

I. Gesellschaft und Reflexion

1. *Wissenschaft und soziale Welt*

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

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

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

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

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

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

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

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

gal studies“ und andere Begrifflichkeiten jedenfalls in wesentlichen Teilen erfasst werden.⁴

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

2. Drei Perspektiven auf das Recht

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

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

4 Vgl. *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, ³2017, § 3, für einen Überblick.

gebenes Regulierungsziel mit den Mitteln des Rechts erreicht werden kann.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Politische Herausforderungen an die Gesellschaftstheorie

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

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

7 Vgl. etwa die Problemfassung von *Oliver Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, 1–49, 3, wonach es um Erwartungen gehe, die an die Bearbeitung von Recht gestellt würden: „Was also leistet die Wissenschaft bei der Behandlung des Rechts? Leistet sie das Richtige? Unterscheidet sie sich hinreichend von anderen Akteuren, die Recht erzeugen und anwenden (Legislative, Judikative, Exekutive), die Recht instrumentell anwenden (Individuen, Wirtschaft) oder wissenschaftlich beobachten (Politologen, Historiker, Soziologen)?“. Skeptisch zu einem substantiellen Wissenschaftsbegriff *Marietta Auer*, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*. Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, 2018, 15. Zur Debatte, wie die Rechtswissenschaft wissenschaftstheoretisch verankert werden kann, z.B. im Überblick *Matthias Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, ⁵2018, § 34.

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

a) *Der Sieg von Menschenrechten und Konstitutionalismus?*

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

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

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

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

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

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

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

b) Rechtsstaatsdämmerung?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) *Die neue Politik des Irrationalismus*

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

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

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

d) *Konstitutionalismus und Globalisierung*

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

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

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

e) *Fin de partie?*

Fünftens: Die Angriffe auf den demokratischen Verfassungsstaat erfolgen vor dem Hintergrund weitreichender fundamentaler Herausforderungen, die klassische Probleme der Sozialgeschichte neu formulieren. Dazu gehören etwa die zu einem Leitthema gewordene soziale Ungleichheit,¹³ andauernde Armut in vielen Teilen der Welt, kriegerische Auseinandersetzungen, die sozialen Folgen technologischer Innovation, heute etwa durch Digitalisierung, oder die Migrationsbewegungen. Die Weltwirtschaft wird durch fragile Strukturen gekennzeichnet, die sogar die Frage nach einer teuer gekauften Endzeit des „demokratischen Kapitalismus“ aufgeworfen haben.¹⁴ Manche Probleme, wie die fortdauernde, aus der Sicht von manchen sogar verstärkte atomare Bedrohung¹⁵ oder der Klimawandel, stellen darüber hinaus sogar die Existenzform der Menschen insgesamt in Frage. Demokratisch legitimierte, rechtlich stabil verfasste, auf internationale Kooperation angelegte politische Ordnungen, die in eine politische Kultur eingebettet sind, in der Gründe noch zählen, scheinen in Anbetracht dieser Lage von zentraler Bedeutung zu sein, um Lösungen dieser Probleme zu finden – jedenfalls wenn man die Fähigkeit eines politisch irrationalen, nationalistisch konfrontativen Autoritarismus, auch wenn er eine demokratische Fassade besitzt, für beschränkt hält, diese Herausforderungen zu meistern.

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

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

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

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

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

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

4. Die Leitfrage

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 18 Vgl. z.B. *Max Horkheimer/Theodor W. Adorno*, Dialektik der Aufklärung, 1969; *Zygmunt Bauman*, Modernity and the Holocaust, 1989, als jüngeres Beispiel für die These, instrumentelle Rationalität ohne moralischen Kompass sei der Kern der Ursachen der Katastrophe der Shoah: „The conditions propitious to the perpetration of genocide are thus special, yet not all exceptional. Rare, but not unique. Not being an immanent attribute of modern society, they are not an alien phenomenon either. As far as modernity goes, genocide is neither abnormal nor a case of malfunction. It demonstrates what the rationalizing, engineering tendency of modernity is capable of if not checked and mitigated, if the pluralism of social powers is indeed eroded – as the modern ideal of purposefully designed, fully controlled, conflict-free, orderly and harmonious society would have it“, ebd., 114.
- 19 Vgl. *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft – Herrschaft, MWG I/22-4, hg. von Edith Hanke, 2005, 679: „(D)ie charismatische Verklärung der ‚Vernunft‘ (die ihren charakteristischen Ausdruck in ihrer Apotheose durch Robespierre fand), ist die letzte Form, welche das Charisma auf seinem schicksalsreichen Wege überhaupt angenommen hat“.

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

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

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

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

21 Vgl. dazu unten Fn. 197.

22 *Jürgen Habermas*, Der philosophische Diskurs der Moderne, ⁴1993, 10 f., hält zutreffend fest, dass die Frage, ob die „Modernisierungsvorgänge nicht mehr als Ra-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Erbschaften der Geschichte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 31 *Max Weber*, Zur Lage der bürgerlichen Demokratie in Rußland, in: *ders.*, Zur Russischen Revolution von 1905, MWG I/10, hg. von Wolfgang J. Mommsen, 1989, 86–280, 269.
- 32 *Joseph Conrad*, Heart of Darkness [1899], 1995. Zum Auf und Ab der Interpretation gerade nach *Chinua Achebes* einflussreicher Kritik, *ders.*, An Image of Africa, The Massachusetts Review 18 (1977), 782–794, im Überblick *Andrew Francis*, Postcolonial Conrad, in: J. H. Stape (Ed.), The New Cambridge Companion to Conrad, 2015, 147–159. Vgl. auch *Cedric Watts*, ‚A Bloody Racist‘: About

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diese Probleme haben einen weiten Resonanzraum in der Reflexion über humane Gesellschaften, da sie eine Grundfrage an das Leben von Menschen in Gemeinschaften aufgreifen. Zur Illustration dafür kann an ein leitendes Erkenntnisinteresse Platons erinnert werden. Platon hat eine Theorie einer gerechten politischen Ordnung entworfen, die in ihren normativen Kernaussagen keine Zustimmung verdient. Er hat dabei auch – wie prominent unterstrichen wurde³⁷ – eine anspruchsvolle gesellschaftstheoretische, soziologische Analyse formuliert, auf die noch zurückzukommen sein wird. Die zentrale und bis heute unbeantwortete Frage Platons lautet dabei: *Wie muss eine gerechte Ordnung beschaffen sein, dass sie nicht aufgrund innerer Kräfte, die sie selbst freisetzt, zerfällt?*

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

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

37 Karl Popper, *The Open Society and its Enemies*, Vol. I, ⁵2003, 35 ff. zu Platons „descriptive sociology“.

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

theorie des Rechts, die politisierende Kathederpredigten vermeiden möchte.

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

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

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

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

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

6. *Methode und Sprache*

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

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

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

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

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