



Würzburger Vorträge
zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie
und Rechtssoziologie

55

Matthias Mahlmann

Widerständige Gerechtigkeit

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



Nomos Verlag

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Horst Dreier
und Dietmar Willoweit

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

Heft 55

Matthias Mahlmann

Widerständige Gerechtigkeit

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



Nomos

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

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

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

1. Auflage 2018

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

ζητοῦσι δ' ὅλως οὐ τὸ πατριον ἀλλὰ τὰγαθὸν πάντες¹

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

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