorien eines demokratischen Positivismus, denn auch dieser ist eine substantielle materiale Rechtstheorie. Der normative Kern ist das Bekenntnis zur Demokratie, zum Respekt vor der Gestaltungsmacht von Menschen, vor ihren politischen Entscheidungen und ihrer Verkörperung in der konkreten Rechtsordnung und den Rechtsnormen einer Gesellschaft. Ein solcher Respekt vor Autonomie und Gleichberechtigung von Menschen ist eine substantielle Position, die den demokratischen Positivismus vielleicht entgegen einem relativistischen Schein mit anderen materialen Positionen auf eine durchaus ermutigende



genen Praxis der Identifikation von Recht zugrunde gelegt wird, wenn ein strittiger Fall zu entscheiden ist (wie es etwa das Bundesverfassungsgericht im Fall der Mauerschützenprozesse getan hat<sup>93</sup>), dann ist dieser Rechtsbegriff nicht nur juristisch entscheidend, sondern auch faktisch sozial wirksam.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist der Begriff der Norm, der ebenfalls in vielfältiger Weise diskutiert wird. Ein schwieriges Problem ist dabei, wie genau das Sollenselement verstanden werden kann, das Normen von Fakten unterscheidet. Es gibt verschiedene Versuche, einen Normenbegriff zu formen, der dieses Sollen auf andere Phänomene zurückführt. Dahinter steht die Vorstellung, ein Sollenselement habe notwendig suspekte metaphysische Konnotationen. Ein Beispiel ist der Rechtsrealismus, dem die Annahme unterliegt, rechtliche Normen seien nur als faktische Regelmäßigkeiten menschlichen Handelns rational rekonstruierbar,<sup>94</sup> wenn es auch verschiedene Formen dieser Perspektive gibt.<sup>95</sup>

Weise verbinden kann. Eindrucksvoll wird das etwa bei Kelsens Verteidigung der Demokratie deutlich, vgl. *Hans Kelsen*, Wissenschaft und Demokratie, in: *ders.*, Verteidigung der Demokratie, hg. von Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius, 2006, 238–247, 238 f.: „Es ist der tiefste Sinn des demokratischen Prinzips, daß das politische Subjekt die Freiheit, auf die es abzielt, nicht nur für sich selbst, sondern auch für die andern, daß das Ich die Freiheit auch für das Du will, weil das Ich das Du als wesensgleich empfindet. Eben darum muß die Idee der *Gleichheit* zu der Idee der Freiheit, diese beschränkend, hinzutreten, damit demokratische Gesellschaftsform zustandekommen kann“ (Herv. i. Orig.).

93 BVerfGE 95, 96.

94 Vgl. *Oliver W. Holmes*, The Path of the Law, Harvard Law Review 10 (1897), 457–478, 458: „(A) legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right“. Vgl. auch die Debatte zwischen Roscoe Pound und Karl N. Llewellyn zum Legal Realism, *Roscoe Pound*, The Call for a Realist Jurisprudence, Harvard Law Review 44 (1931), 697–711; *Karl N. Llewellyn*, Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound, Harvard Law Review 44 (1931), 1222–1264.

95 Vgl. zum „New Legal Realism“ z.B. *Thomas J. Miles/Cass R. Sunstein*, The New Legal Realism, University of Chicago Law Review 75 (2008), 831–851, als „effort to understand the sources of judicial decisions on the basis of testable hypotheses and large data sets“, ebd., 831; *Suchman/Mertz*, New Legal Empiricism (Fn. 3).

Ein einflussreicher anderer Ansatz verbindet Normen mit Erwartungen, genauer mit den Reaktionen von Personen im Enttäuschungsfall.<sup>96</sup> Der Begriff der ‚Erwartung‘ hat eine Doppelbedeutung. Erwartungen können selbst normativ sein: Man erwartet, dass etwas geschehen *soll*, etwa dass gewählte Amtsträger sich an das maßgebliche Recht halten. Eine Erwartung kann sich aber auch auf einen rein faktischen Geschehensablauf beziehen: Man erwartet etwa – wenn man auf die dunklen Wolken blickt –, dass es regnen *wird*, ohne dass es regnen *soll*. Erwartungen im ersten Sinn liefern keine Lösung des Problems, was Normativität ausmacht, die über Sollen hinausführen würde, weil Sollen zum Sinngehalt dieses Erwartungsbegriffs gehört. Erwartungen im zweiten Sinn sind deshalb der einzig mögliche Kandidat für einen Normbegriff, der ohne „Sollens“-Symbolik<sup>97</sup> auskommt. So muss deswegen ein Normbegriff gemeint sein, der Normen als Erwartungen versteht, die im Fall der Enttäuschung der Erwartung nicht geändert werden, weil dadurch ja gerade auf die „Sollens“-Symbolik“ verzichtet werden soll.

Diese Reduktionsversuche überzeugen nicht, weil in ihnen die für Normen zentrale Sollensdimension ihrer Bedeutung aus dem Blick gerät. Diese Sollensdimension macht eine normative Ordnung zu etwas, das den Normadressaten eine Verpflichtung auferlegt, deren Inhalt unabhängig davon bestimmt ist, was die Normadressaten tatsächlich tun.

Mit der Identifikation von Normen mit enttäuschungsfesten Erwartungen wird der Kern von Normen gerade nicht erfasst: Wenn man trotz schwarzer Wolken und der Erfahrung von einigen Regenschauern nach der Beobachtung solcher Wolken die enttäuschungsfeste Erwartung hegt, dass es nicht regnen *wird*, folgt man keiner Norm, sondern unterhält irrige Vorstellungen über den faktischen Gang der Dinge. Annahmen zu Geschehensabläufen, die auch im Fall einer Falsifizierung nicht geändert werden, sind dogmatische, irrationale Vorstellungen, aber keine Normen. Erwartungen können deswegen plausibel nur mit Normen verbunden werden, wenn der Erwartungsbegriff nor-

96 Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 133 ff.

97 Dazu ebd., 129 ff.

mativ (im ersten genannten Sinn) verstanden wird – was aber gerade zum Problem des Sollens zurückführt, das durch den Erwartungsbe-  
griff gelöst werden sollte.

Es geht deshalb kein Weg daran vorbei, ein Sollen, also eine Ver-  
pflichtung von Akteuren, in bestimmter Weise zu handeln, eine spezi-  
fische deontische Modalität, konstitutiv für Normen zu halten. Diese  
Verpflichtungsdimension von Normen hat nichts mit metaphysischen  
Vorstellungen zu tun (wobei Metaphysik in diesem Zusammenhang,  
und keineswegs zwingend, im Sinne von rational Unerklärlichem zu  
verstehen ist<sup>98</sup>), sondern erschließt sich für jeden Normadressaten aus  
der Teilnehmer- oder internen Perspektive unmittelbar – was aus der  
Außen- oder Beobachterperspektive der Sozialwissenschaft eine wich-  
tige, intersubjektiv zugängliche Erkenntnis bildet. Ein Rechtssoziolo-  
ge, der auf die Aussage eines Verwaltungsbeamten, „Ich fühlte mich  
dem Recht verpflichtet, obwohl mir meine Vorgesetzte aus politischen  
Gründen einen Rechtsbruch befahl“, antwortete, dass ihm völlig un-  
klar sei, was mit „Verpflichtung“ hier gemeint sei, würde eine über-  
flüssige Erkenntnishürde errichten.

Das Recht bildet mithin aus einem Ensemble von Normen eine Sol-  
lensordnung, die – so kann idealtypisch formuliert werden – als ge-  
sellschaftlich verbindlich institutionalisiert und in diesem spezifischen  
institutionellen Rahmen von einem funktional wie auch immer rudi-  
mentär differenzierten Personenkreis durchgesetzt wird.<sup>99</sup>

Recht ist dabei auf normative Prinzipien wie Gerechtigkeit bezo-  
gen, wenn dieses Gerechtigkeitsziel tatsächlich auch verfehlt werden  
mag. Selbst normativ pervertierte Rechtsordnungen wie das Nazirecht  
verkündeten nicht ein Reich des Bösen, sondern eine gerechtfertigte

98 Zu einem anderen, konstruktiven Verständnis von Metaphysik als „the conceptual structure which is presupposed in all empirical enquiries“, *Peter F. Strawson, The Bounds of Sense*, 2004, 18.

99 Das ist der Kern von *Webers* Rechtsdefinition, *ders.*, *Soziologie* (Fn. 58), 186: „Eine Ordnung soll heißen: (...) *Recht*, wenn sie äußerlich garantiert ist durch die Chance eines (physischen oder psychischen) *Zwanges* durch ein auf Erzwingung der Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines *eigens* da-  
rauf eingestellten Stabes von Menschen“ (Herv. i. Orig.).

Normenordnung, begründet allerdings durch eine Ideologie des politisch-weltanschaulichen Wahns.

Mit diesem Rechtsbegriff kann man sich an die Arbeit machen, die vielen Formen von Normenordnungen in menschlichen Gesellschaften genauer zu analysieren, ohne zu übersehen, dass die Vielfalt der sozialen Wirklichkeit sich nicht immer willig einem wissenschaftlichen Begriffsapparat beugt.

### c) *Recht ohne Subjekt?*

Eine weitere wichtige Frage richtet sich auf die Rolle, die Subjekte, d.h. konkrete menschliche Individuen, für das Verständnis des Rechts spielen. In manchen Reflexionen wird der theoretische „Tod des Subjekts“ ausgerufen.<sup>100</sup> Das lädt zur näheren Analyse ein, was dies für eine sozialwissenschaftliche Konzeption des Rechts bedeuten könnte.

Recht hat, wie angedeutet, verschiedene Dimensionen. Die Normen einer Rechtsordnung bilden zunächst einen geistig erfassbaren Sinnzusammenhang, z.B. den Sinnzusammenhang, den das deutsche Grundgesetz oder die schweizerische Bundesverfassung formen. Das Recht, das das Grundgesetz oder die Bundesverfassung bilden, ist die Bedeutung der Texte, die diese Normordnungen festlegen. Der Inhalt dieses Sinnzusammenhangs wird in bestimmten Hinsichten in einer Gemeinschaft, z.B. der Richterinnen und Richter oder Verfassungsrechtler und -innen, wesentlich gleich verstanden, in anderen kontrovers beurteilt. Dass Deutschland und die Schweiz Bundesstaaten bilden, ist nicht strittig, welchen genaueren verfassungsrechtlichen Charakter die Län-

100 Vgl. Michel Foucault, *Les mots et les choses*, 1966, 398: „L’homme est une invention dont l’archéologie de notre pensée montre aisément la date récente. Et peut-être la fin prochaine. Si ces dispositions venaient à disparaître comme elles sont apparues, si par quelque événement dont nous pouvons tout au plus pressentir la possibilité, mais dont nous ne connaissons pour l’instant encore ni la forme ni la promesse, elles basculaient, comme le fit au tournant du XVIIIème siècle le sol de la pensée classique, – alors on peut bien parier, que l’homme s’effacerait, comme à la limite de la mer un visage de sable“. Früh kritisch z.B. Agnes Heller, *Der Tod des Subjekts*, DZPh 41 (1993), 623–638.

der und Kantone als Territorialkörperschaften haben, allerdings schon.<sup>101</sup> Wie die Idee der Bedeutung von Sprache so gefasst werden kann, dass sie in jeweils gegebenen faktischen Überzeugungen von der Bedeutung bestimmter Äußerungen oder Texte nicht aufgeht, die ja kritisiert werden können (man kann Texte missverstehen), ist ein schwieriges Problem der Sprachtheorie. Dabei sind die Besonderheiten gerade des rechtlichen Kontexts bei der Bestimmung der Bedeutung von sprachlich verfassten Normen im Blick zu behalten, die eigenen hermeneutischen Prinzipien folgt.<sup>102</sup>

Das aber jedenfalls in gewissem Grade inhaltlich bestimmte Recht wird konkret wirksam durch soziales Handeln von einzelnen oder einer Vielzahl von Individuen – die Bedeutung einer Norm etwa durch ihre Interpretation durch eine berichterstattende Richterin des Bundesverfassungsgerichts, die Überzeugung ihrer Kolleginnen und Kollegen, dass diese Auslegung zutreffend sei, durch eine entsprechende Entscheidung des zuständigen Senats und durch das auf diese Entscheidung bezogene soziale Handeln, etwa seitens der Bundesregierung, eine bestimmte Partei nach einer Entscheidung in einem Parteiverbotsverfahren zwar als verfassungswidrig, nicht aber als verboten zu behandeln.<sup>103</sup> Dieses soziale Handeln vollzieht sich im Rahmen von gesellschaftlichen Strukturen, die selbst durch individuelles soziales Handeln konstituiert werden. Das soziale Handeln der Richter und Richterinnen eines Senats setzt etwa hinlänglich gefestigte Strukturen von Interaktionen von Menschen voraus, z.B. die verlässliche Orientierung einer hinreichend großen Zahl von Menschen am Gehalt eines Urteils des Gerichts. Wenn diese Orientierung wegfiel, bedeutete dies auch das faktische Ende der Institution Bundesverfassungsgericht.

101 Wie sich der Sinn einer sprachlichen Äußerung erschließt, ist eine interessante und sehr unterschiedlich beantwortete Frage der Sprachtheorie – von Wittgensteins Sprachspielen, in denen Bedeutung durch Gebrauch entsteht, *ders.*, Philosophische Untersuchungen, in: Tractatus logico-philosophicus, Werkausgabe Band I, 1984, PU 43, bis zur Semantik im Rahmen einer generativen Grammatik bei *Noam Chomsky*, vgl. *ders.*, New Horizons of Language and Mind, 2000.

102 Instruktiv dazu *Ralf Poscher*, Meaning, Legal Meaning and Legal Effect (Manuskript).

103 BVerfGE 144, 20.

Recht ist deshalb nicht als ein Inbegriff von Kommunikationen von Sinn eines subjektlosen sozialen Systems aufzufassen, für das „psychische Systeme“ nur eine Umwelt bildeten.<sup>104</sup> Dies ist eine wichtige Einsicht, damit eine sozialwissenschaftliche Analyse des Rechts ihr kritisches Geschäft besorgen kann. Das wird schnell deutlich, wenn man sich auf die Analyse konkreter Rechtsphänomene genauer einlässt. Das gilt für den Mikrobereich konkreter Gerichtsentscheidungen genauso wie für den Makrobereich weitreichender Rechtsentwicklungen.

Ein Beispiel: Die Gründe für eine bestimmte, politisch wichtige Entscheidung eines Verfassungsgerichts in einem Parteiverbotsverfahren<sup>105</sup> bilden ohne Zweifel einen interessanten sozialwissenschaftlichen Forschungsgegenstand. Man kann sich für die juristische Determination der Entscheidung durch Art. 21 GG interessieren, fragen, ob womöglich bestimmte Hintergrundmerkmale der Entscheidenden einen Einfluss auf die Entscheidung gehabt haben (oder auch nicht), warum ein Unterschied zu einer zurückliegenden Entscheidung besteht, ob ein grundsätzlicher Wandel in den politischen Hintergrundannahmen der Akteure im betreffenden politischen System einen Einfluss auf die Entscheidung der Richterinnen und Richter hatte, etc.

Entsprechend kann man Rechtsentwicklungen auf der Makroebene untersuchen. Eine interessante völkerrechtssoziologische Frage lautet etwa, inwieweit die Verlagerung der US-Botschaft nach Jerusalem durch die US-amerikanische Regierung das völkerrechtliche Verbot der Annexion fremder Territorien in seiner Autorität, verstanden als maßgeblicher Grund spezifischen politischen Handelns, schwächt. Auch hier drängen sich eine Fülle von Fragen auf – von den konkreten Gründen für das Handeln der Regierung des Präsidenten Trump, etwa in Hinsicht auf die politischen Ziele seiner Wählerschaft, Unterstützer und Geldgeber, bis zur Wirkung auf andere Mächte, z.B. auf das zukünftige Handeln Russlands in Bezug auf territoriale Annexionen, etwa in der Krim.

104 Vgl. *Luhmann*, Soziale Systeme (Fn. 59), 346.

105 BVerfGE 144, 20.

Diese Fragen wird man ohne Bezug auf strukturelle Gegebenheiten der internationalen Gemeinschaft nicht beantworten können, etwa zu bestehenden verfestigten Machtstrukturen. Man wird die konkrete Entwicklung in diesem Rahmen aber auch nicht ohne Bezug auf vielfach motiviertes, nicht zuletzt interessegeleitetes Handeln von Individuen verstehen können. Weder eine konkrete Entscheidung über ein Parteiverbot noch die Entwicklung des Annexionsverbots im Völkerrecht nach der Jerusalem-Entscheidung Trumps können auch nur ansatzweise subjektlos etwa als Funktionsimperative eines autopoietischen Systems, das sich selbst erzeugt und strukturell mit anderen Systemen gekoppelt ist, verstanden werden. Im Gegenteil, eine solche Art der Analyse verstellt gerade den Blick auf wichtige Elemente dessen, was sozialwissenschaftlich erklärt werden muss und ohne die genaue Analyse des sozialen Handelns benennbarer Akteure nicht erklärt werden kann – z.B. die Bestimmungsgründe einer Entscheidung eines höchsten Gerichts oder die Ursachen und die Gründe für das Handeln einer Supermacht (genauer einer spezifischen Gruppe von Machttägern), das Grundprinzipien des Völkerrechts und einer Friedensordnung in der Welt in Frage stellt.

Es geht im Kern mithin darum, rechtsbezogenes soziales Handeln und seine Wurzeln in Interessen, Ideologien, Mentalitäten und deren Verbindung zu fundamentalen Gesellschaftsstrukturen – inklusive, aber nicht reduziert auf die wirtschaftlichen – als Kernelemente rechtssoziologischer Erkenntnisinteressen zu konturieren, ohne dabei die Eigengesetzlichkeiten des Rechtssystems, etwa die tatsächlich wirksame Bestimmtheit von Entscheidungen durch den dogmatisch erschlossenen Rechtsstoff, zu vergessen. Das ist eine Bedingung dafür, sich auf dem Reflexionsniveau zu halten, das das Nachdenken über die Rolle des Rechts in der Gesellschaft zu einer Grundlage der Gesellschaftstheorie der Moderne gemacht hat.

In diesem Zusammenhang muss kurz erwähnt werden, dass wichtige Teile der gegenwärtigen empirischen und theoretischen Analyse von Recht bei subjektiven Faktoren ansetzen, wofür die Bedeutung der Verhaltensökonomik für die Reflexion von Recht ebenso ein Symptom ist wie moralpsychologische sowie neurowissenschaftliche Un-

tersuchungen,<sup>106</sup> die z.T. sehr selbstbewusste Erklärungen von komplexen normativen Institutionen wie etwa der internationalen Menschenrechtsordnung vorlegen.<sup>107</sup> Gerade letzteren beiden Ansätzen wird im breiteren rechtswissenschaftlichen Bewusstsein nur in bestimmten Bereichen, wie etwa in der Debatte um Willensfreiheit und rechtlicher Verantwortung, genug Aufmerksamkeit geschenkt.<sup>108</sup> Auch eine sozialwissenschaftliche Analyse des Rechts muss diese Untersuchungen rezipieren und in die eigenen theoretischen Überlegungen integrieren, nicht zuletzt weil Befunde etwa zu Heuristiken und *Biases*

- 106 Man denke etwa an das klassische Thema der empirischen Erforschung von Gerechtigkeitsvorstellungen als Grundlage von (sozial regelmäßig relevanten) Entscheidungsbildungen, vgl. z.B. *Ernst Fehr/Urs Fischbacher*, The Nature of Human Altruism, *Nature* 425 (2003), 785–791. In interkultureller Perspektive *Joseph Henrich et al.*, „Economic Man“ in Cross-Cultural Perspective: Behavioural Experiments in 15 Small-Scale Societies, *Behavioural and Brain Sciences* 28 (2005), 795–855. Zur Entwicklungspsychologie z.B. *Kristina R. Olson/Elizabeth Spelke*, Foundations of Cooperation in Young Children, *Cognition* 108 (2008), 222–231 (3-, 5-Jährige); *Marco F.H. Schmidt/Jessica A. Sommerville*, Fairness Expectations and Altruistic Sharing in 15-Month-Old Human Infants, *PLoS ONE* 6 (2011); *Ernst Fehr/Helen Bernhard/Bettina Rockenbach*, Egalitarianism in Young Children, *Nature* 454 (2008), 1079–1083; *Ernst Fehr/Daniela Glätzle-Rützler/Matthias Sutter*, The Development of Egalitarianism, Altruism, Spite and Parochialism in Childhood and Adolescence, *European Economic Review* 64 (2013), 369–383. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Erklärung von Normativität als emergente Kausaleigenschaft von Rechtssystemen, erklärt durch „spieltheoretische Verhaltensgleichgewichte, die von moralischen Präferenzen aufrechterhalten und durch sprachlich repräsentierte Normen koordiniert werden“, *Stefan Magen*, Zur naturalistischen Erklärung rechtlicher Normativität. Ein Grundriss, in: *Gralf-Peter Callies/Lorenz Kähler* (Hg.), *Theorien im Recht – Theorien über das Recht*, Beiheft des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie, im Erscheinen, 2.
- 107 Vgl. z.B. einflussreich *Joshua Greene*, *Moral Tribes*, 2012, der Menschenrechte als Ausdruck der Operationen des dorsolateralen-prefrontalen Kortex ansieht, die post-hoc rationalisiert würden – von Kant bis Rawls. Zur Kritik dieser Thesen aus der Sicht der Rechtsphilosophie, aber auch einer plausiblen Moralpsychologie, *Matthias Mahlmann*, Mind and Rights: Neuroscience, Philosophy and the Foundations of Legal Justice, in: *M.N.S. Sellers* (Ed.), *Law, Reason, and Emotion*, 2017, 80–137, 108 ff.
- 108 Vgl. z.B. im Überblick mit unterschiedlichen Schlussfolgerungen *Reinhard Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, <sup>2</sup>2014; *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 7), § 29.



in die sozialwissenschaftliche Methodik Eingang gefunden haben – etwa dazu, wie derartige Mechanismen die Wahrnehmung der Wirklichkeit und damit auch empirische Befunde von Sozialwissenschaftlerinnen und Sozialwissenschaftlern verzerren können, beispielsweise zur Effektivität von Menschenrechten.<sup>109</sup> Diese Ansätze liefern manche produktive Erkenntnis, aber auch Anlass zur kritischen Analyse, nicht zuletzt aus Sicht einer sowohl sozialwissenschaftlich als auch rechtsphilosophisch informierten Rechtswissenschaft. Sie unterstreichen in jedem Fall, dass man den Tod des Subjekts auch sozialwissenschaftlich nicht zu früh ausrufen sollte.

#### *d) Recht zwischen Symbolik und Kausalität*

Recht als System von verpflichtenden Sollensnormen, die sozial institutionalisiert durchgesetzt werden, intendiert einen spezifischen kausalen Effekt: die normkonforme Steuerung von menschlichem Verhalten. Rechtssoziologischer Forschung geht es um ein grundsätzliches Verständnis der Wirkungsweisen von Recht und Normativität innerhalb einer Gesellschaft, im Kleinen der Wirkung spezifischer Normen, im Großen der Rolle von Rechtssystemen für die Art des sozialen Verhaltens von Menschen in der Gesellschaft. Beispiele für Effektivitätsforschung, aber auch für Untersuchungen von anderen, indirekten, auch womöglich nichtintendierten Folgen von Rechtsnormen wurden bereits erwähnt.

Ein wichtiges Thema einer rechtssoziologischen Untersuchung von Recht sind Steuerungsprobleme, also die Frage, welche Grenzen der Gestaltung der Gesellschaft durch Recht gesetzt sind und damit zusammenhängend die Frage nach Alternativen zur Gesellschaftsgestal-

109 Vgl. z.B. *Steven Pinker*, *The Better Angels of Our Nature*, 2011, 189 ff. und passim; *Siskind*, *Evidence for Hope* (Fn. 78), 152 ff. etwa zur availability heuristic, negativity, bias und news bias mit dem methodisch relevanten Effekt, dass negativen Informationen mehr Bedeutung zugemessen wird als positiven. Zu weiteren Problemen, die aus einem Zuwachs an Informationen im Rahmen der sozialwissenschaftlichen Kodierung bei der Indexbildung erwachsen, ebd., 169.

tung durch Recht, z.B. durch einen Markt – eine Alternative die ungenau bezeichnet ist, wenn die notwendige normative Konstitution eines Marktes nicht deutlich genug mitreflektiert wird: Der Markt als Alternative zum Recht führt zu den rechtlichen Normen zurück, die diese sozial geschaffene, nicht einfach naturwüchsig gegebene Institution konstituieren.

Hintergrund dieser Fragen sind politische und makroökonomische Fragen, inwieweit politische Einflussnahmen auf die Gesellschaft und gerade die Ökonomie möglich sind. Ökonomisch kolorieren diese Auseinandersetzungen (neo-)keynesianische und wirtschaftslibertäre oder neo-liberale Ansätze zur wirtschaftlichen Ordnungspolitik. Die wirtschaftlichen Probleme, das Kumulieren von Staatsdefiziten,<sup>110</sup> aber auch der Zusammenbruch des dirigistischen Staatssozialismus haben die Vertreter einer am Gemeinwohl und sozialer Gerechtigkeit orientierten Wirtschaftspolitik für einige Jahre in die Defensive gebracht. Die fundamentale Wirtschaftskrise, zu deren wichtigsten Ursachen die finanzökonomische Deregulierung gehört, haben diese Debatte ebenso neu justiert wie die breite, auch von führenden Institutionen der Weltwirtschaftsverfassung geführte Auseinandersetzung um soziale Ungleichheit in einzelnen Staaten und in globaler Perspektive, mit in verschiedener, auch ökonomischer Hinsicht schädlichen Folgen.<sup>111</sup>

Solche Hintergründe sozialwissenschaftlicher Auseinandersetzungen müssen im Blick behalten werden, um zumindest die politischen Implikationen (und vielleicht auch Motivationen) von sozialwissenschaftlichen Theorien im Blick zu behalten.

Auch wird die Frage gestellt, ob Verhaltenssteuerung tatsächlich ein zentrales Ziel von Recht sei oder nicht vielmehr ganz andere Dinge im Vordergrund stünden, beispielsweise die Bewirtschaftung von symbolischen Ordnungen einer Gesellschaft, die Pflege kontrafaktischer Erwartungen (wenn auch rechtsbegrifflich nicht besonders plau-

110 *Streeck*, Gekaufte Zeit (Fn. 14).

111 Vgl. o. Fn. 13.

sibel, wie erläutert) oder die Auszeichnung eines Möglichkeitsraums sozialer Gestaltung.<sup>112</sup>

Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass rechtliche Normen nicht einfach ohne weiteres zu entsprechendem menschlichen Verhalten führen, was schon jedes Strafrechtssystem und die Realität von Verbrechen illustriert und was kriminologische Forschung seit Jahrzehnten auf wissenschaftlich hohem Niveau reflektiert. Menschen verhalten sich auch aus ganz anderen Gründen als wegen des rechtlichen Gebots oder Verbots im Ergebnis so, wie rechtliche Normen es vorschreiben. Die meisten Menschen begehen nicht nur deswegen keine Tötungsdelikte, weil es in den jeweiligen Strafgesetzbüchern verboten ist.

Recht hat in einer Gesellschaft und ihrer Kultur auch durchaus nicht nur die Bedeutung, instrumentell der Verhaltensregulierung zu dienen. Eine Grundrechtsordnung oder die Verfassung drückt wesentliche Aspekte des normativen Selbstverständnisses einer politischen Gemeinschaft aus. Dazu gehört auch, etwa in Präambeln oder Staatszielbestimmungen, ausdrücklich bestimmte Ziele der gesellschaftlichen Gestaltung festzuhalten. Das sind wichtige Dimensionen der politischen und kulturellen Bedeutung von Recht. Dies ändert aber nichts daran, dass Recht nicht nur eine derartige expressive, symbolhafte Funktion hat. Es geht sehr wohl im Recht um die Beeinflussung von menschlichem Verhalten, was denn auch täglich millionenfach geschieht – von der Bürgerin, die ihre Steuererklärung regelkonform ausfüllt, bis zum Parlamentarier, der eine Bundeskanzlerin wirksam wählt, indem er sich an ein verfassungsmäßig vorgegebenes Verfahren hält, oder Rechtsadressaten einschließlich multinationale Konzerne, die ihre Geschäftspraktiken an neue rechtliche Regulierungen anpassen.<sup>113</sup> Gerade die Wirkungen des Ausdünnens rechtlicher Steuerung wie in der Finanzkrise seit 2008 illustrieren, dass man nur mit erhebli-

112 Vgl. z.B. *Christoph Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2015, 125: „Normen bestehen aus einer Möglichkeit und einer Markierung, die die Verwirklichung dieser Möglichkeit affirmiert“.

113 Vgl. zur EU-Datenschutzgrundverordnung *Sheera Frenkel*, Tech Giants Brace for Europe's New Data Privacy Rules, *The New York Times*, 28.1.2018.

chen Gefahren für die Gesellschaftsgestaltung die Wirkung von Recht unterschätzt.

e) *Recht und Herrschaft*

Ein wichtiges Thema der sozialwissenschaftlichen Analyse von Recht ist das Verhältnis von Recht und Herrschaft. Eine klassische These lautet dabei, dass Recht vorwiegend oder sogar allein der Sicherung von Herrschaft diene. Aus marxistischer Sicht wurde das auf die Sentenz gebracht: „Das Auge des Gesetzes sitzt im Gesicht der herrschenden Klasse“.<sup>114</sup>

Marxistische Theorien zur Abhängigkeit des „relativ autonomen“ Rechts von den ökonomischen Imperativen sind eine Variante dieser These. Andere Analysen des Verhältnisses von Macht und Recht stammen aus der post-marxistischen kritischen Theorie,<sup>115</sup> dem Strukturalismus oder Poststrukturalismus,<sup>116</sup> der kritischen Systemtheorie,<sup>117</sup> feministischen,<sup>118</sup> post-kolonialen<sup>119</sup> oder subalternen Ansätzen, der Critical Race Theory<sup>120</sup> oder einer Kritik juristischer Felder.<sup>121</sup>

114 *Ernst Bloch*, Naturrecht und menschliche Würde (1961), 1985, 206 f.

115 *Boaventura de Sousa Santos*, Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition, 1995.

116 Vgl. z.B. *Jacques Derrida*, Force of Law: The „Mystical Foundation of Authority“, in: Drucilla Cornell/Michel Rosenfeld/David G. Carlson (Eds.), Deconstruction and the Possibility of Justice, 1992, 3–67; und dazu *Matthias Mahlmann*, Law and Force: 20<sup>th</sup> Century Radical Legal Philosophy, Post-Modernism and the Foundations of Law, *Res Publica* 9 (2003), 19–37; *Costas Douzinas*, Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism, 2007, mit der Hoffnung auf einen „cosmopolitanism to come“, ebd., 151 ff., 291 ff.

117 Vgl. z.B. die Beiträge in *Marc Amstutz/Andreas Fischer-Lescano* (Hg.), Kritische Systemtheorie, 2013.

118 Feministische Perspektiven sind heute in sehr unterschiedlicher Form entwickelt worden, in denen sich verschiedene theoretische Weichenstellungen widerspiegeln – von Bemühungen um Dekonstruktion universaler Annahmen zum menschlichen (männlichen, weiblichen) Subjekt bis zum capability approach, „in defense of universal values“, vgl. zum Ersteren *Judith Butler*, Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity, 1990, 15 ff., und zu Letzterem *Martha Nussbaum*,

Die Herrschaftsausübung kann direkt, durch nackten Zwang, aber auch indirekt erfolgen. Wichtig ist in der Analyse die Vermittlung der Herrschaftsfunktion des Rechts über die Ideen- und Vorstellungswelt von Menschen, über epistemische Regime, Begriffsapparate und normative Kategorien, die nicht nur bestimmten, was Menschen denken und wollen, sondern auch, was sie denken und wollen könnten.<sup>122</sup> Auch der Mensch selbst sei ja eine neuere Erfindung, eine *invention*

- Women and Human Development: The Capability Approach, 2000, 34 ff., mit einem konkreten Vorschlag zu „central human functional capabilities“, ebd., 78 ff.
- 119 Vgl. grundlegend *Edward Said*, *Orientalism*, 1978; sowie z.B. *Upendra Baxi*, *Postcolonial Legality*, in: Henry Schwarz/Sangeeta Ray (Eds.), *A Companion to Postcolonial Studies*, 2000, 540–555. *Balakrishnan Rajagopal*, *International Law from Below*, 2003, versucht, die Frage zu beantworten: „(H)ow does one de-elitize international law by writing resistance into it, to make it ‚recognize‘ subaltern voices?“, ebd., 292.
- 120 Vgl. *Kimberlé Crenshaw/Neil Gotanda/Gary Peller/Kendall Thomas* (Eds.), *Critical Race Theory*, 1995, introduction: „Although Critical Race scholarship differs in object, argument, accent, and emphasis, it is nevertheless unified by two common interests. The first is to understand how a regime of white supremacy and its subordination of people of color have been created and maintained in America, and in particular, to examine the relationship between that social structure and professed ideals such as the ‘rule of law’ and ‘equal protection’. The second is a desire not merely to understand the vexed bond between law and racial power but to *change* it“ (Herv. i. Orig.); *Mathias Möschel*, *Law, Lawyers and Race. Critical Race Theory from the United States to Europe*, 2014.
- 121 Vgl. *Pierre Bourdieu*, *Sur l’État. Cours au Collège de France 1989-1992*, 2012, 154 ff.; *ders.*, *The Force of Law. Toward a Sociology of the Juridical Field*, *Hastings Law Journal* 38 (1987), 805–853, 816: „The social practices of the law are in fact the product of the functioning of a ‘field’ whose specific logic is determined by two factors: on the one hand, by the specific power relations which give it its structure and which order the competitive struggles (or, more precisely, the conflict over competence) that occur within it; and on the other hand, by the internal logic of juridical functioning which constantly constrains the range of possible actions and, thereby, limits the realm of specifically juridical solutions“; *Yves Dezalay/Bryant Garth*, *From the Cold War to Kosovo. The Rise and Renewal of the Field of International Human Rights*, *Annual Review of Law and Social Science* 2 (2006), 231–255; *Michael Wrase*, *Recht und soziale Praxis – Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie*, in: Michelle Cottier/Josef Estermann/Michael Wrase (Hg.), *Wie wirkt Recht?*, 2010, 113–145.
- 122 Vgl. z.B. *Foucaults* in verschiedenen Varianten verfolgte Grundfrage: „Ich wollte gern wissen, ob die Individuen, die verantwortlich für den wissenschaftlichen

*récente*, die verschwinden werde, wenn die Wissensformationen sich gewandelt hätten.<sup>123</sup>

In diesen Theorien werden wichtige Dimensionen der sozialwissenschaftlichen Analyse von Recht identifiziert. Recht wurde zu vielen Zwecken genutzt, nicht zuletzt zur Interessens- und Herrschaftssicherung mächtiger gesellschaftlicher Gruppen. Es gibt ein Recht der Sklaverei, der Unterdrückung von Frauen, der Apartheid, Rassensegregation oder der Absicherung kolonialer Regime.

Bestimmte Vorstellungen beispielsweise zum Charakter imaginierter unterschiedlicher menschlicher Rassen bilden wichtige Elemente der modernen Sozialgeschichte, die solchen rechtlichen Regimen unterliegen, wie etwa im Kolonialismus, der Apartheid oder Rassensegregation. Vorstellungen zu vorgeblich natürlichen Rollen von Geschlechtern hatten lange (und nachwirkende) Konsequenzen für die juristische Interpretation konkreter rechtlicher Normen, etwa Gleichheitssätze von Verfassungen.

Soziale Einflüsse auf das, was in einer Gesellschaft als Wissen oder als normativ Richtiges gilt, sind also von großer Bedeutung und entsprechend intensiv zu analysieren. Ein Fehler besteht aber darin, jede mögliche Aussage in diesen kontingenten epistemischen Regimen aufgehen zu lassen. Die These der totalen sozialen Bedingtheit und damit der Kontingenz und Relativität jeder Aussage hebt sich nicht nur selbst auf, sondern verkennt zentrale Lehren einer plausiblen Epistemologie – das wird noch näher erläutert werden. Sie kann auch zu

Diskurs sind, nicht in ihrer Situation, ihrer Funktion, ihren perzeptiven Fähigkeiten und in ihren praktischen Möglichkeiten von Bedingungen bestimmt werden, von denen sie beherrscht und überwältigt werden. (...) Mir scheint, daß die historische Analyse des wissenschaftlichen Diskurses letzten Endes Gegenstand nicht einer Theorie des wissenden Subjekts, sondern vielmehr einer Theorie diskursiver Praxis ist“, *ders.*, Vorwort zur Deutschen Ausgabe, in: *ders.*, Die Ordnung der Dinge, 1974, 9–16, 15. Das ist eine klassische These einer Erklärung der Herkunft ideeller, geistiger Sinnsysteme, vgl. z.B. *Karl Marx/Friedrich Engels*, Manifest der kommunistischen Partei, Marx/Engels Ausgewählte Werke, Band I, 1988, 57: „Die herrschenden Ideen einer Zeit waren stets nur die Ideen der herrschenden Klasse“.

123 Foucault, Les mots (Fn. 100), 15.

einem unbedingt zu vermeidenden Defizit der sozialwissenschaftlichen Analyse führen, nämlich der genauen Reflexion jener Teile des Rechts, die in Herrschaftssicherung gerade nicht aufgehen, sondern im Gegenteil Herrschaft herausfordern, begrenzen und konkret der Freiheit und Gerechtigkeit dienen. Eine Gleichsetzung von Recht mit einer bloßen Herrschaftstechnik ist deshalb analytisch defizitär.

Man kann diesen Befund gut anhand der marxistischen Reflexion illustrieren, die in ihren bedeutendsten Beiträgen die These von der ökonomischen Determination von Recht<sup>124</sup> gerade im Laufe ihrer Entwicklung aufgegeben hat und die Bedeutung von Recht für eine humane Gesellschaftsordnung betont, die ohne Recht, und zwar emanzipatorisches, nicht auskomme.<sup>125</sup>

Hintergrund dieser Überlegungen ist eine wichtige historische Erfahrung: Rechtsnihilismus kann inhumanen Systemen den Weg bahnen. Marxistische Rechtskritiker sind deshalb nicht zufällig die Opfer einer rechtlosen Ordnung geworden.<sup>126</sup>

Es bedeutet – wie bereits unterstrichen – eine zentrale Einsicht der Auseinandersetzung mit der Tragödie der sozialistischen Bewegungen im 20. Jahrhundert, dass bestimmte normative Prinzipien nicht zur Disposition gestellt werden dürfen, auch und gerade nicht für die Utopie einer Zukunft, die alle Ungerechtigkeiten und repressiven Strukturen beseitige. Zur Sicherung dieser Grundprinzipien spielt Recht, insbesondere (aber keineswegs nur) die Menschenrechte, eine entscheidende Rolle.

124 Vgl. z.B. *Marx/Engels*, Manifest (Fn. 122), 57: „Die Ideen der Gewissens- und Religionsfreiheit sprachen nur die Herrschaft der freien Konkurrenz auf dem Gebiete des Wissens aus“.

125 *Bloch*, Naturrecht (Fn. 114).

126 Etwa *Evgenij Pashukanis*, der etwa im Strafrecht in der kommunistischen Gesellschaft eine Abkehr vom Schuldprinzip vertreten hat, *ders.*, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe [1970], <sup>3</sup>1970, 164 ff., oder zu Kants Theorie menschlicher Würde meinte: „der Mensch als Selbstzweck ist nur ein anderer Aspekt des egoistisch wirtschaftenden Subjekts“, ebd., 139 – zwei Thesen, die im Lichte der stalinistischen Schauprozesse in besonderem Licht erscheinen.

Die Rolle des Rechts für den Wandel von Gesellschaften ist entsprechend ambivalent: Recht kann sozialen Wandel befördern, durch neue Normen oder einzelne Entscheidungen mit weitreichenden Folgen, aber auch verhindern oder jedenfalls bremsen. Es ist wichtig zu betonen, dass Letzteres nicht kritikwürdig sein muss, denn gesellschaftlicher Wandel ist nicht notwendig auf das Bessere gerichtet. Die Möglichkeit, durch Recht gesellschaftlichen Wandel zu begrenzen, kann deswegen wichtig sein, etwa wenn politische Kräfte, wie in der Gegenwart, es darauf anlegen, die Axt an Grunderrungenschaften der normativen Moderne zu legen.

#### *f) Recht und Institution*

Der Begriff des Rechts hat mithin komplexe Bedeutungsdimensionen: Recht bildet einen geistig entwickelten und rekonstruktiv erfassbaren deontisch strukturierten Bedeutungszusammenhang. Es wird durch soziales Handeln von Menschen als gesellschaftliche Einrichtung erzeugt, institutionalisiert, inhaltlich bestimmt, erhalten und verändert. Soziales Handeln schafft entsprechende differenzierte Institutionen der Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung, die selbst rechtlich strukturiert sind. Einmal geschaffenes Recht bildet einen wichtigen Grund für soziales Handeln, vermittelt durch Subjekte, die es reflektieren, akzeptieren, ablehnen, umgehen, zu erhalten oder zu verändern trachten – durch Rechtsetzung, Rechtsanwendung, Rechtsdurchsetzung, Rechtsbefolgung oder Rechtsbruch. Die Subjekte handeln sozial im Rahmen von gesellschaftlichen Strukturen und werden von ihnen in ihren Vorstellungswelten, geistigen Kategorien und ihrer normativen Prinzipienwelt in vielfältiger Hinsicht beeinflusst, sind aber nicht einfach die Marionetten, deren Fäden die gesellschaftlichen Verhältnisse ziehen. Menschen bleiben die kreativen, politischen, zur kritischen Reflexion begabten Subjekte ihres Lebens, auch in seiner gesellschaftlichen Dimension. Deswegen gibt es keinen Stillstand der Geschichte. Die menschliche Geschichte bildet eine des immer neuen Aufbruchs – der manchmal sogar ein Stück besseres Leben erobert, auch im Recht.



### g) Soziologie verschiedener Bereiche

Mit diesen rechtstheoretisch informierten Klärungen im Rücken kann die Aufgabe angegangen werden, einzelne Fragen und Rechtsbereiche rechtssoziologisch genauer zu untersuchen.

Die Erforschung der Bedingungen, unter denen Recht mobilisiert, wann auf das Recht zurückgegriffen wird, warum dies geschieht und warum dies nicht geschieht, ob es sozial oder anderweitig selektive Mechanismen gibt, die womöglich einzelne oder ganze Personengruppen von den Wohltaten eines Rechtssystems ausschließen, und welche Alternativen zum Recht bedeutsam sind, bildet beispielsweise ein weiterhin unausgeschöpftes Thema der Forschung.

Das Verständnis des Rechtsstabes, seiner Rekrutierung, Zusammensetzung und Arbeitsweise in der Rechtsprechung – aber nicht nur dort, sondern auch in der Verwaltung und der Gesetzgebung –, ist von großer Relevanz, um nachzuvollziehen, wie Recht in der sozialen Realität funktioniert. Fragen der Richter- und Richterinnensoziologie erleben z.B. im internationalen Rahmen (z.T. mit den Mitteln von *Big Data* und nicht immer unter soziologischer Flagge) eine kleine Renaissance.<sup>127</sup> Auch andere Akteure werden sozialwissenschaftlichen Untersuchungen unterworfen.

Die verschiedenen Rechtsbereiche werfen vielfältige Fragen auf – vom Strafrecht bis zu Staat,<sup>128</sup> Verfassung<sup>129</sup> und Demokratie.<sup>130</sup> Heu-

127 Vgl. z.B. *Cass R. Sunstein/David Schkade/Lisa Michelle Ellman*, Ideological Voting on Federal Courts of Appeal: A Preliminary Investigation, *Virginia Law Review* 90 (2004), 301–354; *Lee Epstein/William A. Landes/Richard M. Posner*, The Behaviour of Federal Judges. A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice, 2013; *Jeffrey A. Segal*, Judicial Behaviour, in: Robert E. Goodin (Ed.), *The Oxford Handbook of Political Science*, 2011, 275–288.

128 Wobei gerade in der Staatslehre die Verbindungen zu Sozialwissenschaften zum selbstverständlichen Bestand der Reflexion gehören, vgl. z.B. *Georg Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, <sup>3</sup>1959, 82 ff.; *Hermann Heller*, *Staatslehre*, <sup>6</sup>1983, 50 ff.

129 Vgl. z.B. *Hasso Hofmanns* Hinweis auf die Ablösung des Staats durch die Verfassung als Erkenntnisobjekt der Soziologie, *ders.*, Von der Staatssoziologie zur Soziologie der Verfassung, in: Dreier, *Rechtssoziologie* (Fn. 6), 180–205; *Martin Morlok*, Soziologie der Verfassung, 2014, der zutreffend auch auf die Grenzen einer soziologischen Betrachtung verfassungsrechtlicher Probleme hinweist, ebd.,

te ist selbstverständlich, dass alle diese Fragen eine internationale Dimension besitzen und gerade die internationale Rechtsordnung, sei es auf supranationaler oder völkerrechtlicher Ebene, untersucht werden muss. Es ist eine interessante Entwicklung, dass in letzter Zeit ein verstärktes Interesse für eine Soziologie des Europa- und Völkerrechts zu beobachten ist<sup>131</sup> – von der Untersuchung der realen Effekte des internationalen Strafrechts,<sup>132</sup> der Wirkungen internationaler Gerichtshöfe,<sup>133</sup> der Möglichkeiten einer Verfassungssoziologie jenseits des Nationalstaates<sup>134</sup> in transnationaler Perspektive,<sup>135</sup> von Determinanten

- 83; *Chris Thornhill*, *A Sociology of Constitutions*, 2011, der eine normative Betrachtung von Verfassungen durch eine funktionale ersetzt, die er mit einer soziologischen Perspektive identifiziert. Die Institutionen des Verfassungsstaates erscheinen dabei als de-personalisierte, strukturelle Sicherungen einer politischen Machtsphäre, die von anderen Gesellschaftsbereichen getrennt wird: „The institutions of constitutional rule, viewed in normative inquiry as external or deductively construed preconditions of power’s legitimacy, are in fact embedded elements of adaptive societal reflexivity, which act within the structure of power“, ebd., 373.
- 130 Vgl. z.B. *Chris Thornhill*, *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy*, 2018.
- 131 Vgl. z.B. *Moshe Hirsch*, *Invitation to the Sociology of International Law*, 2015; *Gregory Shaffer/Tom Ginsburg*, *The Empirical Turn in International Law*, *American Journal of International Law* 106 (2012), 1–46. Das ist ein klassisches Thema der Völkerrechtswissenschaft, vgl. z. B. *Max Huber*, *Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts*, 1928, u.a. zur Frage, inwieweit spezifische Staatsidentitäten ein nicht überwindbares antagonistisches Element in die internationale Rechtsordnung brächten.
- 132 Vgl. z.B. zu diesem Thema *Mark Kersten*, *Justice in Conflict. The Effects of the International Criminal Court’s Intervention on Ending Wars and Building Peace*, 2016; *Hyeran Jo/Beth A. Simmons*, *Can the International Criminal Court Deter Atrocity?*, *International Organization* 70 (2016), 443–475; *Jenia Iontcheva Turner*, *Defense Perspectives on Fairness and Efficiency at the International Criminal Court*, in: Kevin Jon Heller/Fred Megret/Sarah Nouwen/Jens Ohlin/Darryl Robinson (Eds.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, 2018 (im Erscheinen).
- 133 Vgl. z.B. *Theresa Squatrito/Oran Young/Andreas Follesdal/Geir Ulfstein* (Eds.), *The Performances of International Courts and Tribunals*, 2018.
- 134 *Morlok*, *Soziologie der Verfassung* (Fn. 129), 82 f.
- 135 Vgl. zu verschiedenen Ansätzen *Chris Thornhill*, *A Sociology of Transnational Constitutions*, 2016; *Gunther Teubner*, *Constitutional Fragments*, 2012, mit der

der Entscheidungen des EGMR<sup>136</sup> bis zu den Wirkungen von Völkerrecht in der Konfliktbewältigung oder der Ausbildung und Sozialisation von Juristen und Juristinnen, die mit Völkerrecht arbeiten, und die die Konzeptionen dieses Rechtsgebiets prägen.<sup>137</sup>

Von besonderem Interesse ist dabei eine Soziologie der Menschenrechte. Die Menschenrechte werden zu Recht als ein Charakteristikum der Rechtsepoche angesehen, die nach dem Zivilisationsbruch des Dritten Reiches und des Zweiten Weltkriegs angebrochen ist – nicht als bereits erreichte, befriedigende Realität, sondern als zu verwirklichendes Zivilisationsprojekt. Es gibt in der Gegenwart eine intensive theoretische, philosophische, sozial- und rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung um die Menschenrechte, in die sich auch sehr kritische Stimmen mischen, einige von ihnen mit empirischen Thesen zur Wirkung von Menschenrechten, mit dem Ziel ihrer Kritik<sup>138</sup> oder ihrer Verteidigung,<sup>139</sup> was bereits als Beispiel für Effektivitätsforschung erwähnt wurde.

Diese Fragen verdienen nachdrückliche Aufmerksamkeit, nicht zuletzt weil Menschenrechte ein Beispiel sind, das verschiedene sozialwissenschaftliche Ansätze theoretisch fundamental herausfordert, weil

These, „regimes, organizations, networks“ und andere soziale Gebilde würden zu Subjekten der Konstitutionalisierung, weil ihre transnationalen Strukturen notwendig nationale Verfassungsordnungen überschritten: „The contradiction remains: the self-foundation of social subsystems is taking a global course, while only nation-state institutions are available to ensure their political legal constitutionalization“. Zu einer ‚transnational sociological jurisprudence‘ z.B. *Peer Zumbansen, Law & Society and the Politics of Relevance: Facts and Field Boundaries in ‚Transnational Legal Theory in Context‘, No Foundations 11 (2014), 1–37.* Zum transnationalen Privatrecht *Graf-Peter Calliess/Peer Zumbansen, Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law, 2010.*

136 Vgl. dazu etwa das laufende SNF-Forschungsprojekt von *Tilman Altwicker* an der Universität Zürich: *An Empirical Approach to Human Rights Interpretation – Hard Interpretive Choices in Judicial Decision Making Processes under the European Convention on Human Rights.*

137 *Anthea Roberts, Is International Law International?, 2017.*

138 *Posner, Twilight (Fn. 77), 69 ff.*

139 *Sikking, Evidence for Hope (Fn. 78), 139 ff.*

sie überzeugend weder allein herrschafts-, macht- oder systemfunktional interpretiert werden können.

Eine besonders wichtige Frage lautet in diesem Problemfeld<sup>140</sup>, woher – um einen Ausdruck Webers zu borgen – das „Charisma“ der Menschenrechte, ihre rechtskulturelle Anziehungskraft, stammt, die die modernen Rechtsordnungen in vielen Hinsichten transformiert hat.<sup>141</sup> Auf einige dieser Fragen, nämlich zum Verständnis der Attraktion von Menschenrechten und demokratischem Rechts- und Verfassungsstaat, der Teil einer selbst grundrechtsorientierten Völkerrechts-

140 Die Diskussion um ein soziologisches Verständnis hat vielfältige Perspektiven hervorgebracht – von *Karl Marx'* Kritik der Menschenrechte als Ausdruck des Egoismus der bürgerlichen Gesellschaft (*ders.*, Zur Judenfrage, MEW, Band 1, 1976, 347–377, 367 ff.) und *Émile Durkheims* Vorschlag, die Menschenrechte als „fait social“ wissenschaftlich zu untersuchen (*ders.*, Les principes de 1789 et la sociologie, Revue internationale de l'enseignement XIX [1890], 450 ff.) über *Max Webers* Überlegungen (vgl. z.B. *ders.*, Herrschaft [Fn. 19], 678 f.), *Niklas Luhmanns* Analysen (vgl. Fn. 169) und *Hans Joas'* historischer Soziologie der Menschenrechte (*ders.*, Sakralität der Person, 2011) bis zu Menschenrechten in der neo-institutionalistischen Weltgesellschaftstheorie (vgl. *Matthias König*, Neo-institutionalistische Weltgesellschaftstheorie und die Perspektiven einer historischen Soziologie der Menschenrechte, in: Bettina Heintz/Britta Leisering [Hg.], Menschenrechte in der Weltgesellschaft, 2015, 98–129). König hält dabei fest: „Gerade die Kontingenz ihres globalen Aufstiegs sollte die Bedeutung einer historischen Soziologie der Menschenrechte nur umso dringlicher vor Augen führen – gerade denjenigen, die für die normativen Geltungsansprüche der Menschenrechte nicht gänzlich unmusikalisch sind“. Das ist eine ebenso wichtige wie zutreffende Beobachtung, wenn man Kontingenz als Gegenbegriff zu Teleologie, nicht aber als Gegenbegriff zu Legitimität versteht. Zu Durkheim und Weber instruktiv *Matthias König*, Menschenrechte bei Durkheim und Weber: Normative Dimensionen des soziologischen Diskurses der Moderne, 2002.

141 Vgl. *Matthias Mahlmann*, Neue Perspektiven einer Soziologie der Menschenrechte, in: *ders.* (Hg.), Gesellschaft und Gerechtigkeit, FS für Hubert Rottleuthner, 2011, 331–346. Vgl. zu einem der frühesten soziologischen Erklärungsversuche *Durkheim*, Les principes (Fn. 140), 450 ff.: „Les fameux principes ne font qu'exprimer ces tendances, bien plutôt que les rapports réels des choses. Leur autorité leur vient, non de ce qu'ils sont d'accord avec la réalité, mais de ce qu'ils sont conformes aux aspirations nationales. On y croit non comme à des théorèmes, mais comme à des articles de foi. Ils n'ont été faits ni par la science ni pour la science; mais ils résultent de la pratique même de la vie. En un mot, ils ont été une religion, qui a eu ses martyrs et ses apôtres, qui a profondément remué les masses, et qui, en définitive, a suscité de grandes choses“.

ordnung ist, wird noch näher eingegangen werden, wenn die Bedingungen der Erhaltung dieser Ordnung diskutiert werden – auch jene, die der Staat nicht selbst erhalten kann.<sup>142</sup>

Die Digitalisierung der Gesellschaft wirft viele wichtige sozialwissenschaftliche Fragen auf, zu denen auch ihre Auswirkungen für das Recht zählen. Dazu gehören Fragen der Veränderung des Privatrechtsverkehrs oder der strafrechtlichen Möglichkeiten der Inhaltskontrolle des Internets ebenso wie die nach den womöglich weitreichenden Auswirkungen der Internetkultur auf Prozesse der Demokratie, nicht zuletzt durch Missbrauch und Manipulation. Dabei sind beispielsweise die möglichen Veränderungen der Auswahlprozesse politischer Führungspersonen ebenso wie der Einfluss des technischen Mediums Internet auf die Möglichkeit, von seiner Meinungsfreiheit Gebrauch zu machen, oder der Wandel der Informationskultur und allgemeiner der Struktur der öffentlichen Auseinandersetzung, von Interesse.<sup>143</sup>

Auch die Rechtswissenschaft selbst ist ein relevantes Forschungsgebiet. Die Rechtswissenschaftler und Rechtswissenschaftlerinnen verdienen mindestens ein Quäntchen soziologische Aufmerksamkeit, z.B., aber nicht nur, im Rahmen einer Berufssoziologie.<sup>144</sup>

Zur Rechtssoziologie gehört auch eine rechtliche Wissenssoziologie, sich also aus sozial- oder kulturwissenschaftlicher Perspektive<sup>145</sup> zu fragen, wie bestimmte Rechtsideen, -prinzipien und -institute entstehen, sich entwickeln und in manchem Fall für eine Zeitlang das rechtliche Denken sogar beherrschende Ideen auch wieder aufgeben

142 Vgl. zum Problem, das u.a. das sog. ‚Böckenförde-Diktum‘ behandelt, u. Fn. 234.

143 Vgl. zu einem Versuch, eine Grundrechtstheorie im Rahmen von Luhmanns Systemtheorie unter den Bedingungen des Internet zu formulieren, etwa *Christoph B. Graber*, Freedom and Affordances of the Net, *Washington University Jurisprudence Review* 10 (2018), 221–256. Dabei spielt der Begriff der „affordances“ eine zentrale Rolle, also die Möglichkeiten und Grenzen, die das Internet menschlichem Handeln tatsächlich zur Verfügung stellt.

144 Vgl. z.B. *Brun-Otto Bryde*, Juristensoziologie, in: Dreier, Rechtssoziologie (Fn. 6), 137–155; *Helmuth Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, gerade in Bezug auf die Staatsrechtslehre als „soziale Wissenschaftsgemeinschaft“, ebd., 7.

145 Vgl. dazu kritisch *Klaus F. Röhl*, Crossover Parsival, in: Cottier et al., *Wie wirkt Recht?* (Fn. 121), 91; *Thomas Gutmann*, *Recht als Kultur?*, 2015.

werden. Solche Perspektiven können sich aus einer Vielfalt von theoretischen Hintergrundannahmen speisen, z.B. Theorien des kollektiven<sup>146</sup> oder kulturellen Gedächtnisses,<sup>147</sup> aber auch aus anderen Quellen. Dazu werden die weiteren Bemerkungen ein Beispiel liefern.

Ein letztes prominentes Themenfeld soll noch genannt werden: Seit Jahren treibt die Frage des Pluralismus der Rechtsordnungen viele Debatten um.<sup>148</sup> Unter Rechtspluralismus kann Verschiedenes verstanden werden – ein Pluralismus des Inhalts, der Ziele, der Rechtsform, der Rechtsquellen oder der Legitimitätsgründe.<sup>149</sup> Zu diesen Themen ist ein riesiges Forschungsfeld entstanden, in dem soziologische, rechtsphilosophische aber auch ethnologische oder anthropologische Theorien im Dialog stehen, sich vermischen und sich manchmal auch erfolgreich missverstehen.<sup>150</sup>

### 3. Rechtssoziologie und Gesellschaftstheorie

#### a) Gesellschaftliche Integration und menschliche Lebensform

Der dritte Bereich, der wichtig ist, wenn man sich über das wissenschaftliche Geschäft der Rechtssoziologie Gedanken macht, besteht darin, Rechtssoziologie als Teil einer allgemeinen Gesellschaftstheorie zu verstehen. Das ist eine ganz nahe liegende Perspektive. Recht ist

146 Das kollektive Gedächtnis ist dabei auf eine bestimmte Gruppe, an einem bestimmten Ort, zu einer bestimmten Zeit bezogen, vgl. *Maurice Halbwachs*, *La mémoire collective* [1939], 1950, 75: „L’histoire peut se représenter comme la mémoire universelle du genre humain. Mais il n’y a pas de mémoire universelle. Toute mémoire collective a pour support un groupe limité dans l’espace et dans le temps“. Die Geschichtsschreibung setze jenseits dieser konkreten Erinnerungsräume an, ebd., 103.

147 *Jan Assmann*, *Das kulturelle Gedächtnis*. Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen, 1992, 45 ff.

148 Vgl. im Detail *Gailhofer*, *Rechtspluralismus* (Fn. 86).

149 *Matthias Mahlmann*, *Normative Universalism and Constitutional Pluralism*, in: *Iulia Motoc/Paulo Pinto de Albuquerque/Krzysztof Wojtyczek* (Eds.), *New Developments in Constitutional Law*, 2018, 271–295.

150 Vgl. dazu instruktiv *Gailhofer*, *Rechtspluralismus* (Fn. 86).

ein wesentlicher, konstitutiver Teil der Sozialordnung, die man deswegen insgesamt nicht begreifen kann, wenn man nicht die Bedeutung von Recht reflektiert. Entsprechend spielt die Reflexion von Recht in der Sozialtheorie eine zentrale Rolle.

Im 19. Jahrhundert war für Karl Marx etwa das Verständnis der gesellschaftlichen Ursachen von Rechtsentwicklungen Teil einer allgemeinen, materialistischen Gesellschaftstheorie.<sup>151</sup> Durkheims Rechtsanalyse war eingebettet in eine Theorie der Moderne, der Industrialisierung, der entstehenden Arbeitsteilung, die nicht nur ihn, sondern auch andere Soziologen im 19. Jahrhundert beschäftigten, weil sie als epochale Veränderungen wahrgenommen wurden.<sup>152</sup> Das Recht war bei Durkheim dabei ein Teil der Reflexion dieser Veränderungen,<sup>153</sup> aber auch der Analyse der Bedingungen von sozialer Anomie und den Möglichkeiten, diese zu verhindern.

Bei Ehrlich ist die Rechtssoziologie Teil einer vielleicht ein wenig verborgenen Verbandstheorie der Gesellschaft, in der Verbände die Konstituenzen der Gesellschaft bilden.<sup>154</sup> Bei Weber ist Recht wesentlicher Teil des Rationalisierungsprozesses der okzidentalischen Moderne – eine These, die sogleich genauer aufgegriffen werden wird.

Recht ist in der autopoietischen Systemtheorie Objekt systemfunktionaler Analysen ausdifferenzierter Gesellschaften.<sup>155</sup> Bei Jürgen Habermas ist die Analyse des Rechts ein Element einer soziologischen, aber auch philosophischen Rekonstruktion von kommunikativ gefasster Vernunft, die sich in verständigungsorientierten Lebenswelten ver-

151 Vgl. *Marx/Engels*, Manifest (Fn. 122), 51 ff.

152 Vgl. *Durkheims* zentrale Frage, *ders.*, Soziale Arbeitsteilung (Fn. 55), 82: „Wie geht es zu, daß das Individuum, obgleich es immer autonomer wird, immer mehr von der Gesellschaft abhängt? Wie kann es zu gleicher Zeit persönlicher und solidarischer sein?“.

153 Vgl. zum Recht etwa ebd., 111 ff.

154 *Ehrlich*, Soziologie des Rechts (Fn. 89), 48: „Es gibt kein Individualrecht, jedes Recht ist ein Sozialrecht. Das Leben kennt den Menschen als einen aus dem Zusammenhange gerissenen einzelnen und einzigen nicht, und auch dem Recht ist ein solches Wesen fremd. Für das Recht ist der einzelne Mensch immer nur als Glied eines der unzähligen Verbände vorhanden, in die er durch das Leben eingereiht wurde“.

155 *Luhmann*, Recht der Gesellschaft (Fn. 96).

körpere, von deren normativen Ressourcen die Legitimität des Rechts wesentlich zehre und die das Recht seinerseits gegen die Unterwerfung durch Macht und Geld schütze.<sup>156</sup>

Bei Michel Foucault wird das Recht vor allem als Ausdruck und Instrument der Herrschaftsorganisation innerhalb von Gesellschaften verstanden, bestimmt von den Erfordernissen eines „vaste dispositif“<sup>157</sup> der „société panoptique“<sup>158</sup>. Dabei geht es nicht nur um Normen und Institutionen, sondern auch um machtgeborene und machtfestigende Episteme.<sup>159</sup> Poststrukturalistische Machtanalysen verankern das Recht in allgemeinen sozialen Gewaltstrukturen.<sup>160</sup>

Diese Liste von Beispielen gesellschaftstheoretischer Ansätze zeigt bereits, wie heterogen diese sind. Im Hintergrund stehen zwei zentrale Fragen menschlicher Gesellschaftsbildung, die bei den Bemühungen um theoretische Klärung der von diesen verschiedenen Theorien aufgeworfenen Fragen nach dem Verhältnis von Recht und Gesellschaft nicht aus den Augen verloren werden sollten.

Die menschliche Lebensform ist in einem ganz grundlegenden Sinne durch Kooperation und gesellschaftliche Integration ausgezeichnet. Menschen leben in vielfältigen, hoch differenzierten, kooperativen Beziehungen und haben das in ihrer Geschichte schon immer getan. Die erste Frage lautet deshalb: Warum ist die komplexe gesellschaftliche Integration und Kooperation der menschlichen Lebensform *überhaupt* möglich?

Diese Kooperationsbeziehungen und Integrationsmechanismen existieren aber nicht nur überhaupt, sondern in einer *spezifischen*, – und das ist zentral – *normativ material strukturierten Weise*. Und dies führt zur zweiten wesentlichen Frage, die lautet: Welches sind die Ein-

156 Vgl. Jürgen Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Band 1 und 2, 1981.

157 Michel Foucault, Surveiller et punir, 1975, 349.

158 Ebd., 352.

159 Ebd., 349 ff.

160 Vgl. z.B. Derrida, Force of Law (Fn. 116), 3 ff., 15.



flüsse, die die *Art und Qualität* der menschlichen Kooperation und gesellschaftlichen Integration bestimmen?<sup>161</sup>

Recht ist für beide Fragen von zentraler Bedeutung. Es ist ein Instrument der Herstellung von kooperativen Mechanismen und von gesellschaftlicher Integration *überhaupt* und es verkörpert gleichzeitig, und das ist wichtig für die Beantwortung der zweiten Frage, eine *bestimmte Art und Qualität* der Gesellschaftsbildung. Das Leitmodell der Gegenwart ist etwa das des grundrechtsgebundenen, demokratischen Verfassungsstaates, der in eine selbst an Prinzipien wie Würde, Freiheit und Gleichheit orientierte internationale Ordnung eingebettet ist.

### b) *Recht, Vernunft, Rationalisierung*

Diese Funktion des Rechts macht das Recht zu einem prominenten Gegenstand grundsätzlicher Reflexion der Existenzbedingungen moderner Gesellschaftsordnungen. Eine Annahme verdient dabei, wie eingangs angedeutet, besondere Aufmerksamkeit, die von Weber in ihre klassische sozialwissenschaftliche Form gebracht wurde,<sup>162</sup> nämlich die These, dass man die Geschichte der okzidentalen Moderne als *Rationalisierungsprozess* rekonstruieren könne. Dieser Prozess ist

- 161 Sozialintegration aufgrund gegenseitiger Abhängigkeit ist ein klassischer Topos der Gesellschaftstheorie, z.B. im Rahmen der Reflexion der Ursachen und Konsequenzen der Arbeitsteilung. Zur (rechts-)soziologischen Diskussion vgl. z.B. *Durkheim*, Soziale Arbeitsteilung (Fn. 55); *Ehrlich*, Soziologie des Rechts (Fn. 89), 65; *Theodor Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, hg. von Manfred Rehinder, <sup>4</sup>1987, 8: „Soziale Interdependenz. – Der Begriff der menschlichen Gesellschaft bedeutet, auf seinen einfachsten Begriff gebracht, daß Menschen in ihrem Dasein aufeinander eingestellt und angewiesen sind“. Auch aus dieser Perspektive stellt sich aber die Frage, warum eine Gesellschaft, die aufgrund von gegenseitiger Abhängigkeit überhaupt organisiert werden muss, gerade in spezifischer, durch normative Prinzipien strukturierter Weise integriert wird.
- 162 *Max Weber*, Vorbemerkung, in: *ders.*, Die protestantische Ethik, MWG I/18 (Fn. 16), 101–121, 116 f. Vgl. dazu *Wolfgang Schluchter*, Die Entstehung des modernen Rationalismus. Eine Analyse von Max Webers Entwicklungsgeschichte des Okzidents, 1998.

durchaus ambivalent, weil Rationalisierungsgewinne aus Webers Sicht mit dem Preis der Entzauberung der Welt bezahlt würden.<sup>163</sup> Er hat in berühmten Ausführungen um Verständnis geworben, dass ihm als „Sohn der modernen europäischen Kulturwelt“ diese Frage von universalsgeschichtlicher Bedeutung erscheine.<sup>164</sup>

Die Grenzen solcher auf bestimmte Kulturkreise bezogenen Analysen sind schon ohne Sensibilisierung durch postkoloniale Theorie sehr sichtbar. Aber damit ist diese These im Ganzen nicht erledigt. Im Gegenteil, sie erfasst ein tieferliegendes Problem, das man nicht vorschnell zu den Akten des theoretisch Vergessenswerten legen sollte, das man allerdings sorgsam freilegen muss, bevor man es genauer bedenken kann. Webers These spielt deswegen in keineswegs überraschender und berechtigter Weise weiter die Rolle einer mindestens unterschwellig wirkenden Leitfrage der Sozialforschung.

Um die Frage klären zu können, welche Bedeutung diese These für das Verständnis von Recht haben kann, müssen verschiedene, nicht ganz problemlose Schritte gemacht werden. Einleitend wurden bereits fünf Beobachtungen kurz angedeutet, die für das Verständnis dieser These gerade für die unmittelbare Gegenwart wichtig sind: Die erste betrifft die Bedeutung, die Menschenrechte und Konstitutionalismus als politische Ordnungsform gewonnen haben, die zweite die politische Krise, die diese normativen Ideen fundamental in Frage stellt, die dritte die politische Schwächung einer robusten epistemischen Lebenswelt, in der Gründe zählen, die vierte die Globalisierung gegenwärtiger sozialer Integration und die fünfte die weitreichenden He-

163 *Max Weber*, *Wissenschaft als Beruf*, MWG I/17, hg. von Wolfgang J. Mommsen/Wolfgang Schluchter, 1992, 86 f.: „Die zunehmende Intellektualisierung und Rationalisierung bedeutet also *nicht* eine zunehmende allgemeine Kenntnis der Lebensbedingungen, unter denen man steht. Sondern sie bedeutet etwas anderes: das Wissen davon oder den Glauben daran: daß man, wenn man *nur wollte*, es jederzeit erfahren *könnte*, daß es also prinzipiell keine geheimnisvollen unberechenbaren Mächte gebe, die da hineinspielen, daß man vielmehr die Dinge – im Prinzip – durch *Berechnen beherrschen* könne. Das aber bedeutet: die Entzauberung der Welt“ (Herv. i. Orig.).

164 *Weber*, Vorbemerkung (Fn. 162), 101.

rausforderungen, die menschliche Gesellschaften zu bewältigen haben, einschließlich schlichter Überlebensfragen der Spezies Mensch.

Man kann angesichts dieser Beobachtungen die Frage, ob man die Entwicklungen des modernen Rechts mit der Idee eines Rationalisierungsprozesses erfassen kann, weiter präzisieren: Wie kann vor diesem Hintergrund die Bewegung hin zum demokratischen Verfassungsstaat verstanden werden? Ist diese Entwicklung zutreffend als *Rationalisierung* zu verstehen? In welchem Sinne ist eine solche Ordnung tatsächlich als *Rationalisierungsprodukt* zu begreifen? Gibt es einen internen Bezug zu *Vernunftansprüchen*, die gerechtfertigt werden können?

Wie sind die Angriffe auf diese Ordnung zu bewerten? In welchem Sinne sind autoritäre Regime, die schon allein in China einen wesentlichen Teil der Weltbevölkerung politisch und wirtschaftlich erfolgreich erfassen, *irrational* oder auch *unvernünftig*? Gibt es irgendwelche Maßstäbe der Rationalität oder Vernünftigkeit, womöglich sogar Maßstäbe mit universalistischem Anspruch, die diese These stützen könnten? Haben die verschiedenen Wellen der Vernunftkritik die Denkbare solcher Ansprüche nicht ins Reich der schädlichen theoretischen Fabeln verwiesen? Welche Schlussfolgerungen ergeben sich aus diesen Überlegungen für die Frage nach den Erhaltungsbedingungen des demokratischen Verfassungsstaates als Menschenrechtsordnung?

Um zum Kern der Probleme vorzudringen, die damit angesprochen sind, ist es mithin unabdingbar, sich Klarheit darüber zu verschaffen, was unter *Rationalisierung* oder *Verwirklichung eines Vernunftanspruchs* zu verstehen sein könnte. Die hier formulierte These lautet, dass man dabei über Webers eigenes Verständnis des Gehalts der Rationalisierung hinausgehen muss, um ein Kernphänomen unserer Rechtsepoche als soziale Einlösung eines gegen Kritik behauptbaren Vernunftanspruchs zu erfassen.

Um diese These plausibel zu machen, muss man mindestens folgende Überlegungen anstellen: Zunächst ist der *Rationalitäts- und Vernunftbegriff* zu problematisieren, um zu klären, was unter diesen Begriffen verstanden werden soll. Dann sind der *rechtszivilisatorische Gehalt von Menschenrechten und Konstitutionalismus* zu rekonstruieren.

ren und die *Legitimationsgründe* zu bestimmen, die sie rechtfertigen. Dabei muss diese spezifische Form der Rechtszivilisation in den Zusammenhang einer Reflexion der politischen Realitäten der Moderne gestellt werden, weil diese für die Legitimationstheorie von Menschenrechten und Konstitutionalismus von herausgehobener Bedeutung sind. Nachdem der Gehalt der normativen Aussagen und die Gründe ihrer Rechtfertigung präzisiert wurden, und damit die substantiellen Propositionen, um deren Rationalitäts- und Vernunftanspruch es geht, kann die Frage gestellt werden, welchen *epistemologischen Status* diese Aussagen haben, ob sie mithin auch nach ernsthafter Rezeption kritischer Argumente berechtigt einen Anspruch auf Rationalität und Vernünftigkeit erheben können oder gerade nicht. Die klassische These von Rationalisierungsprozessen verweist die Gesellschaftstheorie ebenso wie die Idee eines einlösbaren und zum Teil eingelösten Vernunftanspruchs von Recht notwendig auf Probleme der Erkenntnistheorie, denen sich die Gesellschaftstheorie des Rechts deshalb konstruktiv zu stellen hat.<sup>165</sup>

Wenn diese Fragen geklärt sind, ist der Boden gewonnen, um die Bedeutung der formulierten Antworten für das spezifische Erkenntnis-

- 165 Erkenntnistheoretische Abstinenz ist deswegen auch keineswegs ein Merkmal der Gesellschaftstheorie, vgl. z.B. die erkenntnistheoretisch reichhaltige, von Mead ausgehende „kommunikationstheoretische Grundlegung der Sozialwissenschaften“, *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns (Fn. 156), Band 2, 11 ff.; *Foucaults* Machtkritik als (und nicht zuletzt) Kritik von Epistemen und Diskursformationen, *ders.*, Les mots (Fn. 100), 11: „Les codes fondamentaux d’une culture – ceux qui régissent son langage, ses schémas perceptifs, ses échanges, ses techniques, ses valeurs, la hiérarchie de ces pratiques – fixent d’entrée de jeu pour chaque homme les ordres empiriques auxquels il aura affaire et dans lesquels il se retrouvera“; oder den radikalen sozialen Konstruktivismus von *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Band 1 und 2, 1998, 884: „Anders als in der üblichen Erkenntnistheorie gibt es auch keine nachträgliche Übereinstimmung von Erkenntnis und Gegenstand – weder in der Form Beobachtung, noch in der Form Beschreibung. Das System kann nichts anderes tun als kommunikativ operieren, und das, was die Kommunikation letztlich meint und bezeichnen will, hat nie auch nur die geringste Ähnlichkeit mit kommunikativen Formen, und das gilt selbst dann, wenn die Gesellschaft (wie hier) als Kommunikationssystem beschrieben wird. Das gilt auch für Selbstbeschreibungen. Deshalb ist die Frage nach der Wahrheit der Beschreibung hier unangebracht“ (Herv. i. Orig.).

projekt der Sozialwissenschaften zu umreißen und sich der weiteren Problemstellung anzunehmen, welche Bedeutung das entwickelte Verständnis von Recht für die Gesellschaftstheorie hat.

*aa) Rationalität und Vernunft als problematische Begriffe*

*aaa) Instrumentelle Rationalität und praktische Vernunft*

Wenn man erwägt, die Geschichte der menschlichen Zivilisation zumindest zu bestimmten Teilen als Rationalisierungsprozess zu beschreiben, gar die These aufstellt, dass bestimmte gesellschaftliche Organisationsformen einen Vernunftanspruch tatsächlich einlösen, heißt das zunächst nicht, dass man Brüche und Rückschritte verschweigt, die gerade im 20. Jahrhundert barbarische Formen angenommen haben. Das wurde bereits betont. Ein Rationalisierungsprozess impliziert nicht nur keine Teleologie, er impliziert erst recht keine bruchlose Entwicklung hin zu einem Idealzustand. Die Annahme, um die es geht, lautet lediglich, dass gewisse normative und institutionelle Errungenschaften existieren, von denen plausibel ausgesagt werden kann, dass sie bestimmte Vernunftansprüche berechtigt erheben können, nicht aber, dass es nicht auch ihr Gegenteil gab oder dass sie nicht auch wieder beseitigt werden könnten.

Will man in einem nächsten Schritt für den verfolgten Zweck den genaueren Gehalt der Begriffe Rationalisierung, Vernunft oder Vernünftigkeit bestimmen, kann es nicht nur um instrumentale Rationalität und gesellschaftlichen Funktionalismus gehen. Der Grund dafür liegt in einem analytischen Defizit von gesellschaftsfunktionalistischen Theorien, das bereits in den bisherigen Erörterungen aufgeschieden ist.<sup>166</sup> Die Funktionalität von Recht ist keine absolute Größe,

166 Funktionalistische Interpretationen der Gesellschaftsintegration sind vielfältig. Vgl. z.B., um einen Bogen zu schlagen, *Spencer*, *Principles* (Fn. 54), § 448 ff.; oder *Luhmann*, *Gesellschaft der Gesellschaft* (Fn. 165), 601 ff., 759: Die moderne Gesellschaft verzichte darauf, „ihre eigene Einheit etwa in der Form von Harmonie- oder Gerechtigkeitsideen zur Geltung zu bringen. Integration ist unter diesen

sondern hängt von dem Zweck ab, dem das Recht dient. Dieser Zweck eines Rechtssystems wird unzureichend erfasst, wenn man ihn nur als Ausdruck bestimmter ökonomischer Verhältnisse, im effizienten Aufbau einer ausdifferenzierten Gesellschaft oder in der Absicherung von bestimmten Machtstrukturen sieht und damit normativ entleert.<sup>167</sup>

Es bildet beispielsweise eine schon in der klassischen Kritik an der marxistischen Rechtstheorie gewonnene Einsicht, dass Recht nicht einfach Ausdruck ökonomischer Verhältnisse ist. Gegen die These einer monokausalen Bedingtheit des Rechts in diesem Sinne sprechen verschiedene Gründe. Dazu gehört etwa die Möglichkeit, in sehr unterschiedlichen ökonomischen Ordnungen ähnliche Rechtsinstitute zu finden, wie die Geschichte des Römischen Rechts illustriert, oder umgekehrt die Möglichkeit, wirtschaftliche Strukturen mit unterschiedlichen rechtlichen Mitteln funktional ähnlich zu strukturieren.<sup>168</sup> Zentral ist aber, dass jede Wirtschaftsform selbst erst durch bestimmte normative Strukturen geschaffen wird, z.B. durch eine spezifische der vielen möglichen Vorstellungen von Privateigentum oder Vertragsfreiheit. Recht – wie oben angedeutet – dient nicht nur der Interessen- und Herrschaftssicherung weniger, sondern auch ganz anderen Zwecken. Diese Einsicht in die Eigenständigkeit und den widerspenstigen Selbststand von normativen Prinzipien ist für andere funktionalistische Perspektiven ebenfalls relevant. Man übersieht für eine überzeugende Analyse von rechtlichen Phänomenen wichtige Charakteristika, wenn man etwa Menschenrechte oder Verfassungsstaatlichkeit in ökonomisch bedingten Überbauphänomenen, autopoietischen Reprodukti-

Umständen nichts anderes als die Variation der Beschränkungen dessen, was gleichzeitig möglich ist“.

167 So aber *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 96), 214 ff., für den Gerechtigkeit eine funktionale Kontingenzformel ist.

168 Vgl. schon *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft – Recht*, MWG I/22-3, hg. von Werner Gephart/Siegfried Hermes, 2010, 241 ff.; dazu weiter *Hugh Collins*, *Marxism and Law*, 1982; *Hubert Rottleuthner*, *Marxistische und analytische Rechtstheorie*, in: ders. (Hg.), *Probleme der marxistischen Rechtstheorie*, 1975, 159–311.

onsfunktionalitäten,<sup>169</sup> Machtdispositiven<sup>170</sup> oder anderen funktionalen Anpassungsleistungen aufgehen lässt.<sup>171</sup>

Ein zentrales Explanandum der Sozialtheorie des Rechts der Moderne ist die Rechtsform, die in den letzten Jahrzehnten zu einer Mindestbedingung legitimer Gesellschaftsgestaltung geworden zu sein schien: der demokratische, grundrechtsorientierte Verfassungsstaat, der sich in internationales Recht einordnet, das sich selbst zunehmend

169 Vgl. etwa *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965; *ders.*, Recht der Gesellschaft (Fn. 96), 574 ff.; *ders.*, Gesellschaft der Gesellschaft (Fn. 165), 1075 f. Vgl. dazu *Matthias Mahlmann*, Katastrophen der Rechtsgeschichte und die autopoietische Evolution des Rechts, *ZfRSoz* 21 (2000), 247–277; *ders.*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, 272 ff.

170 Als konkretes Beispiel für eine Dimension von Recht, die sich nicht in Machtdispositive einfügt, aus einem spezifischen Rechtsbereich, der für die These des Aufgehens von Recht in Machtsicherung eine wichtige Rolle spielt, kann etwa die Rechtsprechung verschiedener Gerichte zum Schutz von Grundrechten von Häftlingen genannt werden – von der Begrenzung der lebenslangen Freiheitsstrafe, BVerfGE 45, 187, oder der Sicherheitsverwahrung, BVerfGE 128, 326; BVerfGE 131, 268; EGMR, app. No. 19359/04, 17.12.2009, *M. v. Germany*, bis zum Wahlrecht von Häftlingen, EGMR, app. No. 74025/01, 6.10.2005, *Hirst v. United Kingdom*.

171 Hierzu ein Beispiel: Ein Problem der soziologischen Verfassungsanalyse von *Thornhill*, *Sociology of Constitutions* (Fn. 129), besteht darin, die Frage offen zu lassen, warum gerade Grundrechtssicherung und Demokratie funktional und effizient für die Gesellschaftsorganisation seien, vgl. z.B. die Analyse der Amerikanischen und Französischen Revolution, ebd., 182 ff. Dies gilt nämlich nur unter der Voraussetzung entsprechender normativer Ansprüche der Bürgerinnen und Bürger der betreffenden politischen Ordnung. Die Wurzel gerade dieser normativen Ansprüche ist deswegen ein wichtiges Thema einer soziologischen Analyse von Verfassungen und Grundrechten, was noch deutlicher werden wird. Verfassungssoziologie ist nicht auf Verfassungsfunktionalismus beschränkt. Das ist ein klassisches Problem: *Talcott Parsons*, *Evolutionary Universals in Society*, *American Sociological Review* 29 (1964), 339–357, 355, hat etwa die egalitäre Struktur von Demokratien für funktional überlegen gegenüber anderen Gesellschaftsordnungen angesehen, weil nur so notwendige Zustimmung gewonnen werden könne. Das impliziert, dass die in der betreffenden Gesellschaft assoziierten Personen entsprechende Strukturen der Gleichheit als Legitimitätsbedingung ansehen, fordern und ggf. sogar durchsetzen.

grundrechtsorientiert entwickelt.<sup>172</sup> Dieser Rechtsform ist ein Legitimationsanspruch eingeschrieben, der sich in seiner materialen Rechtfertigung bewährt. Man missversteht die Entwicklung modernen Rechts, wenn man diesen Anspruch auf materiale Gerechtigkeit unterschlägt. Es geht in dieser Rechtsform um die Verwirklichung substantieller normativer Prinzipien als Zweck des zivilisatorischen Unterfangens eines Rechtssystems. Es handelt sich mithin, um Webers Terminologie noch einmal zu bemühen, um einen wertrational ausgerichteten Entwicklungsprozess. Das Recht ist für diese Entwicklung von zentraler Bedeutung, aber nicht nur als formal-rationales Recht, das für Weber den Gipfelpunkt der Rationalisierung von Recht ausmachte, sondern ein spezifisches material-rationales Recht, das um bestimmte Grundpositionen kreist und das sich in der Gegenwart konkret in dem untersuchten Ordnungsmodell verkörpert. Dieses spezifische Rechtssystem ist aus normativer Perspektive nicht nur eine weitere andere von Menschen gewählte Art, sich in Rechtsform zu organisieren, sondern eine, die im Verhältnis zu anderen unter plausiblen Maßstäben praktischer Vernunft besser begründet zu sein beansprucht. Das ist der Kern der bürgerlichen Revolutionen, die die politischen Systeme schufen, in denen sich die konstitutionellen Ideen ausprägten.<sup>173</sup> Das ist auch der Anspruch der verschiedenen Bewegungen, die mühsam und über Jahrhunderte die vielen blinden Flecken dieser Ideengebäude beseitigten, von der Missachtung von Rechten von Frauen bis zum Anti-

- 172 Wobei subjektive Rechte nicht nur aus den menschenrechtlichen Schutzsystemen stammen, vgl. zur Frage anderer subjektiver Rechte von Individuen im Völkerrecht *Anne Peters*, *Jenseits der Menschenrechte*, 2014.
- 173 Vgl. eines der einflussreichsten Traktate der Amerikanischen Revolution zum Anspruch auf Einsichtsfähigkeit von Menschen im demokratischen Verfassungsgebungsprozess, *Thomas Paine*, *Common Sense* [1776], in: *ders.*, *Common Sense and Other Writings*, 2005, 44: „A government of our own is our natural right: and when a man seriously reflects on the precariousness of human affairs, he will become convinced, that it is infinitely wiser and safer, to form a constitution of our own in a cool deliberate manner, while we have it in our power, than to trust such an interesting event to time and chance“.



kolonialismus.<sup>174</sup> Sie beanspruchen, nicht nur eine Machtgruppe durch eine andere, sondern eine illegitime durch eine (wenigstens annäherungsweise) legitime Ordnung zu ersetzen.

Dieser Anspruch ist auch in keiner Weise exotisch, weil offensichtlich nicht einlösbar ideologische Rhetorik: Es gibt jedenfalls wenige legitimierungstheoretische Freunde der Idee, dass Erbmonarchien von Gottes Gnaden verstärkt eingeführt werden sollten. Grundrechte, Demokratie und Verfassungsstaatlichkeit werden also weithin als mindestens besser begründet als andere Ordnungsformen angesehen.<sup>175</sup>

Selbstverständlich sind auch andere Rechtsformen von zentraler Wichtigkeit für eine Theorie des Rechts. Man kann sogar bestimmten rechtssoziologischen Entwürfen berechtigt den Vorwurf machen, sich nicht hinreichend mit einem Phänomen wie der nationalsozialistischen Diktatur und ihrem Recht auseinandergesetzt zu haben.<sup>176</sup> Das ist keine Nebensache, weil sich Theorien, die Plausibilität beanspruchen wollen, aufgrund ihrer historischen Bedeutung gerade auch an diesen Fällen bewähren müssen. Diese Systeme sind aber keine Kandidaten für rationale oder vernünftige Rechtsformen, sondern ihr barbarisches Gegenteil. Im Modus der Negation ihrer Gehalte klären diese Systeme deshalb gerade auch – in mancher Hinsicht unübertroffen deutlich – über den Inhalt von praktischen Vernunftprinzipien auf.

So gewendet bedeutet die Rationalisierungsthese nicht weniger als die sozialwissenschaftlich formulierte, partielle Beantwortung einer sehr grundlegenden Frage, nämlich, kantianisch gefasst, der Frage, „ob das menschliche Geschlecht im beständigen Fortschreiten zum Besseren sei“ oder nicht.<sup>177</sup> Die Antwort auf diese Frage fällt zwie-

174 Zu einigen Etappen der Überwindung des Ausschlusses von bestimmten Menschengruppen aus dem persönlichen Schutzbereich der Menschenrechte, *Lynn Hunt, Inventing Human Rights*, 2007, 146 ff.

175 Vgl. dazu *Hubert Rottluthner*, Gibt es einen Rechtsfortschritt?, in: Ignacio Czeguhn (Hg.), *Recht im Wandel – Wandel des Rechts*, FS für Jürgen Weitzel, 2014, 617–652, 652. Zur Bedeutung von Ungerechtigkeitserfahrungen, *ders.*, *Ungerechtigkeiten*, 2008. Zur Rationalität auch *Thomas Raiser*, *Rechtssoziologie*, <sup>6</sup>2013, 374 ff.; *Hasso Hofmann*, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, <sup>5</sup>2012, § 34.

176 Vgl. dazu etwa *Mahlmann*, *Katastrophen der Rechtsgeschichte* (Fn. 169).

177 *Immanuel Kant*, *Der Streit der Fakultäten*, Akademie Ausgabe VII, 77.

spältig aus: Die Hoffnung auf einen dauernden Fortschritt, auf eine sicher eintretende und sich immer weiter einem Ideal annähernde Entwicklung muss in Angesicht der Entwicklung der Geschichte der letzten beiden Jahrhunderte aufgegeben werden. Behauptet wird aber, dass es überhaupt solchen Fortschritt geben kann und es auch Elemente eines solchen Fortschreitens zum Besseren gibt – z.B. vom *Ancien Régime* zum modernen Konstitutionalismus, von autoritären Regimen zu Menschenrechten und Demokratie.

Rationalisierung soll mithin im Folgenden eine Entwicklung heißen, die sich an diesen angedeuteten materialen (und sogleich zu konkretisierenden) normativen Prinzipien wie auch immer unvollkommen orientiert. Ein Anspruch auf Vernünftigkeit wird erhoben und gegebenenfalls eingelöst, wenn diese Prinzipien den normativen Maßstab bilden, der verbindlich ist und im besten Falle die Sozialgestaltung tatsächlich bestimmt.

### *bbb) Jenseits der Teleologie*

Die Frage, die es mithin zu beantworten gilt, lautet, um in kantianischer Terminologie zu bleiben: Kann Vernunft tatsächlich nicht nur unmittelbar praktisch bei der Bestimmung individuellen menschlichen Wollens durch moralische Gebote sein, sondern auch unmittelbar praktisch bei der Gestaltung von Gesellschaftsordnungen wirken, also einen Weg zur Annäherung an einen wenigstens einigermaßen zivilisierten Abglanz eines Reichs der Zwecke bahnen?

Das ist keine nebensächliche Frage. Diese Frage ist sogar eine Grundfrage der Menschen an die eigene Existenz. Es ist die alte Frage nach der Möglichkeit der Heimkehr in eine Ordnung, die diesseits des Weltfremden etwas menschlich Erreichbares und dennoch Gelungenes verkörpert. „Wie auf schlanken Säulen ruh’/auf richt’gen Ordnungen das neue Leben/und euren Bund befest’ge das Gesetz“ – diese dichte Skizze einer Freiheits- und Gerechtigkeitsordnung von Friedrich Hö-

derlins *Empedokles*<sup>178</sup> hält deshalb eine Hoffnung fest, die zum Menschsein gehört.

Die Antworten auf diese Frage fallen unterschiedlich aus. Religiöse Heilslehren kommen zu sehr unterschiedlichen Schlüssen nicht nur tröstlicher Art. Hegels philosophischer, realgeschichtlich gemeinter Optimismus, in dem die Welt am Ende zum erlösenden Absoluten der Wirklichkeit gewordenen Vernunft kommt oder Marx' materialistische Wendung dieser Idee bilden Beispiele für eine philosophische Art des Umgangs mit diesem Problem. Man würde die Reflexionstiefe beider Theorien verkennen, wenn man übersähe, wie bewusst beide sich der vielen Opfer der Geschichte sind. Die Selbstverwirklichung des Geistes oder des Reichs der Freiheit in der Geschichte gehen über viele, weder von Hegel noch von Marx verschwiegene Leichen. Dennoch ist ihnen ein Element des durch die angenommene Teleologie der Geschichte gegen letzten Zweifel abgeschirmten Optimismus eigen: Am Ende schäumt aus dem Kelch des an- und für-sich seienden Geistes die Unendlichkeit,<sup>179</sup> am Ende finden die Menschen zu ihrem gesellschaftlich realisierten, unentfremdeten Selbst, zum Verweile-Doch-Du-bist-so-schön eines kommunistischen Endes jeder Entfremdung.

Man mag sich fragen, ob es jemals besonders gute Gründe für einen derartigen geschichtsphilosophischen Optimismus gegeben hat. Nach den Zivilisationsbrüchen des 20. Jahrhunderts ist ein solcher Zukunftsglauben jedenfalls unmöglich geworden. Die Untaten in unterschiedlichem ideologischen Gewand, am unerbittlichsten die Shoah, haben eine sehr konkrete inhaltliche Lehre formuliert: Der Menschheit ist schlichtweg alles zuzutrauen. Es gibt keine rote Linie, die Menschen nicht überschreiten könnten, es gibt kein Leid, das anderen nicht zugefügt werden könnte, es gibt nicht einmal Sicherungen dagegen, dass Menschen nicht am Ende im Strudel des heraufbeschworenen Unheils selbst untergehen.

178 Vgl. Friedrich Hölderlin, Der Tod des Empedokles [1846], in: *ders.*, Sämtliche Werke, Band 4, 1972.

179 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Phänomenologie des Geistes [1807], Werke 3, 1986, 591.

Diese Lehren sind sehr ernst zu nehmen. Die Menschen haben die Mittel gewonnen, sei es durch ihre Waffentechnologien, nicht zuletzt ihre nuklearen Kapazitäten, oder den Einfluss ihrer Zivilisation auf ihre eigenen ökologischen Lebensgrundlagen, nicht nur mit dem Leid anderer, sondern mit der eigenen Selbstzerstörung ernst zu machen.

Eschatologien sind häufig von der Hoffnung gekennzeichnet, dass die letzten Dinge, um die es ihnen geht, am Ende die Menschen erheben, vielleicht sogar das Tor zur Seligkeit öffnen. Die Lage der Dinge legt andere Möglichkeiten näher. Es gibt Gründe zur auf nüchternen innerweltlicher Reflexion beruhenden Annahme, dass die letzten Perspektiven der menschlichen Lebensform in ihrem selbstverschuldeten Untergang liegen könnten. Es besteht deswegen nicht nur kein Anlass für eine tröstende Teleologie der Gesellschaftsentwicklung, wie sich bereits deutlich herausgeschält hat, man muss vielmehr die Möglichkeit im Auge behalten, dass es mit der menschlichen Existenzform am Ende nicht gut ausgehen könnte: „Das Grauen vor dem radikal Bösen weiß, daß hier das Ende des Umschlagens von Qualitäten und Entwicklungen gekommen ist. Hier gibt es weder politische noch geschichtliche, noch einfach moralische Maßstäbe, sondern höchstens die Erkenntnis, daß es in der modernen Politik um etwas zu gehen scheint, worum es eigentlich in der Politik, wie wir sie gewöhnlich verstehen, nie gehen dürfte, nämlich um alles oder nichts – um alles, und das ist eine unbestimmte Unendlichkeit von Formen menschlichen Zusammenlebens, oder nichts, und das ist im Falle der Konzentrationslager ebenso exakt der Untergang des Menschen wie im Falle der Wasserstoffbombe der Untergang des Menschengeschlechts“.<sup>180</sup> Die Shoah als Geschichtszeichen ist das Menetekel einer berechtigt gedachten, negativen säkularen Eschatologie.

180 *Arendt*, Elemente (Fn. 20), 916.

*bb) Probleme der Legitimationstheorie*

*aaa) Der rechtszivilisatorische Gehalt von Menschenrechten und Verfassungsstaat*

Bisher wurde festgehalten, dass für die hier entwickelte gesellschaftstheoretische Perspektive materiale normative Prinzipien zentral sind, die bisher aber nur abstrakt umrissen wurden. Im Folgenden soll erwogen werden, in welchem Sinne (wenn überhaupt) eine Verbindung solcher Prinzipien zu den im Mittelpunkt der Überlegungen stehenden Rechtsformen besteht.

Die These, dass der international eingebundene Verfassungsstaat ein Element institutionell verwirklichter materialer Vernünftigkeit bildet, ist keineswegs selbstverständlich, sondern im Gegenteil in hohem Maße begründungsbedürftig, nicht zuletzt aufgrund der durchaus verbreiteten Ansicht, dass über menschliche praktische Vernunft nur noch als Illusion einer in Metaphysik verstrickten Vergangenheit geredet werden könne. Die These der klassischen kritischen Theorie, dass die Subjektwerdung des modernen Menschen menschliche Vernunft in einen zerstörerischen Mythos verwandelt habe,<sup>181</sup> der in der wirklichen Furie des Verschwindens den Nationalsozialismus geboren und genährt habe, bildet einen wesentlichen Ausgangspunkt für die vernunftskeptische Stimmung mancher Überlegungen der Gegenwart, wenn es auch ganz andere, nicht weniger einflussreiche Ansätze gibt, die in verschiedener Form die Idee menschlicher Vernunft verteidigen oder rekonstruieren.<sup>182</sup>

181 *Horkheimer/Adorno*, Dialektik (Fn. 18).

182 *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 17, geht von einer „in ihrer subjektphilosophischen Gestalt zerborstenen praktischen Vernunft“ aus. Das erkläre „die Attraktivität der einzigen, wie es scheint noch offenen Option: des forschen Dementis von Vernunft überhaupt, sei es in den dramatischen Formen einer nachnietzscheanischen Vernunftkritik oder in der nüchternen Spielart eines sozialwissenschaftlichen Funktionalismus, der alles was aus der Beteiligtenperspektive noch Verbindlichkeit oder überhaupt Bedeutung hat, neutralisiert“, ebd. An Stelle dieser Alternativen setzt Habermas die Theorie kommunikativer Vernunft, ebd., 17 ff.; *ders.*, Theorie des kommunikativen Handelns (Fn. 156). Die genannten Al-

In welchem Sinne kann man also davon sprechen, dass Menschenrechte und Verfassungsstaat praktische Vernunft verkörpern? Was genau ist der rechtszivilisatorische Gehalt von Menschenrechten und Verfassungsstaatlichkeit, der dieses Prädikat verdient?

Der Konstitutionalismus geht nicht in einigen pragmatischen staatsorganisatorischen Vorschlägen auf. Er bildet vielmehr eine anspruchsvolle politische Theorie, in deren Zentrum der Verfassungsbegriff steht. Verfassungen sind keine auswechselbaren Organisationsreglemente, sondern implizieren eine spezifische Idee der legitimen Architektur menschlicher Ordnungen unter grundlegenden Rechtsprinzipien.<sup>183</sup>

Verfassungen haben verschiedene wesentliche Eigenschaften: Sie schaffen originär, organisieren und begrenzen die monopolisierte öffentliche Gewalt durch die politische Entscheidung einer verfassungsgebenden Gewalt.<sup>184</sup> Diese verfassungsgebende Gewalt als notwendig nicht mehr positivrechtlich geschaffene, weil eine Rechtsordnung selbst erst schaffende Rechtsquelle, liegt in der Moderne beim Volk als Gesamtheit der sich zu einer politischen Ordnung zusammen-

alternativen und Habermas' eigener Weg schöpfen den Theoriehorizont aber keineswegs aus. Man denke etwa an Rawls' kantianisch-konstruktivistischen Kontraktualismus, *John Rawls*, *A Theory of Justice*, revised edition, 1999; andere Formen des Kontraktualismus, *T. M. Scanlon*, *What We Owe to Each Other*, 1998; Varianten des Kantianismus, *Christine M. Korsgaard*, *Creating the Kingdom of Ends*, 1996; moralischen Realismus, *David Enoch*, *Taking Morality Seriously*, 2011; oder an *Amartya Sen*s Vernunftbegriff, *ders.*, *The Idea of Justice*, 2009, 31 ff., um nur diese Beispiele aus der weitgespannten Debatte zu nennen, vgl. auch *Mahlmann*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 7), §§ 17, 35.

183 *András Sajó/Renáta Uitz*, *The Constitution of Freedom*, 2017, 13: „Constitutionalism stands for a set of interrelated concepts, principles, and practices of organizing and thereby limiting government power in order to prevent despotism. It suggests that power may be limited by techniques of separation of powers, checks and balances, and the protection of fundamental rights along a pre-commitment. It seeks to provide adequate institutional design in a legally binding instrument (the constitution), constitutionalism provides the necessary limitations of government (sovereign) power and affirms the legitimate exercise thereof“.

184 *Dieter Grimm*, *Types of Constitutions*, in: *Michel Rosenfeld/András Sajó* (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, 98–132, 103.

schließenden Menschen. Das ist die Idee der Volkssouveränität.<sup>185</sup> „A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government; and government without a constitution, is power without a right“.<sup>186</sup>

Die öffentliche Gewalt wird durch eine Verfassung umfassend umgrenzt – es gibt keine Reservate öffentlicher Gewalt, die sich nicht aus der Verfassung ableiten.<sup>187</sup> Eine Verfassung richtet sich auf die funktionsangemessene Schaffung und Organisation, damit aber auch auf die Begrenzung von öffentlicher Gewalt zum Zweck, die Autonomie der Menschen zu sichern. Gleichzeitig ist eine Verfassung etwas von Menschen Geschaffenes und nach ihrem politischen Willen Veränderbares. Diese Eigenschaft von Verfassungen ist nicht unumstritten, denn einflussreiche Stimmen in der Ideengeschichte sahen diesen wesentlichen Aspekt der Volkssouveränität und des Konstitutionalismus als eine Entweihung der Idee der Staatlichkeit an, deren tiefste Quelle nur das geschichtliche Werden sein könne.<sup>188</sup> Entgegen solchen Annahmen, die im Ergebnis die politische Gestaltungsmacht der Gegenwart den in überkommenen Rechtsordnungen verkörperten Machtstrukturen der Vergangenheit unterwerfen, unterstreicht der Konstitutionalismus die politische Autonomie der Menschen.

Damit ist der Konstitutionalismus normativ auf Demokratie gerichtet. Selbstverständlich sind diktatorische oder anderweitig undemokratische Verfassungen denkbar. Diese verfehlen aber die normative Grundidee, die Verfassungen als politischem, normativ motiviertem Projekt zugrunde liegt.<sup>189</sup> Der normative Bezug des Konstitutionalismus zur Demokratie als Ausdruck menschlicher Autonomie wird in der Volkssouveränität als Ursprung der Verfassung ebenso wie in der demokratischen Strukturierung der Ausübung öffentlicher Gewalt im Rahmen der einmal geschaffenen Verfassung wirksam.

185 *Emmanuel Joseph Sieyès*, *Qu'est-ce que le Tiers État* [1789], Chap. V, 53.

186 *Thomas Paine*, *Rights of Man* [1791], 1985, Chap. 4.

187 *Grimm*, *Types of Constitutions* (Fn. 184).

188 Vgl. *Hegel*, *Grundlinien* (Fn. 23), §§ 273 f.

189 *Grimm*, *Types of Constitutions* (Fn. 184), 115.

Der Bezug auf Demokratie ist nicht der einzige normative Gehalt der Verfassungs-idee: Die von Verfassungen geschaffene, definierte und begrenzte öffentliche Gewalt bildet ein politisches Projekt, das Grundbedingungen dafür schaffen soll, menschliches Zusammenleben zivilisiert zu organisieren. Verfassungen sind um des Wohlergehens aller als Gleiche gedachten Menschen da, sie setzen mithin deren vorrangigen, nicht aus Verfassungen abgeleiteten Eigenwert voraus, der heute üblicherweise auf den Rechtsbegriff der Menschenwürde gebracht wird. Sie sind Mittel, das Leben der politischen Gemeinschaft, die sie verfassen, so zu organisieren, dass die Freiheit und Gleichheit der Menschen geschützt werden. Sie sind mithin Instrumente, die Grundrechte von Menschen um deren Eigenwert willen gegen ungerechtfertigte Eingriffe abzusichern. Genauso wie auf Demokratie ist die Verfassungs-idee deshalb mit Grundrechten als normativen Leitprinzipien verbunden.

Die Verfassung ist – heute häufig, wenn auch nicht notwendig – als geschriebene das normhierarchisch höchste Recht, je nach System unter Umständen modifiziert in Bezug auf bestimmte Normen des internationalen Rechts. Sie richtet sich darauf, eine umfassende, demokratisch legitimierte politische Gestaltungsmacht zu schaffen, die nicht nur einzelne Interessen, sondern Gemeinschaftsbelange insgesamt betrifft. Eine solche Handlungsbefugnis ist für jede politische Gesellschaft wichtig, weil es Gemeinwohlbelange gibt, die nicht durch (private) Akteure, die Partikularinteressen verfolgen, gesichert werden können, was in Thesen zu sozialen Verfassungen, die durch private Netzwerke entstünden, manchmal aus dem Blick zu geraten droht.<sup>190</sup>

Verfassungen schaffen schließlich den Rahmen für einen offenen politischen Prozess. Die Ergebnisse dieses politischen Prozesses sind dabei rechtlich nicht determiniert, wohl ist aber der Rahmen festgelegt, in dem er sich entfaltet und den auch zukünftige Entscheidungen einhalten müssen. Dem Konstitutionalismus liegt deswegen kein epistemologischer Skeptizismus zu Grunde. Die Schaffung eines dem politischen Alltagsgeschäft entzogenen Rahmens des politischen Prozes-

190 Vgl. dazu etwa *Teubner*, *Fragments* (Fn. 135).



ses muss die Überzeugung motivieren, dass für den Gehalt dieses Rahmens, etwa Demokratie, Grundrechte, Rechtsstaatsprinzipien oder Gewaltenteilung, besonders stichhaltige Gründe sprechen, die es legitimieren, diesen Rahmen nicht nur zu schaffen, sondern auch (sogar revolutionär) durchzusetzen und zu verteidigen.

Der demokratische Verfassungsstaat ist damit im Kern eine Institutionenform der Menschenrechtsidee. Er bildet eine Ordnung, die jeden Menschen als Person und Selbstzweck zum Maßstab und normativen Orientierungspunkt der politischen Organisation von Gesellschaften erhebt. Er zieht Konsequenzen aus den Rechten der Menschen auf Freiheit und gleiche, gerechte Behandlung. Er verkörpert als sozialer Rechtsstaat, in welchem Maße auch immer, jedenfalls prinzipiell die Konkretisierung von Solidaritätspflichten anderen Menschen gegenüber. Das ist keine normative Nebensache. Sozialstaatlichkeit ist der mehr oder weniger großzügige, mehr oder weniger konsequente, häufig nüchtern juristische und bürokratische Abglanz einer Grundforderung einer humanen Ethik, in Kants Terminologie des zentralen Tugendgesetzes, das in der Verpflichtung besteht, die Glückseligkeit anderer zu befördern.<sup>191</sup>

Die Menschenrechtsidee selbst ist für die Rechtsepoche, die seit dem Zweiten Weltkrieg andauert, konstitutiv. Die Verwirklichung von Menschenrechten bildet ein fundamentales Zivilisationsprojekt unserer Zeit. Dieses Projekt hatte seit seinem Beginn viele politische Feinde, politische Machthaber nicht weniger als gesellschaftliche Gruppen, manchmal solide Mehrheiten, deren Vorstellungswelt die Menschenrechtsidee herausfordert. Die Geschichte und Rechtfertigungsbedingungen der Menschenrechtsidee sind höchst strittig. Der rechtliche Schutz von Menschenrechten ist aber keine schöngeistige Träumerei, sondern, wie sich noch genauer zeigen wird, eine zentrale Schlussfolgerung aus Grunderfahrungen der Moderne und zwar gerade ihrem Bewusstsein des Fragwürdigen und, durch Rückfall in Barbarei, entfesselte Grausamkeit und Hingabe an atavistische und irrationale Ideologien Unheimlichen der menschlichen Existenz. Es ist kein Zufall,

191 *Immanuel Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Akademie Ausgabe VI, 385.

dass auch die marxistische und sozialistische Theorie in ihren klügeren Vertretern die Menschenrechtsidee wiederentdeckte<sup>192</sup> – nach Erfahrungen, was ihre Verachtung kosten kann.

Diese normativen Grundpfeiler des Konstitutionalismus haben auch für die internationale Ordnung Bedeutung. Es existiert eine belebte Debatte um die Frage, ob die Völkerrechtsordnung insgesamt<sup>193</sup> oder jedenfalls internationale Regionalsysteme wie die EU sich konstitutionalisierten<sup>194</sup> oder bestimmte Rechtsakte Verfassungsrang beanspruchen könnten, wie etwa der EGMR für die EMRK festgehalten hat.<sup>195</sup> Diese Debatten werfen viele Fragen auf, zum Begriff der Verfassung, der dabei eine Rolle spielt, und den Eigenarten der internationalen Ordnung. Für den gegenwärtigen Zusammenhang kommt es nicht auf die Frage an, ob der Begriff der Verfassung hier sinnvoll verwendet wird oder nicht. Zentral ist vielmehr, dass auch das Völkerrecht sich seit dem Zweiten Weltkrieg in zunehmender Weise an Menschenrechten und dem in der Idee der Menschenwürde ausgedrückten intrinsischen Eigenwert von Menschen orientiert. Damit werden aber genau die normativen Leitprinzipien aufgegriffen, die der Verfassungs-idee selbst zugrunde liegen. Die internationale Ordnung ist allerdings in ihrer rechtlichen Struktur und erst recht in ihrer Praxis weit davon entfernt, diesen Prinzipien zu genügen.

192 Vgl. *Bloch*, Naturrecht (Fn. 114).

193 Vgl. o. Fn. 9.

194 Vgl. z.B. *Neil Walker*, The Idea of Constitutional Pluralism, *The Modern Law Review* 65 (2002), 317–359; *Mattias Kumm*, Rethinking Constitutional Authority: On the Structure and Limits of Constitutional Pluralism, in: *Matej Avbelj/Jan Komárek* (Eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, 2012, 39–66; *Miguel Poiares Maduro*, Three Claims of Constitutional Pluralism, in: *Avbelj/Komárek*, *Constitutional Pluralism* (Fn. 194), 67–84; *Ingolf Pernice*, The Treaty of Lisbon. Multilevel Constitutionalism at Work, *Columbia Journal of European Law* 15 (2009), 349–407.

195 Vgl. EGMR, app. No. 15318/89, 23.3.1995, *Louizidou I*, para 75: „a constitutional instrument of European public order (ordre public)“.

### *bbb) Zweckordnung und normative Grundlagen*

Der Konstitutionalismus ist, wie angedeutet, eine politische Theorie. Die Schlussfolgerung, dass man die genannten normativen Prinzipien im Rahmen einer geschriebenen Verfassung als höchstem Recht, die öffentliche Gewalt schafft, organisiert und begrenzt, demokratisch rückbindet, an Grundrechten orientiert und so einen Rahmen für einen offenen politischen Prozess schafft, verwirklicht, ergibt sich nicht von selbst. Verschiedene Ansätze haben andere Schlussfolgerungen gezogen, in der Epoche des Konstitutionalismus etwa die kommunistische Bewegung, die den Verfassungsstaat für eine Perpetuierung einer illegitimen Klassenherrschaft gehalten hat. Man muss mithin Gründe dafür liefern, warum gerade Menschenrechte und demokratische Verfassungsstaatlichkeit ein überzeugendes Ordnungsmodell bilden.

Wie mehrfach festgehalten, ist dieser Verfassungsstaat kein Wirklichkeit gewordenes Sehnsuchtsbild erlösten menschlichen Lebens, kein Übertritt in die Utopie des höchsten Wünschbaren. Der Verfassungsstaat ist eine innerweltliche Zweckordnung, die einen normativen Rahmen für die Entwicklung menschlicher Gesellschaften schafft. Er beantwortet damit einige fundamental wichtige Fragen menschlicher Gesellschaftsgestaltung, lässt aber sehr viele andere offen, nicht zuletzt in Hinsicht auf die Strukturen der Ökonomie. Es gibt zwar eine Vielfalt von Regelungen, vom Wirtschaftsverwaltungsrecht bis zum internationalen Handelsrecht, die einen Rahmen für wirtschaftliche Aktivitäten schaffen. Auch die Menschenrechte spielen dabei in unterschiedlichen Formen eine Rolle – beispielsweise als Grundlagen der Vertragsfreiheit, durch Eigentumsrechte oder als Grenzen der wirtschaftlichen Nutzung von Arbeitskraft.

In diesem Rahmen, selbst wenn er durchgesetzt wird, sind sehr unterschiedliche Formen von Wirtschaft denkbar. Gerade die internationale Wirtschafts- und Finanzkrise der letzten Jahre hat eindringlich vor Augen geführt, welche politischen Aufgaben in diesem Bereich gelöst werden müssen. Auch die seit einigen Jahren verstärkte Diskussion um die bemerkenswerten und zunehmende Ungleichheit in der Wohlstandsverteilung, innerhalb von Gesellschaften und im globalen Vergleich, bildet ein Beispiel für wesentliche politische Fragen, die

mit der Schaffung eines menschenrechtsorientierten Verfassungsstaates keineswegs gelöst sind.

Ein anderes Beispiel ist die Klimapolitik. Es ist seit Jahren unzweifelhaft, dass der Klimawandel ein existentielles Problem der Menschheit insgesamt bildet. Auch die Bewältigung dieser Herausforderungen, sollte sie denn noch gelingen, ist keine, die mit Verfassungsstaatlichkeit und einer internationalen Ordnung, in der Menschenrechte zählen, bereits gelungen wäre.

Schließlich seien noch die internationalen Beziehungen als weitere Beispiele für diesen Befund genannt. Auch hier liegen fundamentale Probleme offen zu Tage, von der Verteilung und Nutzung von Rohstoffen bis zur nuklearen Bedrohung.

Es ist selbstverständlich eine offene Frage, wieweit Verfassungsstaatlichkeit, ihr institutionelles Pendant auf internationaler Ebene und rechtliche Grundrechtsverbürgungen in der Zukunft für die Lösung auch solcher Probleme noch fruchtbar gemacht werden können. Manche Funktionen, die heute anspruchsvolle Rechtssysteme erfüllen, waren in der Vergangenheit noch nicht vorstellbar, wofür gerade die erweiterten Grundrechtsfunktionen, etwa durch Schutz- und Gewährleistungspflichten, ein gutes Beispiel bieten. Am Grundbefund ändert dies jedoch nichts.

Dass eine grundrechtsorientierte, verfassungsstaatliche, international koordinierte Ordnung kein umfassendes Versprechen der Lösung aller oder auch nur der wichtigsten Menschheitsprobleme macht, nimmt ihr jedoch nichts von ihrer rechtszivilisatorischen Bedeutung. Es ist sozialrevolutionäre Lagerfeuerromantik zu glauben, man könne eine Sozialordnung schaffen, die gleichzeitig die genannten beispielhaften und die in der Zukunft die Menschheit beschäftigenden, heute unbekannten Probleme, die vielleicht keine geringere Bedeutung haben werden, auf einen Schlag löst.

Es ist schon viel erreicht, wenn es gelingt, eine einigermaßen dauerhafte normative Ordnung zu schaffen, in der Menschen ihre autonomen Entscheidungen treffen können und in der dabei gleichzeitig bestimmte normative Grundprinzipien dem politischen Alltagsprozess entzogen sind, um Grundrechte von Menschen, die nicht zur Disposition von Mehrheiten stehen können, zu schützen. Solche politischen

Weichenstellungen in diesem normativen Rahmen können tiefgehend sein und wichtige Institutionen in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft transformieren.<sup>196</sup> Sie müssen sich dabei nur in bestimmten normativen Bahnen bewegen, die nicht zuletzt dafür notwendig sind, dass der kritische demokratische Prozess auch in der Zukunft möglich bleibt. Die Menschenrechtsidee und der Konstitutionalismus intendieren nicht das Ende der Politik. Sie bilden einen Rahmen, in dem Politik sich entfalten kann.

Der menschenrechtsgebundene Verfassungsstaat ist keine banale, historisch selbstverständliche Organisationsform menschlichen Lebens. Er ist vielmehr ein sehr anspruchsvolles Projekt. Er ist der Ausdruck eines skeptischen Selbstvertrauens der Menschen in der Sprache von Recht und Institutionen. Menschen trauen sich Selbstbestimmung in der Demokratie zu. Sie drücken mit dieser Ordnungsform aus, dass sie ihr Überleben nicht um den Preis der Unterwerfung unter eine höhere Macht erkaufen müssen, dass sie Freiheit nicht nur zur Selbstzerstörung nützen können, sondern Freiheitsgebrauch vielmehr eine Bedingung eigenen Wohlergehens ist. In Anbetracht des Ganges menschlicher Geschichte ist das keine selbstverständliche Annahme.

Gleichzeitig drückt sich im Konstitutionalismus die Idee aus, dass es aber Sicherungen bedarf, um zu verhindern, dass die in einer politischen Gemeinschaft organisierten Menschen die Möglichkeit zur Selbstbestimmung dazu nutzen, anderen und häufig genug sich selbst zu schaden – nicht zuletzt durch politische Entscheidungen, die die demokratische Selbstbestimmung abschaffen.

Wesentliche Elemente der Verfassungsstaatlichkeit wie Gewaltenteilung, *checks and balances*, Rechtsstaatlichkeit, justiziable Grundrechtsschutz und ihre konkreten Ausprägungen bilden den Ausdruck konkreter Annahmen der Rechtstheorie, wie dieses Ziel einer dauerhaft gegen die verschiedenen Kräfte, die sie bedrohen, gesicherte politische Ordnung rechtlich verfasst sein sollte. In Verfassungsstaaten unterscheiden sich die konkreten Ausprägungen der konstitutionalisti-

196 Vgl. zu transformierender Demokratie und (kapitalistischer) Wirtschaftsordnung, z.B. *Wagner*, *Modernity* (Fn. 12), 81 ff.

schen Grundgedanken in vielen Einzelheiten und manchen Strukturmerkmalen. Der Konstitutionalismus der USA ist nicht der Konstitutionalismus Frankreichs, der Konstitutionalismus Deutschlands nicht der Japans.

Es gibt auch keinen Musterplan der einzig richtigen Verfassungsordnung. Man kann auf institutionell durchaus vielfältige Weise den Grundideen des Konstitutionalismus treu bleiben und gleichzeitig eine Vielzahl von kulturellen Traditionen und ihren Gehalt ernst nehmen.

### *ccc) Verfassungsstaat und einige politische Lehren der Moderne*

Der Begriff Moderne bezeichnet eine Epoche mit vielschichtigen, widerspruchsvollen Erfahrungen, erst recht, wenn man den Blick nicht auf den Globalen Norden verengt. Die Theorien, die diese Epoche zu fassen versuchen, haben deswegen soziale, politische, ökonomische, kulturelle, ästhetische, rechtliche, wissenschaftliche und ethische Dimensionen.

Ob überhaupt und, wenn ja, in welcher Form diese Epoche auf den Begriff der Moderne gebracht werden kann, wird intensiv diskutiert, ohne dass die vielen interessanten Fragen, die diese Debatte aufwirft, hier aufgegriffen werden könnten.<sup>197</sup> Für die zur kritischen Überprü-

197 Eine grundsätzliche Frage besteht darin, ob sich der Begriff der Moderne nicht erübrigt habe, weil entweder die Epoche an ihr Ende gekommen oder der Begriff von Anfang an falsch gewählt worden sei, vgl. zur Diskussion *Jean-François Lyotard*, *La Condition Postmoderne*, 1979, der als Alternativen der Moderne strukturfunktionalistische Theorien auf der einen Seite (Parsons), (neo-)marixistische auf der anderen sieht, ebd., 24 ff., die die Postmoderne überwinden müsse, 29 ff. Wenn man den Begriff und das, worum es in ihm geht, nicht aufgeben will, stellt sich die Frage nach weiteren Weichenstellungen. Ein Ansatz besteht in der Annahme evolutionär sich durchsetzender Universalien der Bildung moderner Gesellschaften in der Systemtheorie, vgl. z.B. *Parsons*, *Evolutionary Universals* (Fn. 171), der vier Komplexe als fundamental für (jede) moderne Gesellschaft ansieht: „bureaucratic organization of collective goal attainment, money and market systems, generalized and universalistic legal systems, and the democratic association with elective leadership and mediated membership support for policy orientation“, ebd., 356. Ein anderer Ansatz ist der einer kommunikationstheoretischen,

fung formulierte These kommt es zudem allein darauf an, die normativen Grundlagen des grundrechtsorientierten, demokratischen, kosmopolitischen Konstitutionalismus und seine Legitimationsgrundlagen zu

an einer verständigungsorientierten Lebenswelt anknüpfenden Rekonstruktion des „unvollendeten Projekts der Moderne“, *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns (Fn. 156). Andere Theorien fragen nach multiplen, sukzessiven Modernen und der Bedeutung von Erfahrungen und Interpretationen der Moderne(n), vgl. *Shmuel Noah Eisenstadt*, Multiple Modernities, *Daedalus* 129 (2000), 1–29, 24: „The undeniable trend at the end of the twentieth century is the growing diversification of the understanding of modernity, of the basic cultural agenda of different modern societies – far beyond the homogenic and hegemonic visions of modernity prevalent in the 1950s“; *Peter Wagner*, Modernity as Experience and Interpretation. A New Sociology of Modernity, 2008; *ders.*, Modernity (Fn. 12); *Michel Foucault*, Qu’est-ce que les Lumières?, in: *ders.*, Dits et Ecrits, Tome IV, 1984, 562–578. Der Wandelbarkeit der Sozialgestaltungen kann mit dem Begriff der liquiden Moderne begegnet werden, vgl. dazu *Zygmunt Bauman*, Liquid Modernity, 2000, der zuvor die Bedeutung instrumenteller Rationalität kritisiert hatte, vgl. *ders.*, Holocaust (Fn. 18) und o. Fn. 18. Das nachdrückliche Nachdenken der modernen Welt über sich selbst kann – auch als Perspektive – als Zeichen einer reflexiven (zweiten) Moderne verstanden werden, vgl. *Ulrich Beck*, Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986; *ders.*, Weltrisikogesellschaft: Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008, 376 f.: „Der Linearitätsglauben der modernen Gesellschaft steht im Widerspruch zur Selbst-Entzauberung der Moderne. Im Unterschied zu den Gesellschaftstheoretikern von Comte, Marx, Durkheim und Weber über Horkheimer, Adorno, Parsons und Gehlen bis zu Foucault und Luhmann, bestehe ich darauf, daß das scheinbar unabhängige und autonome System des Industrialismus seine Logik und Grenzen aufgesprengt hat und infolgedessen in einen Prozeß der Selbstauflösung getreten ist. Diese radikale Wende charakterisiert die gegenwärtige Phase, in der Modernisierung reflexiv wird. Anstatt damit beschäftigt zu bleiben, das Elaborieren verschiedener Pfade und Potentiale innerhalb der Industriemoderne aufzuspielen, erfährt Modernisierung nun eben die sozialen, politischen und kulturellen Basisprinzipien und Basisinstitutionen der nationalen Industriegesellschaft, zerbricht diese und erschließt so neue Potentiale in Opposition zur Industriemoderne. Auf diese Weise führt der Prozeß reflexiver Modernisierung von der nationalen Industriegesellschaft zur (noch unbestimmten Vieldeutigkeit der) Weltgesellschaft“; *Alain Touraine*, Critique de la modernité, 1992, 421: „La crise de la modernité, qui apparaît à certains comme une rupture avec la sécularisation et la confiance en la raison, n’est-elle pas plutôt l’entrée dans une modernité plus complète qui a rompu toutes les amarres qui la retenaient encore au rivage de l’ordre naturel, divin ou historique, des choses?“; *Anthony Giddens*, Runaway World. How Globalisation Is Reshaping Our World, 2002, 75: „democratising democracy“.

identifizieren, um zu fragen, ob diese Art rechtlicher Organisation von Gesellschaften berechtigt einen Vernunftsanspruch erheben kann oder nicht und was das gesellschaftstheoretisch bedeutet. Dabei ist die Frage zu beantworten, ob die Geschichte der letzten Jahrhunderte und ihre Reflexion bestimmte Einsichten bereithalten, die für die Legitimationstheorie dieser Ordnungsform wichtig sind. Dieser Frage soll deswegen nunmehr nachgegangen werden.

Die Reflexionen über die Gehalte, die Fortdauer oder auch das Ende der Moderne betreffen ein Zeitalter, das durch manchen Aufbruch gekennzeichnet ist, der die Formen menschlicher Zivilisation auf der ganzen Erde wesentlich verändert hat: Die wissenschaftliche Revolution des 17. Jahrhunderts führte zu einer grundlegenden Umwälzung des wissenschaftlichen Weltbilds der Menschen, von ihrer eigenen Stellung im Kosmos und in der Naturgeschichte bis hin zur Struktur der Materie, die sie umgibt und selbst bildet. Eine technisch geprägte Zivilisation ist in dieser Epoche entstanden, die die Grundlage der Industrialisierung der Wirtschaft schafft, die in vielfältigen und keineswegs homogenen Formen organisiert wird – auch kapitalistische Organisationsformen, die in vieler Hinsicht vorherrschend geworden sind, treten in ganz unterschiedlichen Arten auf. Der Manchesterkapitalismus des 19. Jahrhunderts ist etwas wesentlich anderes als eine soziale Marktwirtschaft. Die wirtschaftliche Entwicklung führt in wenigen Generationen zu einem erheblichen Anstieg des materiellen Wohlstandes auch breiter Bevölkerungsgruppen in vielen Staaten der Welt. Eine große Zahl von Menschen bleibt von diesem Wohlstand aber ausgeschlossen, materielles Elend ist weiter ein Grundelement der modernen Welt. Mit der Industrialisierung geht eine (in der Gegenwart andauernde) Urbanisierung der Sozialverbände einher. Feudale Patrimonialstrukturen wurden abgelöst, Verfassungsstaaten entstehen, in denen demokratische Prinzipien eine zunehmend große Rolle spielen. Eine spezifische Form der öffentlichen politischen Auseinandersetzung bildet sich aus, deren normative Pointe der Einbezug der Bürger (und später auch der Bürgerinnen) in die reale politische Willens-



bildung wird.<sup>198</sup> Politischer Nationalismus wird zu einer geschichtsmächtigen Kategorie, die sich in der Gründung von Nationalstaaten niederschlägt. Die zweckrationale Durchbildung der Gesellschaft wird auch für das politische System relevant, nicht zuletzt durch die Organisation einer effizienten Bürokratie. Politisches Handeln wird international institutionell koordiniert: Internationale Organisationen gewinnen seit dem 19. Jahrhundert an Gewicht. Rechtssysteme werden tendenziell gegenüber Moral und Religion verselbstständigt. Begrifflich durchgebildetes, positives, politisch geschaffenes und veränderbares Recht wird zu einem wichtigen Element der Gestaltung moderner Gesellschaften.

Die Moderne ist ein historisch reflexiv gewordenes Zeitalter. Die Jetztzeit wird in einen weltgeschichtlichen Zusammenhang gebracht, der die Zeitphänomene der jeweils erlebten Gegenwart relativieren und historisieren kann.<sup>199</sup>

Mit der Moderne wird häufig Profanisierung und Säkularisierung verbunden. Zutreffender ist in Anbetracht der andauernden Bedeutung von Religiosität vermutlich das Festhalten eines Prozesses der Neuverhandlung von Religion im öffentlichen, politischen, wissenschaftlichen und kulturellen Leben, der die religiöse Determiniertheit dieser Sphären beschränkt, Religionen aber für viele Menschen nichts von ihrer Bedeutung für die individuelle Auslegung der Existenz nimmt.<sup>200</sup> Säkulare Sinnentwürfe werden aber mit neuem Selbstbe-

198 Vgl. *Jürgen Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1979, für den Öffentlichkeit sogar ein zentrales Element menschlicher Emanzipation ist, ebd., 294: „Am Strukturwandel der bürgerlichen Öffentlichkeit läßt sich studieren, wie es vom Grad und der Art ihrer Funktionsfähigkeit abhängt, ob der Vollzug von Herrschaft und Gewalt als eine gleichsam negative Konstante der Geschichte beharrt – oder aber, selber eine historische Kategorie, der substantiellen Veränderung zugänglich ist“ (Herv. i. Orig.).

199 Dazu gehört auch, dass die eigene Zeit als Übergangszeit verstanden wird, dazu *Reinhart Koselleck*, Neuzeit. Zur Semantik moderner Bewegungsbegriffe, in: *ders.*, Vergangene Zukunft, 1979, 300–348, 328.

200 Vgl. zu säkularer Staatlichkeit und ihrer Bedeutung gerade für die Religionsfreiheit, *Horst Dreier*, Säkularisierung und Sakralität, 2013; *ders.*, Staat ohne Gott, 2018, 9: „Religionsfreiheit der Bürger und weltanschaulich-religiöse Neutralität

wusstsein formuliert, dem die „Zuckererbsen“ eines endlichen Lebens Speise genug sind.<sup>201</sup>

Zu den Bedingungen dieser Entwicklungen gehört das Einfordern der epistemischen Autonomie der Menschen. Menschen entdecken sich selbst als Subjekte der Erkenntnis der Welt und messen Wahrheit an nichts als an ihnen selbst zugänglichen und plausibel erscheinenden Wahrheitskriterien. Wissenschaftliche Erkenntnis wird an innerwissenschaftliche Maßstäbe gebunden, die intersubjektive Gültigkeit und im Grundsatz echte Erkenntnis der Welt zu ermöglichen beanspruchen.

Epistemische Autonomie heißt auch moralische Autonomie. Diese epistemische Selbständigkeit impliziert, dass ein reflexives Subjekt sich moralisch nur den Gesetzen unterwirft, die vor seiner Vernunft bestehen können.<sup>202</sup> Gründe, nicht Tradition, religiöse Autorität oder politische Macht, sind das Erkennungsmal verbindlicher moralischer Prinzipien.

Demokratie, Rechts- und Verfassungsstaatlichkeit sowie – zunehmend zentral – die Idee von Menschenrechten werden zu normativen Leitprinzipien verschiedener politischer und ethischer Entwürfe. Einflussreiche ethische Prinzipien orientieren sich am Wert der einzelnen Person, an ihrer Freiheit und Gleichheit. Soziale Gerechtigkeit wird zu einer zentralen Idee verschiedener sozialer Bewegungen, die Revolutionen, aber auch organisierte Solidarität in der Form von Sozialstaatlichkeit hervorbringt. Die Idee der ethisch geleiteten Transformation der kapitalistischen Wirtschaft gewinnt Anhänger, nicht nur im staatssozialistischen Rahmen, sondern auch in ganz anderer Form – vom Anarcho-Syndikalismus bis zu anderen, auch marktwirtschaftlichen

des Staates sind die beiden Säulen, auf denen die Säkularität des freiheitlichen Verfassungsstaates ruht“.

201 Heinrich Heine, Deutschland – ein Wintermärchen, 1844, Caput I.

202 Programmatisch: Immanuel Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, Akademie Ausgabe VI, 1904, 3: „Die Moral, so fern sie auf dem Begriffe des Menschen als eines freien, eben darum aber auch sich selbst durch seine Vernunft an unbedingte Gesetze bindenden Wesens gegründet ist, bedarf weder der Idee eines anderen Wesens über ihm, um seine Pflicht zu erkennen, noch einer anderen Triebfeder als des Gesetzes selbst, um sie zu beobachten“.

Formen einer am Gemeinwohl orientierten Wirtschaft. Dabei vollziehen sich verschiedene, prinzipiengeleitete ethische Inklusionsbewegungen, die ausgeschlossene Menschengruppen erfassen – Arme, Versklavte, Frauen, Angehörige imaginierter Rassen oder Menschen mit Behinderungen oder bestimmter sexueller Orientierung.

Diese Entwicklungen sind nicht nur Kennzeichen einer Entwicklung Europas oder des Globalen Nordens, denn sie gehen keineswegs nur von Europa aus und haben heute alle Teile der Welt in unterschiedlicher Form erfasst.

Die epistemische und moralische Autonomie, die ein Signum des Zeitalters ist, bedeutet nicht, dass der selbstständige Vernunftgebrauch notwendig zu überzeugenden, haltbaren Ergebnissen führen würde. Diese Autonomie bedeutet auch, dass Menschen sich in wissenschaftlichen Irrtum verstricken und zutiefst ungerechte und normativ nicht verteidigungsfähige Ziele verfolgen können. Zur Moderne gehören nicht nur Menschenrechte, Demokratie und Verfassungsstaatlichkeit, sondern auch Kolonialismus, Weltkriege, Totalitarismus, eine Vielfalt von nicht selten von mächtigen Staaten des Globalen Nordens installierten und unterstützten Diktaturen, nukleare Bedrohung, unbewältigte ökologische Krisen, neue menschenrechtsfeindliche Ideologien, Massen- und Völkermord.

Das Zeitalter ist ein Zeitalter der Selbstbefreiung und Autonomie, aber auch der Sinnkrise, der metaphysischen Unbehaustheit, der erlebten Kraft des Gefühls der Sinnlosigkeit der menschlichen Existenz, die als verlassenes, zerrissenes, „wüstes Land“ erscheinen kann, durch das Menschen ohne mehr zu wissen, warum sie leben, hindurchziehen.<sup>203</sup> In dieser Epoche kann eine Vision einer humanen Heimat nicht einfach vorgefunden, sondern muss von Menschen selbst entwickelt, entworfen und trotz aller historischen Erfahrungen, die die Zweifel nähren können, gegen die Apologeten der Sinnlosigkeit und des letzten Nichts, in das menschliches Leben münde, verteidigt werden.<sup>204</sup>

203 T. S. Eliot, *The Waste Land* [1922], in: *ders.*, *The Complete Poems and Plays*, 1969, 59–80.

204 Als Beispiel für die Herausforderung des Nihilismus und einen einprägsamen Antwortversuch *Albert Camus*, *L'Homme Révolté*, 1951.

Die ästhetische Moderne ist nicht umsonst nicht nur dem interesselosen Wohlgefallen am Kunstschönen verpflichtet. Sie geht nicht in der in ihr erreichten, neue ästhetische Wunder gebärenden Befreiung der Formschöpfung auf. In ihr spiegelt sich vielmehr eine Erfahrung des Zwiespalts, der Sinnleere, die die Moderne auszeichnet, und – ebenso wichtig – die Bereitschaft, sich ohne Ausflüchte den schrecklichen Seiten menschlicher Existenz zu stellen.

Goya als zentraler Künstler der Moderne<sup>205</sup> hat etwa, in mancher Hinsicht unübertroffen, die Dämonen der menschlichen Welt beschworen und gezeigt, in wie tiefen Schichten der humanen Existenz sie ihren Wohnsitz haben, vielleicht in der Hoffnung, sie so zu bannen, vielleicht einfach im verzweiferten Bemühen, sich dadurch, dass man ihr Abbild schafft und sie so ins Licht des Sicht- und Erkennbaren zwingt, ihrem Herrschaftsanspruch zu entziehen. Alberto Giacometti hat mit seiner nach kubistischen, surrealistischen und post-kubistischen Versuchen entwickelten Formsprache Ikonen der Moderne geschaffen, die es gerade deswegen sind, weil sie Menschen in ihrer Zerbrechlichkeit zeigen, als Wesen, die keine Sieger der Geschichte und des Lebens sind.<sup>206</sup>

Heinrich von Kleist hat in einem Caspar David Friedrich-Kommentar davon gesprochen, dass dem Betrachter die Augenlider weggeschnitten werden<sup>207</sup>: Man kann sie vor gewissen Dingen nicht verschließen, im Bild vor der grauen Unendlichkeit, der der verlorene Mönch ausgeliefert wäre, wenn nicht für Friedrich der Ausweg in religiöse Hoffnungen bestünde – im Grau der Wolken findet sich ja ein

205 Vgl. z.B. *Peter-Klaus Schuster/Wilfried Seipel/Manuela B. Mena Marquéz* (Hg.), *Goya. Prophet der Moderne*, 2005.

206 Vgl. *Jean Genet, L'Atelier d'Alberto Giacometti*, 2007 (ohne Seitenzahlen): „En face de ses statues, un autre sentiment encore: ce sont toutes de très belles personnes, pourtant il me semble que leur tristesse et leur solitude sont comparables à la tristesse et à la solitude d'un homme difforme qui, soudain nu, verrait étalée sa difformité que, dans le même temps il offrirait au monde afin de signaler sa solitude et sa gloire. Inaltérables“. Dazu *Matthias Mahlmann, Le Chariot – Bemerkungen zu den Grundlagen des Rechts*, ZSR 131 (2012), 123–144.

207 *Heinrich von Kleist, Empfindungen vor Friedrichs Seelandschaft*, in: *ders., Sämtliche Werke und Briefe*, Band 3, 1982, 327.

Licht. Die ästhetische Moderne hat den Menschen in mancher Hinsicht in gleicher Weise die Lider weggeschnitten und so die Möglichkeit genommen, die Augen vor bestimmten Erkenntnissen zu verschließen – und zwar ohne leicht gangbaren Ausweg in tröstende religiöse Gewissheiten, weil auch Religionen skeptischen Fragen ausgesetzt worden sind.

Die Moderne ist ein Zeitalter, in dem die Kunst in immer neuen Formen die Erkenntnis formuliert hat, dass in der menschlichen Existenzform ein „heart of darkness“ schlägt, das gerade im Verlieren des ethischen Halts liegt, in der Selbstausslieferung an Habgier, Herrschsucht und Grausamkeit, der Herrschaft eines schäbigen Teufels, in der der Täter selbst am Ende zum Opfer seiner Untaten wird – wohlge-merkt ein Herz, dass in der Zivilisation, und gerade der europäischen, schlägt.<sup>208</sup> Dazu gehört auch die Skepsis gegenüber moralischen Prinzipien, die die Untaten, die begangen werden, wenn nicht wirklich motivieren, doch bemänteln und erst recht begehbar machen können: „We talk with indignation or enthusiasm; we talk about oppression, cruelty, crime, devotion, self-sacrifice, virtue, and we know nothing real beyond the words. Nobody knows what suffering or sacrifice mean – except, perhaps, the victims of the mysterious purpose of these illusions“.<sup>209</sup>

Es hat sich mithin eine spezifische, ambivalente Lage der Menschen im Zeitalter eingestellt, das sich in den letzten Jahrhunderten entfaltet hat. Die menschliche Zivilisation hat sich vielfältige wissenschaftliche, technologische, wirtschaftliche, administrative, politische und kulturelle Möglichkeiten erschlossen und ein gutes Stück epistemische und praktische Autonomie erobert. Gleichzeitig sind neue Orientierungsschwierigkeiten und Unbehaustheiten entstanden. Neue existentielle Probleme der menschlichen Lebensformen sind ungelöst. Humane Abgründe sind real in verschiedenen Formen der Unterdrückung, der Ungerechtigkeit und des Massenmordes durchschritten und ausgemessen worden.

208 *Conrad, Heart of Darkness* (Fn. 32).

209 *Joseph Conrad, An Outpost of Progress*, in: *ders., The Secret Sharer and Other Stories*, London, 2007, 231–258, 248.

Man kann auf diese Lage unterschiedlich reagieren. Eine Reaktionsform besteht darin, sie zu ignorieren und sich der eigenen Interessenbefriedigung zu widmen. Eine andere bildet Nihilismus oder hedonistisch vielleicht amüsant gemachter Zynismus. Man kann auch das ganz Andere der Moderne zu bestimmen suchen – ein Denken jenseits benennbarer Vernunftansprüche, eine Ethik ohne formulierbare ethische Prinzipien, in der Hoffnung, sich damit aus jedem Verblendungszusammenhang zu befreien. Ob derartige Bemühungen sinnvoll sind oder in epistemischen und ethischen Sackgassen münden, wird noch zu überprüfen sein.

Naheliegend scheint jedenfalls, wenn man die Lehren der Moderne ernst nehmen will, den Versuch zu unternehmen, unverzichtbare Werte und normative Prinzipien mit spezifischen Mitteln zu sichern, um Menschen gegen bestimmte Folgen ihres eigenen Autonomiegebrauchs auch unter den Bedingungen, die sich durch die wissenschaftliche, wirtschaftliche, politische und kulturelle Entwicklung ergeben haben, wirkungsvoll zu schützen. Dazu gehören Menschenrechte, die Grundgüter menschlicher Existenz gewährleisten. Ihnen liegt eine fundamentale Aussage zum Wert einer individuellen Existenz zugrunde, weiterhin am konzisesten ausgedrückt in der Idee, dass Menschen einen Selbstzweck bilden und deswegen einen intrinsischen Eigenwert besitzen, der sie vor Objektivierung und Instrumentalisierung schützt und fordert, ihre Stellung als Subjekt ihres Lebens zu achten.<sup>210</sup>

Dazu zählt aber auch die Idee, mittels eines spezifischen Regelwerks, das dem politischen Alltag entzogen ist, weil es ihn erst ermöglicht und mit einem normativen Rahmen versieht, einer Verfassung und verschiedenen institutionellen Sicherungen also, durch verbürgte und durchsetzbare Grundrechte, aber auch durch staatsorganisatorische Strukturen wie Gewaltenteilung, *checks and balances* und

210 Vgl. zum Rechtsbegriff der Menschenwürde *Mahlmann*, Elemente (Fn. 169), 97 ff.; *ders.*, Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders, in: Rosenfeld/Sajó, Comparative Constitutional Law (Fn. 184), 2012, 370–396; *ders.*, The Good Sense of Dignity. Six Antidotes to Dignity Fatigue in Ethics and Law, in: Christopher McCrudden (Ed.), Understanding Human Dignity, Proceedings of the British Academy 192 (2013), 593–614, jeweils m.w.N.

Rechtsstaatlichkeit Würde, Freiheit und Gleichheit zu schützen. Grundlage muss dabei die Idee der Demokratie sein, die Menschen durch politische Rechte die Möglichkeit des Selbstschutzes durch Selbstbestimmung unmittelbar in die Hand gibt. Schließlich kommt es auf die Etablierung einer friedenssichernden, die Rechte von Menschen schützenden, einigermaßen gerechten internationalen Ordnung an, in der Recht, nicht Macht und Gewalt, in Konflikten das letzte Wort hat.

Damit ist eine wichtige Erkenntnis erreicht: Erst im Zwielficht der Moderne, gespeist durch die Entfaltung der menschlichen Zivilisation, durch die Güter, die gewonnen und die Probleme, die neu geschaffen wurden, genährt durch normativen Fortschritt und neue Barbarei, gewinnen die Ideen von Menschenrechten, Verfassungsstaatlichkeit und einer internationalen Ordnung des Rechts ihre eigentlichen Konturen. Nur wer die Gefahren unterschätzt oder gar nicht zur Kenntnis genommen hat, die in menschlichen Gesellschaften auch nach Jahrtausenden der Zivilisation schlummern, wird diese Ideen für nicht so wichtig oder gar überholt halten. Menschenrechte und demokratischer Verfassungsstaat sind kein Eiapoieia einer heilen Welt, das die zentralen Lehren der selbstreflexiven Moderne nicht begriffen hat. Im Gegenteil, die Begründung der Legitimität dieser politischen Ordnungsform entspringt gerade zwei fundamentalen Lehren der Moderne: Jede Zivilisation, der Vergangenheit, der Gegenwart und jeder Zukunft, die erwartbar ist, kann in ihr Gegenteil umschlagen. Und: Es gibt bestimmte Normen und Einrichtungen, die diese Güter schützen, die nicht zur Disposition gestellt werden dürfen, wenn man sich verpflichtet fühlt, irgendwelche ernstzunehmenden, weil begründbaren Schlüsse aus den vielgestaltigen Tragödien der letzten Jahrhunderte zu ziehen.<sup>211</sup> Men-

211 Es handelt sich also nicht um irgendwelche (dezisionistische, religiöse, metaphysische, durch Gewalt verankerte, performative) Setzungen, die der Begründung enthoben wären, sondern um Normen, die ihre Legitimität im Gegenteil nur durch Begründung gewinnen können. Zur These von normativen Tabus und ihrer Problematik *Mahlmann*, *Elemente* (Fn. 169), 101 ff. m.w.N. Vgl. *Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann/Michael Neumann/Thomas Weitin*, *Säkulare Tabus: Die*

schenrechte und die Institutionen, die ihrer Sicherung auf nationaler und internationaler Ebene dienen, gehören unzweifelhaft dazu.

### *cc) Erkenntnistheorie und Normativität*

Damit kann die Beantwortung der Frage nach dem epistemologischen Status der Rechtfertigung dieser politisch-rechtlichen Ideen angegangen werden. Dies bildet nach, erstens, einer genaueren Bestimmung dessen, was mit einem Rationalisierungsprozess oder einem Vernunftanspruch von Rechtsformen gesellschaftstheoretisch sinnvoll gemeint sein kann und, zweitens, der näheren inhaltlichen Füllung der damit angesprochenen materialen normativen Prinzipien und Fragen ihrer Legitimität den dritten und vorletzten Schritt der Entfaltung der hier diskutierten These.

### *aaa) Begründungsweisen der Rechtsordnung*

Grundlagen des Konstitutionalismus, der spezifischen Form von kosmopolitischer Verfassungsstaatlichkeit der Gegenwart, sind die Orientierung an der Würde des Menschen, ihrer Autonomie, Freiheit und Gleichheit sowie eine spezifische politische Institutionentheorie, die spezifiziert, wie in Anbetracht der existentiellen Lage von Menschen,

Begründung von Unverfügbarkeit, 2015, 145: „Wenn die Menschenwürde als tragendes ‚Konstitutionsprinzip‘ des Rechts ein bloßes Tabu wäre, wäre es um das Begründungspotential des Rechtssystems schlecht bestellt. Und dass der normative Individualismus der menschenrechtlichen Tradition im Geschäft moderner Normenbegründung nicht mehr plausibel infrage zu stellen ist, macht ihn noch nicht zu einer ‚Tabuisierung‘, sondern nur: zu einem guten Argument“. Dabei ist insbesondere zu vermeiden, „evaluative Effekte zu erzielen und dabei Begründungsanforderungen an das Recht zu überspringen“, *Gutmann*, Recht als Kultur? (Fn. 145), 62, z.B. durch Anspielungen auf die Gewalt, die jedem Recht unterliege, auch dem legitimen. Vgl. zu dieser Tradition auch *Mahlmann*, Law and Force (Fn. 116); *ders.*, Der politische Moment der Rechtsphilosophie, RW 8 (2017), 181–220, 218 m.w.N.



ihrer Verwundbarkeit, der Irrtumsanfälligkeit ihres politischen Handelns und der selbstzerstörerischen Kräfte, die menschliche Gesellschaften immer wieder freisetzen, eine Humanisierung der politischen Ordnung, egalitär, solidarisch und Menschen verbindend, erreicht werden kann. Im Hintergrund steht die Annahme, dass gerade die Erfahrungen der Moderne lehren, mindestens diese Konsequenzen aus dem entfesselten und noch entfesselbaren Unheil der Epoche zu ziehen.

Mit diesen Befunden kann die verfolgte gesellschaftstheoretische Frage nach dem möglichen transformierten Sinn eines Rationalisierungsprozesses in der Moderne präzisiert werden: Können diese Werte – Würde, Autonomie, Gleichheit, Freiheit, Solidarität – beanspruchen, vernünftig begründbar zu sein? Wie steht es mit der zugrunde liegenden politischen Theorie? Kann in einem vertretbaren Sinn in Bezug auf diese Entwicklung hin zum skeptisch-aufgeklärten Projekt von Menschenrechtsschutz und Verfassungsstaatlichkeit von einem Rationalisierungsprozess gesprochen werden, nicht im Sinne des Erreichens des Endes jeder wünschbaren Entwicklung, sondern im bescheideneren Sinn einer jedenfalls gegenüber Alternativen der Vergangenheit freieren, gerechteren, humaneren und deswegen besser begründeten Ordnung? Ist der Schutz von Mindestnormen, zu denen die Menschenwürde konstitutiv gehört, tatsächlich in einem epistemologisch respektablen Sinn der rechtlich-politische kategorische Imperativ, den die kritische Aneignung der Geschichte der Moderne formuliert?

Dabei geht es notwendig um universalistische Perspektiven. Wesentliche Elemente des behandelten konstitutionalistischen Entwurfs werden weltweit als Grundbedingungen legitimer politischer Ordnungen angesehen. Menschenrechte und Konstitutionalismus sind kein europäisches oder westliches Privileg. Besonders deutlich ist dies für die den Konstitutionalismus letztendlich motivierenden Grundrechte: Menschenrechtsschutz ist ein universelles Anliegen, das sich in vielen Einzelverfassungen ebenso dokumentiert wie in den der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* nachfolgenden, sie mit rechtlicher Verbindlichkeit erfüllenden, völkerrechtlichen Menschenrechtsverträgen.

Heute wird Relativismus häufig mit liberaler Anerkennung der kulturellen Vielfalt, Sensibilität für eurozentrische Perspektivenverengung, Ablehnung von Kulturimperialismus, dem Ende der Perpetuie-

rung kolonialer Perspektiven und Sinn für die Kontingenz von Legitimationserzählungen verbunden. Gerade rechtspluralistische Perspektiven werden manchmal universalistischen Ansätzen entgegen- und mit der Akzeptanz von und dem Respekt vor vielfältigen Rechtskulturen gleichgesetzt.

Dies ist eine wichtige Debatte. Die Geschichte der Menschenrechte ist eine Geschichte der allmählichen Einbeziehung zuvor ausgeschlossener Menschengruppen – Menschen ohne bestimmtes Mindesteinkommen, Frauen, Versklavte oder religiöse Minderheiten. Eine entscheidende Entwicklung der modernen Menschenrechte bestand in der Überwindung dessen, was man kolonialen Relativismus nennen kann, d.h. die Begrenzung des Menschenrechtsschutzes auf bestimmte Staaten, insbesondere Europas, unter Ausschluss der noch bestehenden Kolonien – aus machtpolitischen ebenso wie rassistischen Gründen.

Diese Haltung prägte sich z.B. in den Diskussionen um eine entsprechende Beschränkung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte<sup>212</sup> oder in der Kolonialklausel der EMRK aus.<sup>213</sup> Es bedurfte mühsamer Auseinandersetzungen, den Menschenrechten gerade universale Geltung zu verschaffen, nicht zuletzt, indem ihre Wirksamkeit auch auf die Kolonien erstreckt wurde, bis die kolonialistischen Strukturen insgesamt überwunden wurden.

Diese Form des kolonialen Relativismus sollte moderne Relativisten interessieren und, mehr als es der Fall ist, beunruhigen, denn das Ergebnis – Menschenrechtsschutz für den Globalen Norden, Relativierung des Menschenrechtsschutzes für den Globalen Süden, beispielsweise aufgrund von „Asiatischen Werten“ – ist vergleichbar.

Es ist im Übrigen ein Missverständnis des Inhalts einer universalistischen Legitimationstheorie, diese für unvereinbar mit der Vielfalt von Rechtskulturen zu halten. Universalismus ist eine epistemologische Theorie, die besagt, dass die Gründe, die etwa für das Recht auf

212 *Johannes Morsink*, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, 1999, 96 ff.

213 Vgl. zur Diskussion in Großbritannien *Alfred W. B. Simpson*, *Human Rights and the End of Empire. Britain and the Genesis of the European Convention*, 2001, 824 ff.

Leben, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung oder Meinungs- und Religionsfreiheit sprechen, unabhängig von dem sozialen, historischen, ethnischen oder religiösen Hintergrund des jeweils urteilenden Subjekts gültig sind. Das Recht auf Leben ist deswegen nicht nur für Menschen in London, sondern auch in Mumbai gut begründet. Das Recht auf sexuelle Integrität ist nicht nur für Männer in New York, sondern auch für Frauen in Nigeria gerechtfertigt. Eine universalistische Legitimationstheorie impliziert dabei nicht, dass faktisch Uniformität der Gerechtigkeitsüberzeugungen bestehe. Die real offensichtlich gegebene, faktische Pluralität kann viele Gründe haben, die in einer kritischen, reflexiven Ethik und Rechts Theorie überwunden werden können – etwa Ideologien, Interessen oder aus unterschiedlichen faktischen Annahmen gewonnene Argumente. Ein Beispiel für die Wirkungsmacht Letzterer ist die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung verschiedener Geschlechter aufgrund behaupteter unterschiedlicher geistiger Fähigkeiten.

Die Pluralität der Rechtskulturen kann aber auch – und hier wird sie produktiv – eine Folge der Fallibilität praktischer Erkenntnis, des Suchens nach besseren Wegen sein. Universalismus als epistemologische Theorie heißt nicht, dass es irgendein Subjekt gebe, das einen privilegierten Erkenntnisanspruch hätte. Menschliche Erkenntnis ist in praktischer wie theoretischer Hinsicht immer nur vorläufig begründet. Vermutlich gibt es relativ wenige Physikerinnen und Physiker, die der Meinung wären, Gravitationswellen bestünden nur aus eurozentrischer Sicht, weil Albert Einstein sie postuliert hatte. Sie nehmen insofern eine universalistische Haltung ein, ohne aber zu bestreiten, dass jede wissenschaftliche Einsicht (auch in Bezug auf Gravitationswellen) widerlegbar bleibt. Das gleiche gilt auch für praktische Fragen. Die These, dass die Theorie der Gravitationswellen universale Gültigkeit besitzt, also für Menschen in Nairobi so einleuchtend ist wie in Genf, impliziert zudem keine Befugnis, sie Physikern mit anderer theoretischer Orientierung aufzudrängen. Entsprechend ist die These des universalistischen epistemologischen Status einer normativen Aussage nicht mit einem politischen (womöglich imperialistischen) Handlungsprogramm verbunden.

Die Vielfalt der Versuche, wesentliche Rechtsideen zu verwirklichen, kann deshalb gerade als Ausdruck einer lebendigen Suche nach Gerechtigkeit verstanden werden, in der kein Akteur beanspruchen kann, die einzige, unbezweifelbare Wahrheit gefunden zu haben – ohne dass damit aber die Idee aufgegeben würde, dass es auch in praktischer Hinsicht wohlbegründete Einsicht gibt und diese in bestimmten Hinsichten schon gewonnen wurde: Die Legitimität einer rechtsstaatlichen Demokratie lässt sich beispielsweise überzeugender begründen als die des *Ancien Régime* oder der Herrschaft einer oligarchischen Parteibürokratie.<sup>214</sup>

Die Antworten auf die Frage nach der Einlösbarkeit des Vernunftanspruchs dieser konstitutiven normativen Ideen hängen vom Begriff der Vernunft ab, der zugrunde gelegt wird. Die Probleme, die die Frage nach dem Inhalt und Sinn eines Vernunftbegriffs aufwirft, sind schwierig, vielfältig und können hier nur in groben Umrissen behandelt werden. Immerhin können aber einige wesentliche Aspekte der Problematik angesprochen werden. Dabei darf das Ziel dieser Überlegungen nicht vergessen werden. Es geht darum, eine bestimmte gesellschaftstheoretische Perspektive auf den demokratischen Verfassungsstaat hinlänglich plausibel zu machen, die mit einem spezifischen Vernunftbegriff operiert.

Ein Anspruch auf Rationalität oder Vernünftigkeit, wie er hier zur Debatte steht, besitzt mindestens zwei wesentliche Aspekte: Erstens wird mit der Idee der Vernunfteinsicht vorausgesetzt, dass es Wahrheit oder materielle Richtigkeit normativer Aussagen überhaupt gibt. Das heißt nicht, dass alle Fragen leicht oder auch nur eindeutig zu beantworten wären. Die Möglichkeit begründbarer normativer Aussagen schließt die Möglichkeit schwieriger Fragen, deren Antwort ungewiss bleibt, keineswegs aus. Auch die Möglichkeit der erfolgreichen Theoriebildung in der Naturwissenschaft bedeutet nicht, dass alle Natur-

214 Vgl. näher *Mahlmann*, Normative Universalism (Fn. 149); *ders.*, Universalism, in: Rainer Grote/Frauke Lachenmann/Rüdiger Wolfrum (Eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2017, <http://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e500?rskey=BK9bYs&result=1&prd=MPECCOL> (30.5.2018).

phänomene erklärbar wären. Der Vernunftanspruch von Menschenrechten und Verfassungsstaatlichkeit setzt also epistemisch nicht mehr und nicht weniger voraus, als dass für Menschenrechte und Verfassungsstaat bessere Gründe sprechen als für andere Ordnungsformen, etwa einen populistischen Autoritarismus, eine Diktatur oder – eine neuere Idee – ein totalitäres Neokalifat.

Zweitens setzt ein Anspruch auf Vernünftigkeit voraus, dass Menschen das epistemische Vermögen besitzen, das Richtige *als Richtiges* zu identifizieren. Das heißt nicht, dass es keinen Irrtum gäbe oder dass einer Wahrheit das Wahrsein auf die Stirn geschrieben stünde. Auch hier ist die Parallele zur Naturwissenschaft hilfreich: Im naturwissenschaftlichen Bereich herrscht zweifellos die Annahme vor, dass Menschen zutreffende Theorien über die Eigenschaften der Welt bilden können, ohne dass dabei vergessen werden müsste, wie gewunden und fehleranfällig der Weg naturwissenschaftlicher Erkenntnis ist. Auch die Früchte vom Baum der naturwissenschaftlichen Erkenntnis sind nicht leicht zu pflücken. Die These von der epistemischen Zugänglichkeit von wahren (begründbaren) Propositionen drückt deshalb nicht mehr als die Vorstellung aus, dass Menschen der Weg zur Einsicht jedenfalls prinzipiell nicht versperrt ist.

Wie kann dieser Vernunftanspruch von normativen Aussagen eingelöst werden? Das Nachdenken über Fragen der Letztbegründung führt zu der Einsicht, dass es kein unbezweifelbares Anzeichen des Wahr- und Richtigseins von Aussagen gibt. Erkenntnis vollzieht sich durch Erkenntnisakte im Denken von Menschen, die immer bezweifelbar bleiben. Die Möglichkeit des Zweifels ist durch menschliches Denken als Modus der Erkenntnis selbst bereits gesetzt. Was bleibt, ist deswegen allein die Frage nach den (nach dem bisherigen Reflexionsstand) besseren Gründen.

Die Prinzipien, auf denen das politische Projekt des Konstitutionalismus basiert, haben nun manche guten Gründe für sich. Dass Menschen einen Selbstweck bilden, ist besser begründbar, als dass man sie als Objekt benutzen kann, z.B. weil man die Macht dazu hat. Gegen Sklaverei beispielsweise sprechen nicht nur lange, traurige, sentiment-

tale Geschichten,<sup>215</sup> sondern Gründe, die aus der Würde versklavter Menschen erwachsen. Freiheit ist aus instrumentellen Gründen – etwa wegen ihrer Bedeutung für die Persönlichkeitsbildung, die rationale Meinungsbildung oder die wirtschaftliche Prosperität – und wegen ihres intrinsischen Wertes für ein freiheitsbedürftiges Wesen, wie es Menschen nach plausiblen anthropologischen Annahmen sind, besser begründet als politisch organisierte und institutionalisierte Unterwerfung.

Gleiches gilt auch für normative Prinzipien etwa der politischen Gerechtigkeit, die für die Begründung der Gleichheit der Rechte aller Menschen, die ein Basisprinzip des Konstitutionalismus bildet, notwendig sind. Gründe dafür, dass die Annahmen, die für die Gleichheit von Menschen in Zürich sprechen, in Mumbai nicht gelten, etwa für die Angehörigen der Kaste der unberührbaren Dalit, sind nicht ersichtlich, jedenfalls keine, die kritischer Reflexion standhielten. Worin sollten diese auch liegen?

Ähnlich steht es mit dem Argument, dass das Zwielficht der Moderne, die Formulierung und partielle Durchsetzung anspruchsvoller Prinzipien der Würde, Freiheit und Gleichheit einerseits und das Bewusstsein der Möglichkeit der praktischen Regression in die Inhumanität, in der Welt der Ideologie und der politischen Praxis andererseits, einen Grund dafür bildet, mit den Institutionen des Menschenrechtsschutzes, des Verfassungsstaates und des internationalen Rechts nicht zu spielen. Gibt es wirklich überzeugendere Lehren aus kolonialistischen Gräueln, Gulag oder Holocaust? Wenn ja – worin genau bestehen sie?

Selbstverständlich gibt es keine letzte Garantie, dass solche Aussagen nicht nur wohl begründet *erscheinen*, sondern tatsächlich wohlbegründet *sind*. Wissen ist fallibles Wissen, wie schon betont wurde, und muss deswegen immer wieder kritischer Reflexion unterzogen werden. Es ist deswegen keineswegs überflüssig, sich immer wieder der Argumente zu versichern, die z.B. gegen Rassismus oder eine religiös

215 So *Richard Rorty*, Human Rights, Rationality and Sentimentality, in: Stephen Shute/Susan Hurley (Eds.), *On Human Rights*, 1993, 111–134, 133.

oder kulturell begründete Minderwertigkeit bestimmter Menschengruppen sprechen.

Wenn man sich ernsthaft auf Erkenntnissuche macht, muss man aber auch immer wieder Gründe *als Gründe* gelten lassen, die gut genug sind, um von ihnen im weiteren Denken auszugehen – ansonsten ist konstruktive Erkenntnis jenseits von in sich kreisendem Zweifel nicht möglich. Man muss bestimmte Gründe auch notwendig für ausreichend gut begründet halten, um Handeln zu motivieren, weil Handlungen und Entscheidungen unausweichlich sind – beispielsweise im Rahmen von politischen Auseinandersetzungen zur normativen Strukturierung von Gesellschaften durch Verfassungsstaatlichkeit.

Wenn von der Vernünftigkeit des Projekts des Konstitutionalismus gesprochen wird, heißt dies also nicht mehr (aber eben auch nicht weniger), als dass nach dem falliblen Stand gegenwärtiger Erkenntnis die normativen Prinzipien und Annahmen der politischen Theorie, die für sein Projekt als konstitutiv identifiziert wurden, durch so gute Gründe gerechtfertigt sind, dass für die Theoriebildung und praktische Politik von seiner Legitimität auszugehen ist. Die Gründe, die für die in diesem Sinne verstandene Rationalität oder Vernünftigkeit von Menschenrechten und Verfassungsstaatlichkeit sprechen, erscheinen nach mehreren hundert Jahren kritischer Reflexion und einer Fülle historischer Erfahrungen mit alternativen Ordnungen dabei sogar so gut, dass alles dafür spricht, mit gerechtfertigtem epistemischen Selbstvertrauen diese politische und rechtliche Form menschlichen Lebens gegen ihre Feinde zu behaupten.

Es steht deswegen nicht zur Debatte, bestimmte Formen des Schutzes von Menschen- und Grundrechten, von Verfassungsordnungen oder des Völkerrechts gedankenfaul zu petrifizieren. Es geht nicht um eine theoretische, epistemisch gegen Kritik immunisierte Ewigkeitsgarantie bestimmter Verfassungsordnungen. Es handelt sich allein darum, bestimmte Grundideen der Ethik, des Rechts und der politischen Ordnung als wohlbegründet zu verteidigen und in diesem Sinne allerdings eine klare, wie jede Aussage widerlegbare, aber bisher nicht widerlegte These zu formulieren: Nach den Erfahrungen der Moderne ist die Utopie von dauerhaft humanen Ordnungen ohne den institutionellen Schutz der Würde von Menschen durch Menschenrechte, ver-

fassungsstaatliche und völkerrechtliche Sicherungen im Rauch über Ausschwitz endgültig zu Nichts verweht.

*bbb) Kontingenz der Vernunftansprüche?*

Die Gegenwart kennt verschiedene erkenntniskritische Strömungen, deren Erkenntnisziel der Aufweis der insbesondere kulturellen oder sozialen Kontingenz von substantiellen Aussagen bildet. Es ist deshalb vielleicht nützlich, darauf hinzuweisen, dass die skizzierten Erkenntnisansprüche auf Begründbarkeit schon deswegen nicht exotisch sind, weil sie auch derartige erkenntniskritische Theorien notwendig erheben, wenn es ihnen auch nicht immer bewusst sein mag. Diese Theorien bewegen sich zwangsläufig im epistemischen Feld, deren Möglichkeit sie kritisieren, deren Relevanz sie durch ihre Praxis aber gerade unterstreichen.

Wenn z.B. Menschenwürde als Diskursformation der Moderne verstanden wird, als eine Selbstbeschreibung eines Systems oder als Ausdruck einer Meistererzählung der bürgerlichen Gesellschaft, dann wird damit eine These formuliert, für die sich erkenntnistheoretisch das gleiche Problem stellt, das gerade erörtert wurde: Warum soll diesem Erkenntnisakt getraut werden? Was zeichnet ihn als Erkenntnisakt aus, warum bildet er keinen Irrtum?

Auch für diese erkenntniskritische Aussage gibt es keine letzte Sicherheit. Sie bildet wie andere Aussagen eine fallible These, die so gut oder schlecht ist, wie die für sie vorgebrachten Gründe.

Die Alternative dazu ist allein eine radikale Selbstrelativierung dieser These, indem sie sich selbst zum Ausdruck einer (kontingenten) Diskursformation der Moderne, als Selbstbeschreibung des Systems, als Kapitel einer Meistererzählung der bürgerlichen Gesellschaft oder Folge des notwendigen blinden Flecks jeder Theoriebildung erklärt. Eine solche Selbstrelativierung ist ohne Selbstwiderspruch aber nicht zu haben: Die Aussage kann sich unter Verweis auf ihre Kontingenz nicht selbst zurücknehmen, denn auch diese selbstaufhebende Aussage würde ja wiederum den Anspruch auf Begründetheit erheben. Was bleibt, ist mithin nur die Suspension jeder Aussage mit Wahrheitsan-



spruch, das Verbleiben aller Propositionen in einer epistemischen Schwebe. Theoriebildung stellt dann höchstens noch eine Art epistemisch nicht ernst gemeintes Beschäftigungsprogramm dar – eine Haltung, die keine vernunftkritische Theorie einnimmt. Die Behauptung der Kontingenz aller Erkenntnis bleibt gemeinhin einen Schritt vor der Anwendung der Kontingenzthese auf sich selbst stehen – und impliziert damit selbst die Begründbarkeit von Aussagen, die hier verteidigt wird.<sup>216</sup>

#### *dd) Erkenntnistheorie und Sozialwissenschaft*

Damit kann der vierte und letzte Schritt des Gedankengangs zur Beantwortung der diskutierten Frage nach der möglichen anhaltenden, wenn auch transformierten Bedeutung der These von Rationalisierungsprozessen in der Moderne, von Vernunftansprüchen der Gesellschaftsgestaltung, gemacht werden: Welche Rolle spielen die bisher festgehaltenen Befunde für die Gesellschaftstheorie? Warum sind die Aussagen zum Gehalt von Rationalität und Vernunft im hier interessierenden Sinne, die Legitimationstheorie von Menschenrechten, Konstitutionalismus und Völkerrechtsordnung sowie ihre epistemologischen Fundamente, relevant für die Sozialwissenschaft?

#### *aaa) Kategorie und Bewertung*

Dazu ist zunächst festzuhalten: Die Bewertung einer bestimmten Rechtsformation, idealtypisch gefasst als rational oder vernünftig, verlässt nicht das sozialwissenschaftliche Terrain. Derartige wertende Kategorisierungen sind auch aus diesen Perspektiven nicht zu vermeiden. Nicht umsonst gehört Webers Rationalisierungsthese zu den großen

216 Vgl. aber zu einer ausdrücklichen Anwendung eines konstruktivistischen Relativismus auf die eigene Theorie *Luhmann*, *Gesellschaft der Gesellschaft* (Fn. 165), 34.

Leithypothesen der Sozialwissenschaft. Auch in diesem Rahmen wird ja ein substantieller Rationalitätsbegriff gebildet und theoretisch fruchtbar gemacht, wobei Zweckrationalität eine zentrale Rolle zukommt. Zweckrationalität kann sinnvoll verstanden werden als die gedanklich kontrollierte Wahl effizienter Mittel zur Erreichung eines gegebenen Zweckes. Entsprechend wird der Begriff bei Weber aufgefasst. Damit ist gleichzeitig eine Wertung vollzogen, nämlich, dass ein solches Effizienzkalkül rational ist, also eine besser begründete Form der Zweckverfolgung bilde als z.B. der prinzipielle Vorrang tradierter Mittel zur Zweckerreichung, auch wenn diese ineffizient sind. Dies ist nicht selbstverständlich, denn man kann sich ein Wertsystem vorstellen, in dem der Traditionswahrung ein höheres Gewicht zukommt als anderen Erwägungen, z.B. zweckrationalen. Ein Mittel ist aus dieser Perspektive vorzuzugwürdig, weil es der Tradition entspricht, etwa, weil es die Ahnen ehrt, nicht weil es am effizientesten ist.

Man kann solche wertende Kategorisierung auch in anderen theoretischen Zusammenhängen auffinden. Die Identifikation einer autopoietischen Struktur (sagen wir – das Recht mit seinem Code und seinen Programmen) etwa als funktional zur Reduktion von Komplexität schließt im Rahmen einer systemtheoretischen Analyse ein Urteil über das Maß der Funktionalität der untersuchten Struktur und damit eine Bewertung ein – nämlich, dass die Struktur das gegebene Ziel erfolgreicher als andere erreicht. Deswegen können aus systemtheoretischer Sicht auch Stufen der Evolution der Funktionalität im rechtsgeschichtlichen Prozess identifiziert werden. Der positives Recht erzeugende und durch Recht erzeugte Verfassungsstaat soll etwa in höherem Maße Differenzierungsleistungen von Gesellschaften ermöglichen als eine feudalistische Ordnung oder der Nationalsozialismus.

Das Problem ist mithin nicht, solche Kategorien wie rational, vernünftig, zweckrational oder systemfunktional zu verwenden, sondern ob sie tatsächlich ein sinnvolles Element der Theoriebildung sind oder gerade nicht.

Damit ist bereits der Problembereich der normativen Orientierung von Sozialwissenschaften berührt, der ein wichtiges Thema seit dem

Werturteils- und Positivismusstreit in der Soziologie geblieben ist.<sup>217</sup> Dabei geht es um schwierige wissenschaftstheoretische Weichenstellungen, die hier nicht im Detail erörtert werden können. Vermutlich wird aber wenigstens unstreitig sein, dass nur eine Sozialwissenschaft, die methodisch diszipliniert, ergebnisoffen und keinen Parteilinien verpflichtet ist, eine Chance hat, ihre Erkenntnisziele zu erreichen und deshalb ernstgenommen zu werden.

Das heißt aber nicht, dass eine normativ agnostische Sozialwissenschaft den wissenschaftstheoretischen Horizont zutreffend absteckt, und zwar aus folgendem Grund: Es ist für das Verständnis von Gesellschaften, um das es in sozialwissenschaftlichen Überlegungen letztendlich geht, eine wichtige Frage, ob eine bestimmte Sozialformation wie eine Rechtsordnung auch aus sozialwissenschaftlicher Perspektive im Lichte einer kritisch reflexiven normativen Theorie wohlbegründet ist oder nicht.

Das wird zwar immer wieder von manchen sozialwissenschaftlichen Theorien der Gegenwart bestritten. Leuchtet das aber ein? Ist eine Begründung von Menschenrechten und Verfassungsstaat aus dem Eigenwert von Menschen, aus Gerechtigkeit und Solidarität und den notwendigen Konsequenzen aus den vielgestaltigen Barbarismen der Neuzeit wirklich nur eine historisch kontingente Erzählung unter vielen, eine funktional hilfreiche Selbstbeschreibung eines autopoietischen Systems, eine bloße machtbegründete Diskursformation und mithin aus dem gleichen epistemischen Stoff gemacht wie diejenigen Ideologien, deren Siegeszug Menschenrechte und Demokratie gerade verhindern sollen? Nehmen solche relativistischen Thesen die Realität

217 Vgl. z.B. *Beck*, Weltrisikogesellschaft (Fn. 197), 412: „Auf welcher Seite stehen wir? Kann man ‚neutral‘ und ‚wertfrei‘ theoretisieren und forschen, wenn die unreflektierten humanen Grundlagen auch der Sozialwissenschaften verneint werden und dieses finale Nein zum Gegenstand soziologischer Theorie und Forschung wird? Man kann über die Basisprinzipien der Moderne nicht theoretisieren und forschen, ohne zu verdammen. Wertfreiheit setzt Wertgeltung, Wertkonsens voraus. Über intendierte und organisierte Katastrophen, Konzentrationslager, Genozide, Terrorattentate kann man nur mit Abscheu forschen – aber kann man dann noch forschen?“.

der Leiden der Opfer dieser Ideologien und was aus ihnen für seriös gemeintes menschliches Denken folgt, ernst genug?

Dass eine Antwort auf normative Fragen erkenntnistheoretisch abgesichert, wenn auch immer fallibel, gegeben werden kann, dass es keineswegs so ist, dass es keine erkenntnistheoretisch valablen Gründe geben würde, sondern normative Begründungen sich zwangsläufig in einem epistemischen Spiegelkabinett von Kontingenzen verlaufen, in dem ein Grund nur das widergespiegelte Abbild eines anderen ist, wurde erläutert. Das führt nicht dazu, dass die Gesellschaftstheorie aufgefordert wäre, Parteiprogramme zu formulieren oder individuelle Benimmregeln zu entwerfen. Es handelt sich nur darum, in Bezug auf bestimmte, z.T. epochale Entwicklungen vor bestimmten (vorsichtigen, falliblen) normativen Urteilen nicht zurückzuschrecken, wenn die Gründe für ein solches Urteil hinreichend stark sind.

Es erscheint jedenfalls schwer verständlich, bestimmte normative Annahmen, z.B. zur Legitimation von Menschenrechten und Demokratie, für gut genug begründet anzusehen, um berechtigt sogar eine friedliche Revolution wie 1989 in der DDR zu wagen (und wer bezweifelt, dass dies der Fall war?), und derartige normative Aussagen gleichzeitig für unzureichend zu halten, um in sozialwissenschaftlichem Rahmen die These zu verteidigen, dass sich in der Überwindung einer oligarchischen Staatsbürokratie ein berechtigter Vernunftanspruch verkörpert.

Im Übrigen mag man noch in dieser Hinsicht durch die methodische Einsicht ermutigt werden, dass am Beginn jeder sozialwissenschaftlichen Forschung bei der Bestimmung sinnvoller Erkenntnisinteressen und zu erforschender Objektbereiche ein Werturteil steht.<sup>218</sup>

218 Vgl. dazu weiter *Weber*, Objektivität (Fn. 30) und o. Fn. 30. Man muss etwa nicht versuchen, eine Gesellschaftstheorie von Menschenrechten und Verfassungsstaat zu entwerfen. Man kann auch andere Fragen verfolgen, etwa soziale Gründe für die Form von Verkehrsschildern untersuchen. Welche Kriterien leiten eine solche Entscheidung?

### bbb) Kritik, Fortschritt und Veränderung

Damit eröffnet sich eine wichtige Erkenntnisperspektive, die die Untersuchung von in Sozialordnungen verkörperten Vernunftformen zu einem zentralen wissenschaftlichen Unterfangen macht, denn nur aus einer solchen Perspektive lässt sich über Fortschritt, aber auch über Krise oder gar Verfall, sinnvoll sprechen. Eine normativ agnostische Perspektive kann nur interesselose Veränderungen festhalten – der Respekt von Grundrechten bedingt dann eine andere Gesellschaftsform als etwa die Nazi-Diktatur, aber aus dieser Perspektive keine bessere, weil es die Kategorie des Besseren sozialwissenschaftlich gar nicht gibt.<sup>219</sup>

Eine solche interesselose Sozialanalyse ist eine unplausible, weil künstlich theoretisch verarmte Position, die erkenntnistheoretisch in Anbetracht der vorstehenden Befunde nicht zwingend ist. Warum sollte Wissenschaft vor Aussagen zurückscheuen, die sinnvoll und möglich sind? Warum sollte sie nicht Fragen stellen, die das eigentliche Interesse der Untersuchung ausmachen?

Der Impetus der Sozialtheorie besteht darin, die gesellschaftliche Dimension menschlicher Existenz zu verstehen und zwar so gründlich, wie es geht. Wenn materiale normative Prinzipien aber begründungsfähig sind, es also Argumente gibt, beispielsweise einen Verfassungsstaat für besser begründet und in diesem Sinne für vernünftiger strukturiert zu halten als eine absolutistische Erbmonarchie, dann gehört auch diese Dimension der Analyse zum Erkenntnisprojekt der Sozialwissenschaften.

Man kann nicht sagen, dass damit eine neue Perspektive erschlossen würde. Diese Bemerkungen sind eher eine Erinnerung an vertraute Erkenntnisinteressen der Sozialwissenschaften, denn die Frage nach dem Sinn der sozialen Zusammenhänge und gesellschaftlicher Ent-

219 Es handelt sich dann etwa bei den Nürnberger Rassegesetzen und ihren Durchführungsverordnungen ebenso wie bei der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* um Beispiele für das „Austesten des Spielraums, den die Autopoiesis für den Aufbau von komplexen Ordnungen freigibt“, worum es in der Evolution autopoietischer Systeme gehe, *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 96), 293.

wicklungen haben die sozialwissenschaftlichen Überlegungen immer wieder entscheidend geprägt. Schon die antike Verfassungstheorie war geleitet von dem Interesse, die Entwicklungen der antiken politischen Ordnungen zu verstehen, aber auch, sie normativ einzuordnen, um Hinweise zu gewinnen, wie die menschlichen Verhältnisse besser geordnet werden könnten.<sup>220</sup> In der Epoche der Konstitution der Sozialwissenschaften als eigenständigen Wissenschaftszweig gilt nichts anderes. Die Sozialtheoretiker des 19. Jahrhunderts von Marx über Comte bis zu Spencer versuchten, den Sinn der sozialen Entwicklung zu entschlüsseln, nicht nur analytisch zu beschreiben, wenn die Vorstellungen vom Sinn der Transformationen von Staat und Gesellschaft im 19. Jahrhundert auch sehr unterschiedlich waren.

Auch die Wirkung von Webers Thesen, die tiefe Faszination, die die Verbindung von Rationalisierung und Entzauberung auf die theoretische Phantasie von Vielen ausübt, ist nicht zu erklären ohne Bewusstsein der humanen Bedeutung dieser Thesen. Weber will eine bestimmte Form der Organisation des menschlichen Lebens verstehen – eine Wirtschaft, die sich an kapitalistischen Produktionsweisen in der spezifischen Form seiner Zeit orientiert, einen Staat mit Gewaltmonopol, der durch eine effiziente Bürokratie Ordnungs- und Gestaltungsfunktionen wahrnimmt, ein Recht, das begrifflich-systematisch durchgebildet wurde und in einem rational beherrschten Prozess interpretiert und angewandt wird, eine Zivilisationsform, in der ein wissenschaftliches Weltbild zu tiefem und abgründigem Wandel des Selbstverständnisses der Menschen geführt hat. Webers Analysen sind die Interpretation und Bewertung dieser spezifischen, menschlichen, sozial vermittelten, historisch gewachsenen Existenzform für eine verstehende Geschichte der menschlichen Zivilisationen – in Bezug auf die Gewinne der Rationalisierung und den Verlust, den die Entzauberung bedeutet.

Gleiches gilt für Gesellschaftsanalysen der Kritischen Theorie. Die Grundthese der Kritischen Theorie lautet, dass das eigentliche menschliche Leben im modernen Kapitalismus verfehlt wird, weil die

220 Vgl. o. Kap. I. 5.

Reproduktion von Subsistenzmitteln, der Mittel zum Leben, in einem ideologisch und kulturell perpetuierten Verblendungszusammenhang, zum Zweck des Lebens geworden sei: „Unter den gegebenen Verhältnissen werden die Glücksgüter selbst zu Elementen des Unglücks“. <sup>221</sup> Diese dem eigentlichen Menschsein entfremdete Lebensform habe tiefe Wurzeln in der Subjektwerdung des modernen Menschen, der Konstitution des Subjekts durch Herrschaftsverhältnisse – epistemisch gegenüber der erkannten Außenwelt und politisch sozial gegenüber anderen Menschen: „Die Gottesebenbildlichkeit der Menschen besteht in der Souveränität übers Dasein, im Blick des Herrn, im Kommando“. <sup>222</sup> Der „eindimensional“ gewordene Mensch habe wesentliche Sinndimensionen in modernen Gesellschaften aus den Augen verloren. <sup>223</sup>

Auch Foucault'sche Machtanalysen kennen derartige Perspektiven. Zwar ist Foucault zurückhaltend, konkrete normative Prinzipien als gerechtfertigt zu identifizieren, weil derartige Perspektiven abhängig von konkreten gesellschaftlichen Formationen seien. Er geht manchmal sogar soweit, die Möglichkeit irgendwelcher Aussagen über eine vorzugswürdige soziale Gestaltung zu bestreiten, weil jede solcher Aussagen selbst notwendig die machtgesättigten sozialen Beziehungen widerspiegle, aus der sie erwachse. <sup>224</sup> Dennoch ist dieser Theorie der Befund von der sozialen Formierung von Subjekten und der Machttechniken, die sie beherrschen, nicht gleichgültig, sondern das Objekt einer Kritik, die eine bessere Alternative zum Kritisierten impliziert, vielleicht begründet durch die menschliche „impatience de la liberté“. <sup>225</sup> Der Einfluss der Foucault'schen Theorie auf die Theorie-

221 *Horkheimer/Adorno*, Dialektik (Fn. 18), 5.

222 *Horkheimer/Adorno*, Dialektik (Fn. 18), 15, s. a. 18, 22, 217.

223 *Herbert Marcuse*, Der eindimensionale Mensch, 1970.

224 Interessant ist etwa seine Auseinandersetzung mit Noam Chomsky zu diesem Thema in: *Noam Chomsky/Michel Foucault*, The Chomsky-Foucault-Debate, 2006, 49 ff.

225 *Foucault*, Lumières? (Fn. 197), 578: „Je ne sais s'il faut dire aujourd'hui que le travail critique implique encore la foi dans les Lumières; il nécessite, je pense, toujours le travail sur nos limites, c'est-à-dire un labeur patient qui donne forme à l'impatience de la liberté“.

bildungen der Gegenwart lässt sich ohne die Bedeutung ihrer Aussagen für das kritische Verständnis des Lebens unserer Epoche, das etwas Besseres als das Kritisierte gesellschaftlich realisieren will, nicht erklären.

Man kann die Reihe solcher Beispiele weiter fortsetzen. Der Befund ist aber schon so klar genug: Es ist eine für die Sozialtheorie wichtige Frage, wie sie eine konkrete Gesellschaftsform in Hinsicht auf eine sinnvolle menschliche Existenz bewertet. Die Probleme, die aufgrund dieses Befundes zu lösen sind, sind weitreichend, nicht zuletzt was eigentlich die Parameter einer solchen sinnvollen menschlichen Existenz bilden sollen und ob man wissenschaftlich zu dieser Frage überhaupt etwas sagen kann. Dass diese Probleme schwer zu lösen und entsprechend strittig sind, ist aber kein Grund, gar nicht erst den Versuch zu unternehmen, sie anzugehen. Das gilt umso mehr, als wesentliche sozialtheoretische Ansätze explizit oder implizit schon Antworten auf diese Fragen formulieren und gerade deswegen ihren Charakter und ihr kritisches Profil gewinnen.

Die Frage nach dem möglichen Vernunftanspruch einer bestimmten Rechtsform wie des Verfassungsstaats hat deswegen nichts Exotisches. Eine Untersuchung dieser Problematik wandelt schlicht auf den Spuren der interessantesten Theorien der Sozialwissenschaften<sup>226</sup> – mit allerdings anderen, eigenen Schlussfolgerungen.

226 Vgl. z.B. *Durkheim*, Soziale Arbeitsteilung (Fn. 55), 78: „Es ist schon Gewohnheit geworden, denen, die die Aufgabe übernehmen, die Moral wissenschaftlich zu studieren, vorzuwerfen, sie seien ohnmächtig, ein Ideal zu formulieren. Man behauptet, daß ihnen ihre Achtung vor einem Faktum nicht erlaubt, es zu überschreiten; sie könnten wohl beobachten, was ist, uns aber keine Verhaltensregeln für die Zukunft zur Verfügung stellen. Wir hoffen, daß dieses Buch wenigstens dazu dienen möge, dieses Vorurteil zu erschüttern, denn man wird in ihm sehen, daß uns die Wissenschaft helfen kann, die Richtung zu finden, in die wir unser Verhalten lenken müssen, und das Ideal zu bestimmen, nach dem wir in dunklem Drange streben. Allein, wir können uns zu diesem Ideal nur erheben, wenn wir die Wirklichkeit beobachten und diese mit dem ersteren nicht verwechseln“. Voraussetzung für diesen Nutzen der Sozialwissenschaften sei allerdings, dass die Menschen überleben wollten, ebd., 79, 302 f.



### *ccc) Kritik und Reform der Gesellschaft*

Neben das auch und gerade in diesem Sinn tiefe Verständnis von Gesellschaftsformationen tritt ein weiteres Erkenntnisinteresse, das bereits in den erörterten Theorien aufgeschieden ist. Ein legitimes Motiv der Sozialforschung liegt in der Hoffnung, dass das Verständnis sozialer Prozesse den Ausgangspunkt einer möglichen Verbesserung der menschlichen Verhältnisse bieten könne, insofern also ein Alternativprogramm zu einem quietistisch-kontemplativen Zynismus der Sozialtheorie (wie immer verpackt) verfolgt werden kann.

Der hier entwickelte Ansatz ist ermutigender als manche Alternativen. Er sieht die menschliche Sozialgeschichte durchaus nicht nur menschlicher Unvernunft, Verdinglichung, Machtstrukturen, Funktionsimperativen oder wie auch immer sublimen Formen der Gewalt ausgeliefert. Die Geschichte hat viele, genauer zu viele, aber nicht nur Katastrophen aufeinandergehäuft. Der Engel der Geschichte sieht nicht nur, „wo eine Kette von Begebenheiten vor *uns* erscheint, (...) eine einzige Katastrophe, die unablässig Trümmer auf Trümmer häuft und sie ihm vor die Füße schleudert“.<sup>227</sup> Eine Spur der sozial wirksam gewordenen, sich in Institutionen und Normen konkret verwirklichten praktischen Vernunft nicht des Weltgeistes, sondern der Menschen als politische Akteure ist in der Sozialgeschichte auffindbar und diesen Befund zu unterstreichen ist von großer doppelter Bedeutung: Erstens wird man anders der vielschichtigen Wirklichkeit der Geschichte nicht gerecht, zu der auch die Hoffnungen, Erfolge und Opfer vieler Menschen gehören. Eine Analyse, die die Geschichte als reine Variation totaler Unterwerfung und Entfremdung rekonstruiert, ist ihrer schwierigen Wahrheit so fern wie eine, die ihre Vielfalt zur Verwirklichung des Guten, Gerechten und Vernünftigen verklärt. Zweitens ist es gerade in einer Zeit, in der Grundlagen der Sozialordnung nicht nur in Frage stehen, sondern von benennbaren Akteuren mit heterogenen, aber identifizierbaren Interessen angegriffen werden, wichtig, so gut

227 Walter Benjamin, Über den Begriff der Geschichte, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, Band 1-2, 1991, 691–704, 697 (Herv. i. Orig.).

es geht zu bestimmen, wozu in einer Sozialordnung eigentlich laut und deutlich *ja!* gesagt werden kann und dies auch durch die Perspektiven einer historisch informierten, erkenntnistheoretisch überzeugend kalibrierten Gesellschaftstheorie plausibel zu machen.

### *ddd) Psychologie und Gesellschaftstheorie*

Ein bemerkenswertes Phänomen der Diskussionen um sozialwissenschaftliche Verständnisse des Rechts sind die merkwürdige Empirierferne und selektive Theorierezeption mancher Ansätze. Das trifft auch auf eine für die hier erörterten Probleme wichtige Frage zu. Interessanterweise gibt es nämlich verschiedene Gründe, anzunehmen, dass begründbare Prinzipien der Gerechtigkeit, der mitmenschlichen Solidarität oder der Achtung der Subjektstellung von Menschen durch ein Instrumentalisierungsverbot empirisch tatsächlich eine Rolle bei der Bildung moralischer Urteile spielen. Ein differenziertes moralpsychologisches Forschungsfeld illustriert dies, wenn zu diesem Forschungsfeld aus der Sicht der praktischen Philosophie, nicht zuletzt der Rechtsphilosophie, auch manches anzumerken ist.

Aus ganz unterschiedlichen Quellen – der Verhaltensökonomik, Moralpsychologie oder Theorie des menschlichen Geistes – stammen beispielsweise sehr vielfältige Hinweise, dass sich Menschen faktisch an plausiblen moralischen Grundpositionen von Gerechtigkeit und Sorge um das Wohl anderer orientieren oder deontologische Instrumentalisierungsverbote beachten.<sup>228</sup> Dieser Befund ist für das Verständnis der Sozialgestaltung von offensichtlicher Bedeutung. Diese Ergebnisse werden zwar auch in Hinblick auf durchaus wichtige Fragen kontrovers diskutiert und manche empirische Studie wirft Fragen ihrer theoretischen Konzeption und Interpretation auf. Es gibt deshalb verschiedene Versuche, diese Befunde in ein theoretisches Gerüst zu bringen, das einige Schwierigkeiten zu bewältigen hilft. Ein Beispiel dafür ist die mentalistische Ethik und Rechtstheorie, die die Idee einer

228 Vgl. bereits oben die Nachweise Fn. 106; 107.

subjektiven normativen Urteilskraft für die praktische Philosophie und Rechtstheorie zu rehabilitieren versucht.<sup>229</sup> Insgesamt spricht jedenfalls sehr viel dafür, dass die Annahmen zur radikalen Kontingenz normativer Überzeugungen schlecht mit dem moralpsychologischen Erkenntnisstand vereinbar sind.

Diese Entwicklung sollte die Sozialwissenschaft und gerade auch die Rechtssoziologie nachdrücklich interessieren, wobei an manche wichtige Diskussion der Vergangenheit angeknüpft werden kann.<sup>230</sup> Die Untersuchungen zur psychologischen Mikroebene stützen nämlich ein Bild, das aus Sicht der praktischen Philosophie wenig überraschend ist und das man auch aus der Geschichte gewinnen kann, näm-

229 Vgl. z.B. *Noam Chomsky*, *Language and Problems of Knowledge: The Managua Lectures*, 1988, 152; *Matthias Mahlmann/John Mikhail*, *Cognitive Science, Ethics and Law*, in: Zenon Bankowski (Ed.), *Epistemology and Ontology*, 2005, 95–102; *John Mikhail*, *Elements of Moral Cognition: Rawls' Linguistic Analogy And The Cognitive Science Of Moral And Legal Judgment*, 2011; *ders.*, *Chomsky and Moral Philosophy*, in: James McGilvray (Ed.), *The Cambridge Companion to Chomsky*, 2017, 235–254; *Matthias Mahlmann*, *Rationalismus in der praktischen Theorie: Normentheorie und praktische Kompetenz*, 2009; *ders.*, *Ethics, Law and the Challenge of Cognitive Science*, *German Law Journal* 8 (2007), 577–639; *ders.*, *Mind and Rights* (Fn. 107); *Gilbert Harman*, *Using a Linguistic Analogy to Study Morality*, in: Walter Sinnott-Armstrong (Ed.), *Moral Psychology, Vol. 1: The Evolution of Morality: Adaptations and Innateness*, 2004, 345–352; *Erica Roedder/Gilbert Harman*, *Linguistics and Moral Theory*, in: John M. Doris and the Moral Psychology Research Group (Eds.), *The Moral Psychology Handbook*, 2010, 273–296; *Ray Jackendoff*, *Language, Consciousness, Culture: Essays on Mental Structure*, 2007, 277; *Susan Dwyer*, *Moral Competence*, in: Kumiko Murusagi/Robert Stainton (Eds.), *Philosophy and Linguistics*, 1999, 169–190; *Marc D. Hauser*, *Moral Minds: How Nature Designed our Universal Sense of Right and Wrong*, 2006. Zu einer jüngeren Kritik vgl. z.B. *Michael S. Pardo/Dennis Patterson*, *Minds, Brains, and the Law: The Conceptual Foundation of Law and Neuroscience*, 2013, 12 ff., 63 ff., insbesondere aufgrund der externalistischen These, dass aus begrifflichen Gründen „unbewusstes Regelfolgen“ unmöglich sei. Zu dem zugrunde liegenden Konzept der Regelbefolgung von Wittgenstein, vgl. *Mahlmann*, *Rationalismus* (Fn. 229), 121 ff.

230 Vgl. etwa die ältere sozialpsychologische Gerechtigkeitsforschung im Überblick, z.B. *Tom R. Tyler/Robert J. Boeckmann/Heather J. Smith/Yuen J. Huo*, *Social Justice in a Diverse Society*, 1997, 11 ff.; *Klaus F. Röhl*, *Die Gerechtigkeitstheorie des Aristoteles aus der Sicht sozialpsychologischer Gerechtigkeitsforschung*, 1992.

lich die Annahme der sozialpsychologischen Realität der Anziehung- und politischen Gestaltungskraft von Ideen der Würde, Freiheit und Gleichheit.

#### *ee) Praktische Vernunft und Rechtszivilisation*

Damit sollte die zur Debatte gestellte These vom möglichen Sinn einer gesellschaftstheoretisch gefassten Rationalisierung von Recht im Sinne eines Begriffs nicht instrumental verengter praktischer Vernunft für die Interpretation der Rechtsformen der Gegenwart und der dargelegten weitreichenden Herausforderungen deutlich geworden sein. Die konkrete rechtszivilisatorische Bedeutung dieser Befunde soll nun abschließend bedacht werden.

#### *aaa) Legitimität und Stabilität*

Zwei grundlegende Fragen zur Bildung von Gesellschaften wurden im Zuge der Überlegungen in Erinnerung gerufen: Die erste richtet sich auf die Bedingungen von gesellschaftlicher Integration überhaupt, die zweite auf die Art der Integration, insbesondere ihre spezifische normative Strukturierung. Sie lauteten deshalb: Warum bilden sich menschliche Gesellschaften? Und: Warum bilden sie sich in der spezifischen, immer normativ bestimmten Art, die menschliche Sozialordnungen auszeichnet?

Die Formen menschlichen Zusammenlebens in der Humangeschichte sind außerordentlich vielfältig – von den Sozialstrukturen von Jägern und Sammlern bis zur Pharaonenherrschaft, von der spartanischen Kriegerherrschaft bis zum demokratischen Verfassungsstaat. Viele politische Ordnungen haben auch weitaus länger bestanden als bisher die demokratischen Entwicklungen der Moderne. Gesellschaften lassen sich mithin als langfristig stabile Ordnungen durchaus auch in Formen integrieren, die plausiblen Legitimationsmaßstäben einer kritischen Reflexion nicht standhalten.

Ein Spezifikum menschlicher Gesellschaftsbildungen ist aber, dass es in ihnen nicht nur um eine irgendwie gelingende funktionale Integration geht, sondern um eine Gesellschaftsbildung, die sich an Legitimationsmaßstäben überhaupt orientiert. Damit ist der gesellschaftlichen Integration das Potential (nicht die teleologische Notwendigkeit) der normativen Transformation von Sozialordnungen eingeschrieben, die die allmähliche kritische reflexive Aneignung begründeter Normen in der Gesellschaftsgestaltung nachvollzieht. Menschliche Gesellschaften sind keine Ameisenhaufen, in denen sich die Kooperation in instinktgeleiteten, unveränderlichen Bahnen bewegt. Menschliche Gesellschaften kennen die Möglichkeit und permanente Realität der kreativen Selbsttranszendenz, deren reflexive Antriebskräfte nicht zuletzt ihre Suche nach Gerechtigkeit freisetzt.

Die These von Weber, dass die Legitimität einer Ordnung eine Bedingung ihrer Stabilität sein kann, ist in diesem Zusammenhang weiter einige Aufmerksamkeit wert. Diese These kann man mit sozialtechnologischem Interesse zur Kenntnis nehmen, weil sie die Bedeutung der Kultivierung eines Legitimationsglaubens von Gewaltunterworfenen unterstreicht.<sup>231</sup>

Man kann sie aber auch in einem weniger offensichtlichen Sinne weiter reflektieren: Wenn reflexiv geprüfte Legitimitätsüberzeugungen nicht beliebigen politischen Organisationsformen gelten können, dann lassen sich menschliche Gesellschaften auf Dauer nicht in allen möglichen Formen *gleichermaßen einfach* stabil integrieren, weil nicht jede gleich gut begründbare Legitimität beanspruchen kann. Kooperation kann aus dieser Perspektive nicht in völlig beliebigen Formen ohne weiteres dauerhaft erreicht werden – jedenfalls unter den Bedingungen einer reflexiven Moderne –, sondern in letzter Instanz nur, wenn gerechtfertigte normative Prinzipien wenigstens zu einem Mindestmaß eingelöst werden.

Damit wird also konkret die These aufgestellt, dass Menschen in einer demokratischen Ordnung, die Menschenrechte respektiert, eher in ihrer Haut stecken als in einer Diktatur – eine These, die die Idee

231 Weber, Soziologie (Fn. 58), 189 ff., 207 f., 210 f., 449 ff.

der Möglichkeit unentfremdeten Lebens, wie immer beschränkt verwirklicht, nicht aufgibt. Die sanfte Anziehungskraft der gerechten Ordnung ist ein Faktor *faktisch gelingender* gesellschaftlicher Integration. Gerechtigkeitsprinzipien sind dabei nicht durch andere Inhalte ersetzbar. Bloße wechselseitige Interessenverwirklichung, der Irrationalismus imaginärer Gemeinschaften, existentieller Dezisionismus, charismatischer Autoritarismus oder andere nicht-normativ kalibrierte Integrationsmechanismen sind nicht ausreichend, um Gesellschaften zusammenzuführen. Gerechtigkeit hat langfristig kein funktionales Äquivalent, um politische Ordnungen stabil und belastbar zu bilden.<sup>232</sup>

- 232 Vgl. *Matthias Mahlmann*, Recht und Gerechtigkeit in der europäischen Integration, in: Stefan Kadelbach/Klaus Günther (Hg.): *Europa: Krise, Umbruch und neue Ordnung*, 2014, 177–198, 186 f. Diese Idee hat tiefe Wurzeln in der Ideengeschichte. Drei Beispiele: *Immanuel Kants* Prinzipien einer gesicherten internationalen Friedensordnung bilden nicht nur eine normative Theorie, sondern hofften durch die normative Strukturierung der Staatenwelt reale soziale Wirkungen zu erzielen, eben eine stabile Friedensordnung, vgl. z.B. *ders.*, Zum Ewigen Frieden, Akademie Ausgabe VIII, 367: Eine Vielfalt von Staaten ist besser als „eine die andere überwachende und in eine Universalmonarchie übergehende Macht, weil die Gesetze mit dem vergrößerten Umfange der Regierung immer mehr an ihrem Nachdruck einbüßen, und ein seelenloser Despotismus, nachdem er die Keime des Guten ausgerottet hat, zuletzt doch in Anarchie verfällt“. Ähnliches gilt für verschiedene Vertreter der Kritischen Theorie. Die Analyse des Nationalsozialismus hatte ein erklärtes Ziel: „Was wir uns vorgesetzt hatten, war tatsächlich nicht weniger als die Erkenntnis, warum die Menschheit, anstatt in einen wahrhaft menschlichen Zustand einzutreten, in eine neue Art von Barbarei versinkt“, *Horkheimer/Adorno*, Dialektik (Fn. 18), 1. Auch *Habermas'* Idee der verständigungsorientierten Lebenswelt ist eine, die soziale Anomien real verhindern kann, vgl. *ders.*, Theorie des kommunikativen Handelns (Fn. 156), Band 2, 486: „In dem Maße wie, nach den übereinstimmenden Analysen von Mead und Durkheim, Kultur, Gesellschaft und Persönlichkeit auseinanderfallen, wie die Geltungsbasis verständigungsorientierten Handelns die sakralen Grundlagen der sozialen Integration ersetzt, entsteht ein, von den Strukturen der Lebenswelt suggerierter, gleichsam transzendentaler, die bürgerliche Ideologie bestimmender und übersteigender Vorschein einer posttraditionalen Alltagskommunikation, die auf eigenen Füßen steht, die der Eigendynamik verselbständigter Subsysteme Schranken setzt, die die eingekapselten Expertenkulturen aufsprengt und damit den kombinierten Gefahren der Verdinglichung wie der Verödung entgeht“. Als letztes Beispiel sei an die Perspektive der *Rawls'schen* Gerechtigkeitstheorie erinnert, in der sich die

Wenn man annimmt, dass praktische Vernunftmaßstäbe eine entscheidende Rolle dabei spielen können, zu bestimmen, welche Ordnungsvorstellung langfristig Legitimität gewinnt, die Idee von Demokratie und Menschenrechten also nicht nur ein Unfall der Geschichte ist, ist man in keiner Weise irgendwelchen Kalendergeschichten des Fortschritts verpflichtet. Die Entstehung und Erhaltung solcher Ordnungen sind im Gegenteil durch nichts garantiert. Wie die Geschichte illustriert, spielen viele Faktoren dafür eine Rolle, in welcher Form sich eine Gruppe von Menschen assoziiert. Dazu gehört die Unterstützung der Ordnung aufgrund der Erfüllung materieller Bedürfnisse ebenso wie religiöse Ideen, die Unterdrückung von Meinungen und sozialen Handlungsformen oder das Erzwingen von Konformität durch Drohung oder Anwendung von Gewalt – bis zum diktatorischen Terror. Autoritäre Systeme ohne Respekt vor der Freiheit und Gleichheit von Menschen können auch siegreich aus der Geschichte hervorgehen. Der letzte Atemzug der Menschheit wird vielleicht unter einem autoritären Joch ausgehaucht werden.

Die Annäherung an reflexiv gesicherte normative Prinzipien erhöht damit nur, aber *immerhin*, die *Chance* der unerzwungenen, eine politische Ordnung frei tragenden Stabilität, die aus der Legitimität entspringt, die kein bloßer Glauben, sondern eine mit epistemischem Recht gewonnene Überzeugung schafft.

### *bbb) Erhaltungsbedingungen einer Rechtszivilisation*

Dieser Befund führt zu der nächsten sehr wichtigen Problematik, die einleitend angesprochen wurde: Was sind die Bedingungen dafür, dass international eingebundene, grundrechtsorientierte Verfassungsordnungen entstehen und belastbar stabil bleiben, nicht zuletzt dadurch, dass es ihnen gelingt, die Zustimmung der in ihnen assoziierten Men-

Gesellschaft als „union of social unions“ gerade deshalb erhält, weil Menschen sich Gerechtigkeitsprinzipien als Teil ihres eigenen Lebensentwurfs aneignen, vgl. *ders.*, *Theory of Justice* (Fn. 182), 434.

schen immer wieder neu zu gewinnen, gerechtfertigten Rechtsvorstellungen also auch zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen? Oder umgekehrt gefragt: Was ist der Grund für die Anziehungskraft der Ideen, die solche Ordnungen erschüttern, in einer Welt „où de médiocres pouvoirs peuvent aujourd’hui tout détruire, mais ne savent plus convaincre, où l’intelligence s’est abaissée jusqu’à se faire la servante de la haine et de l’oppression“?<sup>233</sup>

Gerade die Gesellschaftstheorie sollte bei der Suche nach Antworten nicht hinter die fundamentale Einsicht der Moderne zurückgehen, dass das bewegende Subjekt menschlicher Geschichte keine immanente Teleologie, transzendenten Mächte, kein unauslotbares Schicksal und keine unüberwindbaren sozialen Funktionsmuster sind, sondern dass die Wurzel der Geschichte in den menschlichen Subjekten selbst liegt. Es sind menschliche Subjekte, die am Ende Entscheidungen treffen, die zum Ursprung sozialen Handelns werden, das sich zu sozialen Strukturen verdichten oder ihren Wandel einleiten kann – von der Schaffung einer internationalen, institutionell verwirklichten Menschenrechtskultur bis zur antidemokratischen Transformation einer Verfassungsordnung.

Damit wird nicht naiv einer Allmacht des Subjekts das Wort geredet. Das in der Tat in vieler Hinsicht „stahlharte Gehäuse“ sozialer Verhältnisse wird in keiner Weise übersehen. Die Erhaltung einer zivilisierten Rechtsordnung der genannten Art hat deswegen viele Voraussetzungen, die das soziale Handeln von Subjekten bedingen. Vorgefundene ökonomische und politische Machtstrukturen spielen ebenso eine Rolle wie Art, Menge und Verteilung von materiellen Gütern der Gesellschaft, weithin geteilte, sich perpetuierende ideelle Parameter und Glaubenssysteme, Religionen, internationale Einflüsse und Krisen, ökologische Problemlagen und ihre Konsequenzen oder die spezifischen Strukturen der öffentlichen Auseinandersetzung. Nicht zuletzt sind die Folgen von Gewalt und Krieg von großer Bedeutung: Not, Verzweiflung, Hass und Ausweglosigkeit sind ein fruchtbarer Boden für politischen Wahn aller Art. Es ist etwa völlig abwegig, bei Überle-

233 *Albert Camus, Discours de Suède* [1958], 1997, 19.



gungen zu den Möglichkeiten, eine irgendwie erträgliche Gesellschaft in Syrien aufzubauen, nicht den vielfältigen Folgen des Krieges eine zentrale Rolle einzuräumen – vom Hunger, der herrscht, bis zu den Todfeindschaften, die die Opfer für lange Zeit geschaffen haben und die viele, vielleicht schon zu viele Handlungsmöglichkeiten beseitigt haben.

Diese Strukturen sind aber nicht das Produkt ominöser Gewalten, sondern werden durch soziales Handeln von Individuen realisiert, das durch diese Strukturen nicht einfach determiniert wird. Man kann auf die Schrecken von Kriegen mit mehr Gewalt, aber auch mit (verzweifelten) Versöhnungsbemühungen reagieren. Damit werden die Bedingungen der subjektiven Selbstbestimmung im sozialen Feld und eben auch der Vernunftorientierung menschlicher Subjekte zur sozialwissenschaftlich interessanten Kategorie.

Das gilt auch für eine rechtsstaatliche Grundrechtsdemokratie. Die innere Haltung von Menschen zu ihrem Leben, zur Gemeinschaft und seinen Institutionen ist nicht umsonst als eine politische Bedingung der Erhaltung von Rechtszivilisationen erkannt worden: „Written constitutions or legal charters have no real binding force, if they are not the expression of a constitution that is written in the citizens’ minds. Without this moral support the very strength of a state becomes its inherent danger“.<sup>234</sup>

Einige weitere Grundelemente des Forschungsprogramms sozialwissenschaftlicher Analysen können deshalb ebenfalls einen klären-

234 *Ernst Cassirer*, *The Myth of the State* [1947], 1974, 76. Eine klassische Formulierung eines verwandten Gedankens findet sich bei *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation [1967], wiederabgedruckt in: *ders.*, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1991, 92–114, 112 f. Zur breiten Diskussion um das ‚Böckenförde-Diktum‘, *Dreier*, *Staat ohne Gott* (Fn. 200), 208, der die Sentenz (überzeugend) als „Problemanzeige“ liest: „Sie verweist mit Nachdruck auf die prekären Legitimationsgrundlagen in einer vielfach gespaltenen, pluralen modernen Gesellschaft, zu deren Integration der Staat nicht länger – wie das jahrhundertlang durchaus der Fall war – auf das einigende Band einer allen gemeinsamen Religion sowie andere einheitsbildende Faktoren wie etwa die Sakralität der Herrschaft oder eines dominanten Nationalstolzes zurückgreifen kann“.

den Beitrag leisten, das Problem der Erhaltungs- und – ebenso wichtig – Zerstörungsbedingungen von Menschenrechten und Demokratie zu lösen und damit der Beantwortung „der faustischen Frage, was eine Gesellschaft, was einen Staat eigentlich im Innersten zusammenhält“, näher zu kommen.<sup>235</sup> Dabei wird heute – wie allerdings wohl auch schon in der Vergangenheit – die Einbindung in eine internationale Ordnung eine wichtige Problemdimension bilden.

Dazu gehört etwa eine *Interessenkritik*, die Fragen stellt nach denjenigen, deren Interessen durch entsprechende, demokratiefeindliche und menschenrechtsskeptische politische Strömungen verwirklicht werden und nach den Interessen derjenigen, denen umgekehrt das Projekt eines demokratischen Verfassungsstaates und einer internationalen Rechtsordnung dient. Auch eine *Ideologiekritik* ist wichtig, die die Frage klärt, in welchem gedanklichen Rahmen etwa die Wurzeln der autoritären Alternativen zu solchen Ordnungen zu suchen sind, woher sich Verachtung von Rechts- und Verfassungsstaatlichkeit, von Grundrechten und bestimmten internationalen Ordnungsideen speist. Eine *Mentalitätskritik* kann die Frage klären, welche Mentalitäten die Bedingungen dafür sind, dass solche Ideologien auf einen fruchtbaren Boden fallen und vielleicht sogar zur Ursache von massenhaften Mobilisierungen werden. Von großer Bedeutung ist schließlich eine *Rationalitäts- und Vernunftkritik*, wie sie hier wenigstens angedeutet wurde, die untersucht, was menschliche Rationalität und menschliche Vernunft eigentlich ausmacht und ob etwas dagegen spricht, sich auf

235 Dreier, Staat ohne Gott (Fn. 200), 208. Er hält zutreffend fest (210): „Das Problem zu erkennen ist freilich sehr viel einfacher, als Lösungen zu benennen, also die erkannte Leerstelle zu füllen. Es schon nicht ganz leicht, einigermaßen genau anzugeben, was eine freie Gesellschaft eigentlich als ‚Sozialkapital‘ oder an Integrationsfaktoren benötigt, um nicht von schleichender Anomie und dem Zerfall in partikuläre Einheiten bedroht zu sein. Eine vollständige Antwort auf diese Frage könnte wohl (wenn überhaupt) nur eine der hohen Komplexität moderner Gesellschaften adäquate Sozialtheorie bieten, die ebenso praxis- und erfahrungsgesättigt wie soziologisch und politisch informiert zu sein hätte“.

das Projekt, die Möglichkeit eines praktischen Vernunftbegriffes zu verteidigen, nachdrücklicher einzulassen.<sup>236</sup>

Dabei geht es nicht nur um ein epistemologisches Arkanum. Es deutet nämlich einiges darauf hin, dass eine epistemologisch unbegründete, die wirklichen Einsichten, die die Geschichte skeptischen Denkens bereit hält, gerade nicht rezipierende Vernunftkritik eine offene Flanke in die Verteidigungslinien derjenigen gerissen hat, die ein bestimmtes Niveau normativ anspruchsvoller, institutionell verkörperter praktischer Vernünftigkeit nicht unterschreiten wollen.

Die vorstehenden, wenn auch nur umrisshaften Bemerkungen haben hoffentlich deutlich gemacht: Die Idee einer an Gerechtigkeit orientierten, grundrechtsgebundenen, international konzipierten demokratischen Rechtsordnung ist auch aus dem Blickwinkel einer aufgeklärten kritischen Sozialwissenschaft nicht nur ein kontingentes Narrativ, eine Selbstbeschreibung eines Systems, die eine Weile Bedeutung haben mögen, erbaulich für die, die in sie verstrickt sind, die aber keinen Anspruch auf Rechtfertigung über den zufälligen historischen und kulturellen Rahmen hinaus erheben können, der sie vergänglich und in historischer Perspektive ephemer geboren hat. Diese Idee ist im Gegenteil Ausdruck belastbarer, wenn auch fallibler praktischer Erkenntnis ohne naive Letztbegründungsphantasien, für die die epistemische Widerstandskraft praktischer Urteile gegen konstruktiven Zweifel die Alternative zu Tautologien, Begründungsabbruch und infinitem Begründungsregress markiert. Die Rechtfertigungsfähigkeit dieser Rechtsidee verkennt eine Rechtszivilisation nur um einen hohen Preis.

236 Vgl. aus rechtsphilosophischer Sicht *Mahlmann*, Der politische Moment (Fn. 211).



## IV. Rechtssoziologie als Teil der Rechtswissenschaft

Die Rechtssoziologie als *pars pro toto* sozialwissenschaftlicher Perspektiven auf das Recht ist mithin eine notwendige Bedingung einer methodisch akzeptablen Rechtspraxis. Sie ist eine Voraussetzung für ein wissenschaftliches Verständnis von Recht. Eine rechtssoziologische Analyse von Recht ist konstitutiver Teil einer Gesellschaftstheorie, die gleichzeitig eine Reflexion der Moderne bildet. Eine zentrale Rolle spielt dabei der Anspruch, fallibler praktischer Vernunft zu realer Wirkung zu verhelfen, der im Recht durch Menschenrechte, demokratischen Verfassungsstaat und eine völkerrechtliche Ordnung, die es mit der Würde der Menschen ernst meint, in einem Teilbereich der Gesellschaftsorganisation eingelöst werden kann. Das ist nicht das Ganze, aber immerhin ein Element widerständiger Gerechtigkeit, das auch für andere Gesellschaftsbereiche kritische Maßstäbe bereithält.

Bei diesen Perspektiven und Forschungsfeldern fehlt es der Rechtssoziologie offensichtlich nicht an Fragen, die ihre Zukunftsfähigkeit garantieren. Dies gilt für ihre praktische Dimension, dies gilt für ihre Erkenntnisinteressen, die das wissenschaftliche Grundverständnis von Recht betreffen, und das gilt auch für diese am Ende angesprochenen und ganz grundlegenden Fragen der Gesellschaftstheorie, die nicht nur ein akademisches Spiel sind, sondern die Voraussetzung dafür, rechtszivilisatorische Kernerrungenschaften zu erhalten, die zum besseren Erbe der zutiefst zwiespältigen Epoche der Moderne (und nicht nur dieser Epoche) gehören. Um die Zukunft der Disziplin muss man sich mithin keine Sorgen machen, gerade in internationaler Perspektive, allerdings vielleicht schon um den intellektuellen Rang einer Rechtswissenschaft, die diese Perspektiven aus den Augen verliert.



Prof. Dr. Matthias Mahlmann

## Curriculum vitae

Geboren am 4. Juli 1966  
1988–1994

Studium der Rechtswissenschaften und Philosophie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, der London School of Economics und der Freien Universität Berlin

1994

Erstes Juristisches Staatsexamen

1998

Promotion

1999

Zweites Juristisches Staatsexamen

1999–2007

Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Wissenschaftlicher Assistent, Fachbereich Rechtswissenschaft, Freie Universität Berlin  
Habilitation (Lehrbefähigung für die Fächer Öffentliches Recht, Europarecht, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie)

2005

Seit 2005

Visiting Professor, seit 2007 Recurrent Visiting Professor, Central European University (CEU), Budapest, Ungarn

2006/07

Lehrstuhlvertretungen Professur für Öffentliches Recht, Europarecht, Bildungsrecht, Universität Bielefeld und Professur für Öffentliches Recht und Europarecht, Freie Universität Berlin

2007

Heisenberg-Stipendium der Deutschen Forschungsgemeinschaft

2007, 2016

Visiting Professor, Faculty of Law, Hebrew University, Jerusalem, Israel

Seit 2008	Lehrstuhl für Rechtstheorie, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Zürich, Schweiz
2012	Visiting Professor, Georgetown University Law Center, Washington D. C., USA
Seit 2014	Lehrstuhl für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Zürich, Schweiz
2017	Bok Visiting International Professor, University of Pennsylvania Law School, Philadelphia, USA

## Funktionen und Mitgliedschaften

Seit 2002	Mitglied des European Network of Independent Experts in the Field of Non-Discrimination, EU Kommission
2010–2018	Mitglied der Ethikkommission der ETH Zürich, Schweiz
2011, 2015	Bestellung durch den schweizerischen Bundesrat in die Eidgenössische Ethikkommission für Biotechnologie im Ausserhumanbereich
2011–2012	Mitglied der Arbeitsgruppe „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“ des deutschen Wissenschaftsrats
Seit 2011	Vorstandsmitglied der Vereinigung für Recht und Gesellschaft, seit 2015 im geschäftsführenden Vorstand
Seit 2012	Panel Member, European Research Council (ERC)
2013–2017	Präsident der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie
2014–2016	Mitglied des Forschungsrats des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der Wissenschaften
Seit 2014	Präsident des geschäftsleitenden Ausschusses des Instituts für Juristische Grundlagen <i>lucernaiuris</i> , Universität Luzern, Schweiz
2017	Panel Member, Excellence Initiative, Deutsche Forschungsgemeinschaft

## Ausgewählte Veröffentlichungen

- Rationalismus in der praktischen Theorie – Normen und praktische Kompetenz, Baden-Baden, Nomos, 1999, 2. Auflage 2009.
- Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, Baden-Baden, Nomos, 2008.
- Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Baden-Baden, Nomos, 2010, 5. Auflage 2018.
- Konkrete Gerechtigkeit, Baden-Baden, Nomos, 2014, 4. Auflage 2018.
- Verfassungsrechtliche Handlungsoptionen der Regulierung der Gentechnologie, Zürich, Dike, 2017.

- Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt, *Europarecht* 46 (2011), 469–486.
- Le Chariot* – Bemerkungen zu den Grundlagen des Rechts, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 131 (2012), 123–144.
- Human Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 370–396.
- Hölderlin und die Tragödie der Freiheit, in: Andreas Kilcher/Matthias Mahlmann/Daniel Müller-Nielaba (Hg.), *Fechtschulen und phantastische Gärten*, Zürich, vdf, 2013, 171–196.
- The Good Sense of Dignity: Six Antidotes to Dignity Fatigue in Ethics and Law, in: Christopher McCrudden (Ed.), *Understanding Human Dignity*, *Proceedings of the British Academy* 192, Oxford, Oxford University Press, 2013, 593–614.
- Conditioned Hierarchies of Law in Europe – Content, Legitimacy and Default Lines, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2012/2013, Zürich, Schulthess, 2013, 395–414.
- Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung, *Aktuelle Juristische Praxis* 9 (2013), 1307–1320.
- Vielfalt der Religionen, Einheit der Gleichheit? in: Juliane Kokott/Ute Mager (Hg.), *Religionsfreiheit und Gleichberechtigung der Geschlechter*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 3–34.
- Der politische Moment der Rechtsphilosophie, *Rechtswissenschaft* 8 (2017), 181–220.
- Mind and Rights: Neuroscience, Philosophy, and the Foundations of Legal Justice, in: Mortimer N.S. Sellers (Ed.), *Law, Reason, and Emotion*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 80–137.
- Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?, in: Frank Saliger/Young-Whan Kim/Shing I Liu/Christos Mylonopoulos/Keiichi Yamanaka/Yongliu Zheng/Juarez Tavares/Osman Isfen (Hg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht*, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, 267–281.
- Normative Universalism and Constitutional Pluralism, in: Iulia Motoc/Paulo Pinto de Albuquerque/Krzysztof Wojtyczek (Eds.), *New Developments in Constitutional Law. Essays in Honour of András Sajó*, The Hague, Eleven International Publishing, 2018, 271–295.