

### 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

<sup>74</sup> 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 Verwaltungsrechtswissenschaft, Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, 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 Verwaltungsrechtswissenschaft 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 Würtenberger, 1962, 126 ff., 128: „Auch die schöpferische Findung freien Rechts bedarf also rechtssoziologischer Begründung. Da nun, wie sich nachweisen lässt, die Findung freien Rechtes 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 Rechtsstatsachenforschung 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 Gespinst 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 tiefen 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 Sanktionsierung 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, <sup>4</sup>1989, 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 einzige 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 irrite 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 Verpflichtung von Akteuren, in bestimmter Weise zu handeln, eine spezifische 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 wichtige, intersubjektiv zugängliche Erkenntnis bildet. Ein Rechtssoziologe, 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 unklar sei, was mit „Verpflichtung“ hier gemeint sei, würde eine überflüssige Erkenntnishürde errichten.

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

Recht ist dabei auf normative Prinzipien wie Gerechtigkeit bezogen, 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* darauf 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 XVIII<sup>e</sup> siècle le sol de la pensée classique, – alors on peut bien parler, 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, einer 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 Hintergrundnahmen 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 autopoietschen 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 Machträgern), 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 geschlossenen 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 „spielpertheoretische Verhaltengleichgewichte, die von moralischen Präferenzen aufrechterhalten und durch sprachlich repräsentierte Normen koordiniert werden“, *Stefan Magen*, Zur naturalistischen Erklärung rechtlicher Normativität. Ein Grundriss, in: *Grafl-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; Sikking, 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 unge nau 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 naturwüchsige 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 affiniert“.

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 Senzten 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-elite 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 Dezelany/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 Wräse, Recht und soziale Praxis – Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie, in: Michelle Cottier/Josef Estermann/Michael Wräse (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, Rassensegregatior 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 aufzugehen 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], 3<sup>1970</sup>, 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 Grundrungenschaften 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 Be- trachtung 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 Machtssphäre, 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; *Hyean 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 prägten.<sup>137</sup>

Von besonderem Interesse ist dabei eine Soziologie der Menschenrechte. Die Menschenrechte werden zu Recht als ein Charakteristikum der Rechtsepoke 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 Graff-Peter Callies/Peer Zumbansen, Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law, 2010.

136 Vgl. dazu etwa das laufende SNF-Forschungsprojekt von *Tilmann 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 aufgegeben

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; *Helmut Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013, gerade in Bezug auf die Staatsrechtslehre als „soziale Wissenschaftsgemeinschaft“, ebd., 7.

145 Vgl. dazu kritisch *Klaus F. Röhle*, 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 Konstituenzien der Gesellschaft bilden.<sup>154</sup> Bei Weber ist Recht wesentlicher Teil des Rationalisierungsprozesses der okzidentalnen 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 einge-reiht wurde.“.

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

körperlich, von deren normativen Ressourcen die Legitimität des Rechts wesentlich zehrt und die das Recht seinerseits gegen die Unterwerfung durch Macht und Geld schützt.<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 mächtfestigende 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 okzidentalnen 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 Rehbinder, 4<sup>1987</sup>, 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 universalgeschichtlicher Bedeutung erscheine.<sup>164</sup>

Die Grenzen solcher auf bestimmte Kulturreiche 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 Denkbarkeit 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 Rechtsepoke 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 rekonstruie-

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 einlösbar 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 aufgeschienen 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 Überbauphenomenen, autopoietischen Reproduktions-

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 Rottelechner*, 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 Machtssicherung 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. Verfassungsoziologie 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 Gipelpunkt 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 legitimationstheoretische 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 rechtsssoziologischen 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 Forstschreiten 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 Rottlenthner, 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 sichere 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 gegebenfalls 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 Hölderlin.

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 erkennen, 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 nüchterner 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 nach-nietzscheanischen 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-

ternativen 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 Sens 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 verfehlten 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 Verfassungsidee: 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 abzuschirmen. Genauso wie auf Demokratie ist die Verfassungsidee 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 juridische 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 Rechtsepoke, 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 schöngestigte 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 konstituationalisierten<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 Verfassungsidee 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, Louzidou 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 bemerkenswerte 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 existenzielles 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 rechtscivilisatorischen 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 Gewalten teilung, *checks and balances*, Rechtsstaatlichkeit, justizialer 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 einzige 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 erübrig 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-)marxistische 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 Linearitätsglau-  
ben 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 Selbstaflösung 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 aufzuspüren, erfaßt 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 Vernunftanspruch 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 Unbehaufttheit, 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 münden, 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 verzweifelten 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 Formssprache 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 weggeschlossen 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 Selbstauslieferung an Habgier, Herrschsucht und Grausamkeit, der Herrschaft eines schäbigen Teufels, in der der Täter selbst am Ende zum Opfer seiner Untaten wird – wohlgerne 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 Unbehauustheiten 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 konzisensten 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 Zwielicht 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 Eiapoepia 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, „evalutive 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 Relativismen 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 Rechtstheorie 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 beständen 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 wohlgrundete 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 Vernunftseinsicht 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.ouplaw.com/vie/w/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 Parallel 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 gelöst 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 Selbstzweck 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, sentimentale

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.

Gleichermaßen 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 Zwielicht 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 wohlbegrundet *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 wohlbegündet 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 Auschwitz endgültig zu Nichts verweht.

### *bbb) Kontingenz der Vernunftansprüche?*

Die Gegenwart kennt verschiedene erkenntnikritische 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 erkenntnikritische 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 erkenntnikritische 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 zu kommt. 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 trudierter 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 vorzugswürdig, 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 wohl begründet 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 autopoiетischen Systems, eine bloße machtbegrundete 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 verdammten. 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 interesselos 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 verste hende 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 ersten 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 gerade in diesem Sinn tiefe Verständnis von Gesellschaftsformationen tritt ein weiteres Erkenntnisinteresse, das bereits in den erörterten Theorien aufgeschienen 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 verwirklichen den 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: Ersstens 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 Empirieferne 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 Murasagi/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 Anziehungs- 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 ge-rechtfertigte 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 tiefen 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 Universalmönarchie übergehende Macht, weil die Gesetze mit dem vergrößerten Umfange der Regierung immer mehr an ihrem Nachdruck einbüßen, und ein seelenloser Despotism, 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 auseinandertreten, 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 verselbständiger Subsysteme Schranken setzt, die die eingekapselten Expertenkulturen aufsprenget 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 immameute 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 fruchtbare 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 Rechtscivilisationen 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], wiederaufgedruckt 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 jahrhundertelang 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 schlechender Anomie und dem Zerfall in partikulare 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 ephememer 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).

