

Entgrenzte Bukowina. Was ist und leistet Recht in einer normpluralistischen Perspektive?

Ein Blick in die gegenwärtigen Debatten der Kultur- und Sozialwissenschaften zeigt eine disziplinenübergreifende Aufmerksamkeit gegenüber dem Zusammenhang von Normativität und Pluralität. Dieses Phänomen ordnet Gunnar Folke Schuppert in seinem im vergangenen Jahr erschienenen Buch »Governance of Diversity« gesellschaftlich ein: »Moderne Gesellschaften sind plurale Gesellschaften, was zwangsläufig bedeutet, dass der Umgang mit Pluralität ein Zentralproblem moderner, insbesondere freiheitlich-demokratischer Gesellschaften darstellt« (2017, 44). Als zunehmend relevanter Unterfall des gesellschaftlichen Umgangs mit Pluralität erweise sich der Umgang mit *normativer* Pluralität. In einer sich pluralisierenden Gesellschaft

wächst der Plural der Normen, die das soziale Miteinander betreffen. Es gelte diesbezüglich, Antworten zu finden, wie sich diese Pluralität sozial verarbeiten lasse.

Unter den pluralen Normativitäten, die die Gesellschaft prägen, spielt das *Recht* eine spezifische Rolle. Seine Bedeutung wurde in philosophischen, juristischen, sozial- und kulturwissenschaftlichen Beiträgen der jüngeren Zeit verstärkt unter der Fragestellung wahrgenommen, welche Funktion das Recht für das gesellschaftliche Zusammenleben habe – bisweilen auch kritisch gewendet, welche Rolle das Recht gesellschaftlich spielen *sollte* (und welche nicht). Diese Fragen sind freilich außerordentlich voraussetzungs- voll. Der vorliegende Beitrag will

Judith Hahn, geboren 1978 in Offenbach, Prof. Dr. theol., Lic. iur. can., Studium der Katholischen Theologie und der Kanonistik in Frankfurt, London und Münster, Professorin für Kirchenrecht an der Ruhr-Universität Bochum. Neuere Veröffentlichungen: Church Law in Modernity. Toward a Theory of Canon Law between Nature and Culture, Cambridge University Press: Cambridge (erscheint 2019); Ernst-Wolfgang Böckenförde's Approach to Natural Law as Normative Legal Ethics, in: Oxford Journal of Law and Religion 7 (2018), 28–50; God on Trial. Approaching a Forensic Theology based on Theodicy Reasoning, in: Ego, Beate u. a. (Hg.), Theodicy and Protest. Jewish and Christian Perspectives, Leipzig 2018, 249–266; Das kirchliche Richteramt. Rechtsgestalt, Theorie und Theologie, Wingen: Essen 2017; »Not in Heaven«. What the Talmudic Tale on the Oven of Akhnai may Contribute to the Recent Debates on the Development of Catholic Canon Law, in: Oxford Journal of Law and Religion 6 (2017), 372–398.

GND: 140550208

DOI: [10.18156/eug-2-2018-art-2](https://doi.org/10.18156/eug-2-2018-art-2)

daher einige ihrer Voraussetzungen klären.

An erster Stelle steht eine Annäherung an das Phänomen des Rechts im Feld des pluralen Normativen (1). Ich will der Frage nachgehen, was Normativität im Allgemeinen und im Speziellen die Normativität ausmacht, die wir Recht nennen. Ein weiterer aktueller Debattenstrang nimmt die plurale Normativität als *normative* Herausforderung wahr (2). Unter dem Stichwort der »Verrechtlichung« der Gesellschaft, die man wertfrei beschreiben oder gesellschaftskritisch verwerfen kann (beide Ansätze finden sich in der rezenten Juridismus-Debatte), findet gegenwärtig eine Auseinandersetzung darüber statt, warum das Recht den Plural der gesellschaftlich relevanten Normativitäten dominiere. Dies wiederum wirft die Frage nach der rechtlichen Reaktion auf Pluralität auf. Sie wird in den aktuellen Beiträgen vor allem in einer Engführung behandelt, die auf die staatliche *Governance* pluraler Normativität fokussiert, wie sie sich zum Beispiel in der staatlichen Behandlung religiös begründeter Ansprüche in der Gesellschaft abzeichnet. Dass diese Überlegungen über den staatlichen Umgang mit Pluralität die Rolle von Staatlichkeit selbst thematisieren, zeigt, dass die Debatte um Recht und Pluralität nicht nur rechts-, sondern auch staats- und demokratietheoretische Implikationen hat.

Dass diese Aspekte kaum abzudecken vermögen, was an Themen anklängt, wenn von Normativität und Pluralität die Rede ist, ist dadurch zu rechtfertigen, so meine ich, dass es mir schwerpunktmäßig darum geht, zur Klärung der Bedeutung von Recht in der Gegenwartsgesellschaft beizutragen. Meine Ausführungen verstehe ich dabei als eine Einladung zur ethischen Reflexion, nicht aber selbst als Stimme in der ethischen Debatte.

Erklärungsbedürftig mag erscheinen, warum sich eine Kanonistin mit dieser Thematik beschäftigt. Der Zusammenhang ist leicht erklärt. In einer Kirche, die sich als rechtlich organisierte Gemeinschaft versteht (*Lumen gentium* 8), die sich zugleich aber – nicht zuletzt aufgrund ihrer Globalität – als eine plurale Gemeinschaft darstellt, ist der Umgang mit normativer Pluralität ein Kernproblem. Der Kanonistik stellt sich daher die Frage, welche Funktion Kirchenrecht für die kirchliche Gemeinschaft hat – und ebenso welche es haben könnte oder sollte. Mit Blick auf den Rechtsbegriff ist zu klären, in welchem Sinne vom Kirchenrecht als Recht zu sprechen ist. Ist Kirchenrecht echtes Recht und hängt die Beantwortung dieser Frage von seiner Vergleichbarkeit mit staatlichem Recht ab? Ebenso stellen plurale Normativitäten in der Kirche selbst normative Herausforderungen dar. In einer verrechtlichten Kirche (»Rechtskirche«) drängt sich das Recht im Plural der

Normativitäten in den Vordergrund – doch mit welchen Folgen? Und wie in den Debatten um einen staatlichen Umgang mit Pluralität die Rolle von Staatlichkeit zum Thema wird, so zeigen die Debatten um den amtskirchlichen Umgang mit Pluralität unübersehbar auf die Amtskirche und die Grenzen ihrer Autorität (Lacey/Oakley 2011). Das alles soll vorliegend jedoch *kein* Thema sein. Mein disziplinäres Interesse am Normpluralismus tritt an dieser Stelle zurück hinter grundsätzliche Überlegungen zum Recht unter den Bedingungen pluraler Normativitäten.

⇒ 1 Die Pluralität der Normativität

Auch wenn allenthalben von Normativität und Pluralität die Rede ist, ist keineswegs leicht zu beantworten, was mit der Pluralität des Normativen gemeint ist. Ein Blick in die an diesem Themenkomplex interessierten Wissenschaften zeigt an, dass normative Pluralität auf mehreren Ebenen bearbeitet wird. Exemplarisch verdeutlicht dies eine Schwerpunktsetzung des Frankfurter Exzellenzclusters »Die Herausbildung normativer Ordnungen«, das im Förderzeitraum 2012-2017 dem Forschungsfeld »Die Pluralität normativer Ordnungen: Konkurrenz, Überlagerung und Verflechtung« spezifische Aufmerksamkeit widmete. Pluralität, so indiziert diese Themenstellung, muss im Fall von Normen als konfliktiv und konkurrenzial verstanden werden, aber ebenso als ein Zueinander pluraler Normativitäten in Ergänzung oder Interdependenz.

⇒ 1.1 Normkonkurrenzen

Die Pluralität von Normativität zeigt sich in Normkonkurrenzen innerhalb derselben funktional differenzierten Systeme, wenn zum Beispiel aus verschiedenen Rechtsordnungen gewonnene Ansprüche miteinander kollidieren. Altbekannt und vieldiskutiert sind hierbei zum Beispiel Konflikte zwischen dem Recht von Staaten und dem von Religionsgemeinschaften. Dies verdeutlicht unter anderem ein aktuelles Beispiel, das sich dem »Israeli Democracy Index« von 2016 entnehmen lässt. Im Rahmen der Befragungen wurde jüdischen Israelis die Frage gestellt, wie sie sich im Fall eines Widerspruchs zwischen dem jüdischen Religionsrecht und staatlichem Recht verhalten würden (Heller u. a. 2016, 83-85). Zwar gaben durchschnittlich nur 28 % der Befragten der Halacha den Vorrang, hingegen 64 % dem staatlichen Recht. Allerdings ist nach religiösen Gruppen zu differenzieren. Während 97 % der ultraorthodoxen Befragten der Halacha einen Vorrang

zusprachen, taten dies nur 6 % der säkularen Jüdinnen und Juden. Die Antworten anderer Gruppen, der religiös-zionistischen, traditionell-religiösen und traditionell-nichtreligiösen Gruppen rangierten zwischen diesen Werten. In der Mitte des Spektrums fast ausgewogen die Antworten der traditionell-religiösen Befragten; sie votierten zu 40 % für einen Vorrang des religiösen, zu 44 % für einen Vorrang des säkularen Rechts. Dieses Ergebnis ist bemerkenswert; immerhin legt es nahe, dass die Mitte der jüdisch-israelischen Gesellschaft über die Frage, ob religiösem oder säkularem Recht ein Primat zukomme, unentschieden ist.

Unter arabischen Israelis gaben sogar 48 % dem religiösen Recht den Vorzug, nur 44 % dem staatlichen. Die politische Situation arabischer Israelis hat offenkundig zur Folge, dass das israelische Recht im arabischen Teil der Bevölkerung mit Legitimitätsproblemen zu kämpfen hat, religiöses Recht eher Anerkennung findet. Auch dieses Ergebnis ist zu differenzieren. Während muslimische Befragte überwiegend dem religiösen Recht den Vorrang gaben (56 %), sprachen sich christliche (62 %) und drusische Befragte (56 %) mehrheitlich für das säkulare Recht aus. Je religiöser sich die Befragten einschätzten, umso eher gaben sie an, im Konflikt dem religiösen Recht zu folgen.

Dass die israelische Gesellschaft, in der sich Religiosität und Ethnizität teils auf problematische Weise amalgamieren, bezüglich des Konflikts zwischen staatlichem und religiösem Recht einen Sonderfall darstellt, ist die eine Sache. Hieraus zu schließen, dass Konflikte zwischen staatlichem und religiösem Recht in anderen sich verstärkt säkularisierenden westlichen Gesellschaften abklingen, ist gleichwohl eine Fehleinschätzung. Dies zeigen für Deutschland aktuelle Studien über rechtlich ausgetragene Konflikte über Religion und ihren rechtlichen Status in der Gesellschaft. Astrid Reuter hat als Religionswissenschaftlerin in diesem Feld in den vergangenen Jahren Grundlagenarbeit geleistet (Reuter/Kippenberg 2010; Reuter 2014; Willems u. a. 2016). Ich werde später noch auf ihre Arbeit zu sprechen kommen. Zu diesen klassischen Konflikten zwischen staatlichen und religiösen Rechtsansprüchen gesellen sich unter den Bedingungen der Globalisierung auf der trans- und internationalen Ebene zunehmend Spannungen zwischen nationalem Recht, Völkerrecht, internationalem Handelsrecht und Vertragsrecht. Von massiven »Regime-Kollisionen« (2006) sprechen Andreas Fischer-Lescano und Gunther Teubner.

Die gewählten Beispiele könnten die Vermutung nähren, dass normative Pluralität sich auf das Feld des Rechts beschränkte oder sich immer auf ein- und dasselbe Funktionssystem bezöge – das aber ist nicht der Fall. Bei Normkonkurrenzen ist ebenfalls an Kollisionen

normativer Vorstellungen zu denken, die unterschiedlichen Funktionssystemen entstammen, beispielsweise wenn moralische Normen mit rechtlichen Normen in Konflikt geraten.

⇒ 1.2 Normverflechtungen

Wie sich normative Pluralität im Konflikt zwischen Normen aus denselben oder unterschiedlichen Funktionssystemen zeigen kann, so wird sie ebenso deutlich in der *Verflechtung* von Normativitäten. Hier gilt es den Fall zu besprechen, dass Normen innerhalb derselben funktional differenzierten Systeme in Beziehung treten. Als Vater der Idee, dass Normordnungen auch dann eine harmonische Ordnungswirkung zu entfalten vermögen, wenn sie Normen unterschiedlicher Herkunft miteinander verbinden, gilt vielen bis heute Eugen Ehrlich, dessen Beobachtungen zum lebendigen Recht der Bukowina als Pionierarbeit des Rechtspluralismus gelten. Ehrlich, der bis 1914 in Czernowitz forschte, beobachtete in der ethnisch pluralen Bukowina ein buntes Zusammenspiel diverser Rechtstraditionen, die die Rechtswirklichkeit prägten – von formalisierten staatlichen Gesetzen bis hin zu partikularen mündlich tradierten Rechtsgewohnheiten. Rechtsnormen ergäben sich also nicht nur aus Büchern, notiert Ehrlich. Das Recht sei auch in seiner Form weitaus pluraler, als es moderne Kodifikationen insinuierten. So seien »die Rechtsverhältnisse [...] so unvergleichlich reicher, mannigfaltiger, wechselvoller [...], daß schon der bloße Gedanke es [das Recht] in einem Gesetzbuch auszuschöpfen, eine Ungeheuerlichkeit wäre« (1989, 411).

Ehrlichs Beobachtungen waren für die Rechtssoziologie, als einer deren Begründer er heute gilt, ungeheuer einflussreich. Und sie sind bleibend aktuell. In rechtlich-normativer Hinsicht leben wir alle in der Bukowina, die zunehmend, wie Gunther Teubner notiert, als »Globale Bukowina« (1996) zu verstehen ist. Die Pluralität von Normativität führt zur Verflechtung von Normativitäten – und dies inzwischen in globalem Maßstab.

Ehrlichs Überlegungen beziehen sich freilich auf Normen in ein- und demselben Feld, in seinem Fall dem des Rechts. Doch auch normative Vorstellungen aus unterschiedlichen Funktionssystemen interagieren miteinander. Jüngst hat Christoph Möllers in seiner vielbesprochenen Publikation über »Die Möglichkeit der Normen« darauf hingewiesen, dass die Antwort der Systemtheorie, die mithilfe der Systemgrenze eine scharfe Trennung der diversen Normativitäten – des Rechts, der Moral, der Religion etc. – markiert, nicht durchgängig überzeuge. Eine Schwäche des systemtheoretischen Denkens sei

nämlich seine Unfähigkeit, »hybride Formen von Normativität« (2015, 440) zu erfassen.

Mit diesem Hinweis will Möllers nicht gegen die Theorieleistung funktionaler Differenzierung argumentieren, wohl aber meint er betonen zu müssen, dass Normativität eine komplexe Angelegenheit sei, und vor allem in ihrer Pluralität komplexer sei, als es in der Systemtheorie erscheine. Entgegen der systemtheoretischen Annahme, dass sich Normen durchgängig eindeutig einem bestimmten Funktionssystem zuordnen ließen, existierten auch solche Normen, die sich dieser klaren Einordnung entzögen, insoweit sich »in ihnen Recht, Moral und Effizienzorientierung amalgamieren« (2015, 441). Funktionssysteme erwiesen sich in dieser Hinsicht also als weit weniger selbstreferentiell, als von der Systemtheorie behauptet: »Die Behauptung, das Recht entscheide, was zum Recht, die Politik, was zur Politik gehört, unterstellt eine Verselbstständigung der Funktionssysteme, die sich so an vielen hybriden Phänomenen nicht beobachten lässt« (ebd.). Dies illustriert Möllers anhand der Menschenrechedebatte, die rechtliche, politische und moralische Diskurse kreuze und hierbei diverse Normativitäten ineinandersetze:

Es kann passieren, dass die moralische Autorität einer Menschenrechtsnorm nur dadurch entsteht, dass sie durch Rechtsform vermittelt wird. Einen solchen Fall können wir nur mit Hilfe der Unterscheidung zwischen Recht und Moral angemessen beschreiben. Aber wir können ihn nicht einfach dem Rechtssystem zuordnen oder uns damit begnügen, dass das Rechtssystem moralische oder politische Gehalte inkorporiert. [...] Ebenso wenig ist es ergiebig, religiöse politische Bewegungen *entweder* der Politik oder der Religion zuzuordnen – *oder* Religion aus Gründen der Diskurshygiene aus dem Bereich der Politik verbannen zu wollen (2015, 441-442).

Während Möllers letztgenannter Hinweis (ohne ihn direkt zu zitieren) offenkundig Jürgen Habermas' Selbstkorrektur spiegelt, religiösen Beiträgen zu öffentlich-politischen Debatten einen Wert zuzuerkennen (Habermas 2005, 36), geht es Möllers selbst nicht um die hiermit berührte Ebene der Legitimation von Grenzüberschreitungen. Vielmehr ist er allein an der normtheoretischen Feststellung interessiert, dass Normen in bestimmten Fällen faktisch Systemgrenzen überwinden. Über Normen in angemessener Weise zu reden, müsse daher in manchen Fällen bedeuten, deren Systemgrenzen sprengende Hybridität ernst zu nehmen.

Möllers folgert hieraus für die an Normativität und deren Pluralität interessierten Wissenschaften:

Die Erforschung sozialer Normen sollte soziale Differenzierung zur Kenntnis nehmen, aber sich nicht vor hybriden Praktiken und unklaren Befunden fürchten. Es ist gerade der Clou einer komparatistisch arbeitenden Normentheorie, dass sie nicht nur wie die strukturfunktionalistische Soziologie nach Gemeinsamkeiten zwischen Funktionsdifferenzen sucht, sondern auch nach Phänomenen, in denen die Funktionsgrenzen in Frage stehen (2015, 442-443).

Die Behauptung, einen Plural an Normativitäten aus unterschiedlichen Funktionssystemen überhaupt unter den gemeinsamen Normbegriff fassen zu können, ist angesichts dieser Überlegungen im Grunde überraschend. Möllers versteht es als »keineswegs zwingend, für Normen unterschiedlicher Provenienz, für rechtliche, religiöse, ästhetische, politische und moralische Normen oder für im engeren Sinn soziale Normen wie Umgangsformen, einen gemeinsamen Begriff, nämlich den der ‚Norm‘ einzuführen« (2015, 11). Dass sich gleichwohl unter dem Begriff der Norm institutionell erzeugte Normen und aus der Moral, Etikette, sozialer Praxis, Gewohnheit und Brauchtum gewonnene Normen miteinander vereinen, wird auch von Brian Tamanaha mit Erstaunen wahrgenommen, der feststellt: »The thick social normative stew has many ingredients« (2017, 196).

Tamanahas Bild vom Normeneintopf ist anschaulich, um das Nebeneinander normativer Vorstellungen aus unterschiedlichen Quellen zu beschreiben. Zugleich verweist der Autor, indem er die Pluralität von Normativität als *Eintopf* (und nicht als klare Suppe mit diversen Einlagen) beschreibt, in ähnlicher Weise wie Möllers darauf, dass die Ingredienzien von Normativität sich so miteinander verbinden, dass sie nicht durchgängig leicht voneinander zu scheiden sind. Dass sie dergestalt nur einen selbstreferentiellen Widerhall innerhalb eines jeweiligen Funktionssystems haben, ist zumindest nicht ausnahmslos wahrscheinlich. Normativitäten überlappen. Dies wirft erstens die Frage auf, was alle Normativitäten eint, so dass man sie in einem Eintopf findet. Alsdann ist zweitens zu klären, wie man Normen unterschiedlicher Provenienz voneinander abgrenzen kann.

⇒ 1.3 Was eint plurale Normativitäten?

Die Frage nach dem, was allen Normen gemeinsam ist, beantwortet Möllers aus normtheoretischer Sicht durch Verweis auf die Möglichkeitsstruktur von Normen. Normen seien »positiv markierte Möglichkeiten« (2015, 14). Sie zeigten an, dass etwas möglich sei, dass Realitäten – Zustände oder Ereignisse – anders sein könnten, als sie

sind: »Normativität hängt an der Möglichkeit einer abweichenden Weltbeschaffenheit – oder einer Weltbeurteilung, deren Maßstab sich nicht auf die Welt, wie sie ist, beschränkt« (ebd.). Normen seien daher »als soziale Praktiken« zu verstehen, »in denen sich eine Gemeinschaft von der eigenen Realität distanziert« (ebd., 15).

Eine solche Möglichkeit, die eigene Realität daraufhin weiterzudenken, wie sie sein könnte, wird durch eine Norm *positiv* markiert – »kenntlich gemacht« (ebd., 14). An dieser Markierung macht Möllers die Sollensperspektive von Normen fest: »Die positive Markierung einer Möglichkeit zeigt an, dass diese sich verwirklichen soll« (ebd.). Während die Frage nach dem Wesen des Normativen üblicherweise unter Bezugnahme auf das den Normen inhärente Sollen beantwortet wird, sieht Möllers es als zentrales Element von Normen an, dass diese eine Möglichkeit kennzeichnen, die sein soll. Doch worin liegt der Unterschied? Indem Möllers nicht am Sollen ansetzt, sondern Normen über ihre Möglichkeitsmarkierung definiert, grenzt er sich von Normverständnissen ab, die Normen von einem *moralischen* Sollen her verstehen. Gegen die »Moral als Paradigma des Normativen« (ebd., 62) bringt er die mit den Normen markierte Möglichkeit, die sich verwirklichen soll, ins Spiel – und dies bisweilen, aber nicht ausschließlich aus moralischen, sondern ebenso aus rechtlichen, politischen, religiösen, traditionellen, kulturellen oder ästhetischen Gründen.

Zugleich wendet sich Möllers – wie der Untertitel seiner Schrift »Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität« anzeigt – gegen instrumentalistische Normverständnisse, die Normen als Ursachen auffassen. Normen seien mehr als pure Mittel zur Erreichung eines Zwecks. Dies zeige sich bereits daran, dass sie immer zugleich die Möglichkeit ihres *Bruchs* in sich trügen. Möllers notiert:

Normen können zwar zur Zweckerreichung genutzt werden, aber das ist nicht ihr Clou. Denn Normen eröffnen mit der *Möglichkeit* einer Zweckbewirkung auch die der Zweckverfehlung, die ihre Normativität unberührt lässt (2015, 448-449).

Dass Normen Möglichkeiten seien, lasse also den Normbruch genauso zu wie die Normbefolgung. Dies unterscheide Normen maßgeblich von Ursachen (ebd., 398). Der Bruch stellt dabei nicht den unerwünschten Nebeneffekt der Möglichkeitsstruktur dar (an derlei Wertungen ist Möllers nicht interessiert), sondern ist als eine Möglichkeit selbst in der Norm angelegt. Eine Norm werde dadurch als Norm ausgewiesen, dass sie befolgt werden können müsse, nicht aber dadurch, dass sie befolgt werden müsse. Vielmehr eigne gerade dem

Normbruch »eine konstitutive Funktion für jede normative Ordnung« (ebd., 386). Denn: »Würden sich alle an die Regel halten, wäre sie überflüssig« (ebd., 145).

⇒ 1.4 Was unterscheidet plurale Normativitäten?

Möllers Ansatz ist, so meine ich, ein geeigneter Zugang, um zu verstehen, was Normen eint. Ob Normen des Rechts, der Moral, Religion, Politik oder Höflichkeit – sie alle verbindet, dass sie Möglichkeiten kenntlich machen, die verwirklicht werden sollen. Damit ist gleichwohl noch kein Kriterium gegeben, das diese Normen unterschiedlicher Provenienz voneinander unterscheidet. Wie dies gelingen könne, ist immer wieder und ebenfalls in der jüngeren Zeit vor allem in Bezug auf die Fragestellung enggeführt worden, wie man *rechtliche* Normen von anderen sozialen Normen abgrenzen könne. An diesem Beispiel werde auch ich eine Differenzierung versuchen. Mit Blick auf den gesamten Normeintopf ist dies nur ein Löffel, aber ein schmackhafter, der nicht wenig über den Eintopf selbst verrät.

⇒ 1.4.1 Was ist Recht?

Dass rechtliche Normen die allen Normen zukommende Möglichkeitsstruktur aufweisen, betont der Jurist Paul Schiff Berman im Zusammenhang seiner Forschungsarbeit zur Globalisierung von Recht. Recht sei eine Aussage über eine mögliche Zukunftsgestaltung: »the essence of law is that it makes aspirational judgments about the future« (2005, 1110). Dieses Rechtsverständnis entwickelt Schiff Berman von der Herausforderung her, unter den Bedingungen von Pluralität und Globalität mit herkömmlichen Annäherungen an das Recht – wie dem Zwang – an Grenzen zu stoßen. So sind es gegenwärtig vor allem Globalisierungserscheinungen, die Anfragen an das traditionelle Verständnis von Recht richten. Hinzu treten die durch Digitalisierung bewirkten gesellschaftlichen Veränderungen, die in ihrer grundlegenden Bedeutung auch das Recht betreffen (Boehme-Neßler 2008).

Die Debatten sind inzwischen erkennbar weiter, als die obligatorische Frage der Rechtswissenschaft vermuten lässt, wie sich Globalisierung und Digitalisierung rechtlich *einhegen* lassen. So wird, wenn auch erst anfanghaft, in den Kultur- und Sozialwissenschaften wahrgenommen, dass der mit Globalisierung und Digitalisierung einhergehende Wandel von fundamentaler Art ist und tradierte Rechtsverständnisse hinterfragt. Vor dem Hintergrund der in den Globalisierungs- wie Digitalisierungsdiskursen diskutierten Funktion von Kategorien wie der Terri-

torialität zum Beispiel stellt sich für das Recht die Frage nach der zukünftigen Rolle des Staates und der staatlichen Souveränität. Angesichts der Digitalisierung dachte Volker BoehmeNeßler bereits vor zehn Jahren über die Zukunft des Rechts nach: »Ist das Ende des Staates, so wir [sic] ihn kennen, auch das Ende des Rechts?« (2008, 185). Auf die Frage gibt es bisher keine Antwort; allerdings wäre sie heute wohl vorsichtiger zu formulieren. Denn erwarten wir überhaupt ein Ende des Staates, wie wir ihn kennen? Das ist keineswegs klar. So teilen auch nicht alle Autorinnen und Autoren Gunther Teubners angesichts eines sich vernetzenden und verdichtenden Ordnungssystems multinationaler Konzerne formulierte These von einem »Weltrecht ohne Staat« (Teubner 1996, 256; Fischer-Lescano/Teubner 2006, 43). Doch ist weitgehend unstrittig, dass Staatlichkeit und Souveränität zu den Konzepten gehören, deren Bedeutung rechtstheoretisch neu zu bewerten sein wird. Die Rechtsanthropologin Julia Eckert hält fest, »dass der oft als fast selbstverständlich angenommene Nexus zwischen dem Staat, dem Recht und dem Regieren aufgebrochen wird« (2009, 203). Welche Folgen das für den Staat hat, ist die eine Seite, welche Folgen dies für den Rechtsbegriff hat, die andere. Fischer-Lescano und Teubner zumindest sprechen von der »Multidimensionalität des globalen Rechtspluralismus. [...] Sie erzwingt eine Ausweitung des Rechtsbegriffs über die Rechtsquellen des nationalstaatlichen wie des internationalen Rechts hinaus und zugleich eine Reformulierung des Regimebegriffs« (2006, 41).

Für die vorliegende Frage nach den Grenzen zwischen Recht und anderen sozialen Normen hat dies unmittelbare Relevanz. Wenn Recht unter den Bedingungen von Globalisierung und Digitalisierung nicht mehr generell von Staatlichkeit (oder Quasi-Staatlichkeit) her gedacht werden kann, dann ist die Frage nach der Abgrenzung von Recht und anderen sozialen Normen nicht mehr durch die Antwort zu klären, dass Recht die Normativität meine, die souverän-staatlichem (oder quasi-staatlichem) Handeln entspringe. Paul Schiff Berman bemerkt:

In a world of permeable borders, multiple affiliations, and overlapping interests, law is diffused in myriad ways, and the construction of legal communities is always contested, uncertain, and open to debate (2005, 1145).

Somit tritt zur altbekannten Kritik, dass Recht nicht mit staatlichem Recht gleichgesetzt werden könne – ein Anliegen, das schon Eugen Ehrlichs Rechtspluralismus prägte –, heute vermehrt und drängend die Anfrage, ob überhaupt ein Zusammenhang zwischen Recht und Souveränität bestehe.

Paul Schiff Berman zum Beispiel hält es vor allem angesichts der Globalisierung von Recht für notwendig, von der Idee, dass Recht allein aus Souveränität entspringe, Abstand zu nehmen. Und mit dem Bezug des Rechts zur souveränen (Quasi)Staatlichkeit gibt er zugleich die These vom notwendigen Bezug zwischen Recht und Zwang auf. In einer Welt, in der der Zwang des Rechts im Wortsinn an Grenzen gerate, insoweit das globale Recht weder notwendig eine von einem mit Zwangsgewalt ausgestatteten Souverän ausgehende Ordnung noch von einem globalen Zwangsapparat begleitet sei, könne man Recht nicht mehr zwangstheoretisch erklären (wobei Schiff Berman nicht diskutiert, ob dies jemals plausibel war). Vielmehr entfalte gerade globales Recht seine Wirkung durch zwangsfreie oder -arme Mittel, »rhetorical persuasion, informal articulations of legal norms and networks of affiliation that may not possess literal enforcement power« (2005, 1144). Zwang spiele bei der Durchsetzung von Recht auch heute noch vielfach eine Rolle, jedoch nicht durchgängig und nicht notwendigerweise.

⇒ 1.4.2 Zwangsbewehrte Normen?

Dass wiederkehrend der Zwang als ein Essential des Rechts erscheint, geht überwiegend auf Max Webers Einfluss auf die Debatten um den Rechtsbegriff zurück. Weber will in den Fällen von Recht reden, in denen »die Anwendung irgendwelcher, physischer oder psychischer, Zwangsmittel in Aussicht steht« (2014, 5) und dies in Form eines institutionalisierten Zwangsapparats. Durch den Zwang grenzt Weber das Recht von anderen Normativitäten ab, die frei von Zwang wirken, wie Sitte oder Konvention.

Bis heute steht das Sprechen über das Recht erkennbar unter Weber'schen Vorzeichen. Jedoch hat sein Ansatz auch vielfach Kritik auf sich gezogen. Dass Recht mit dem Zwang in Verbindung steht, wird selten bestritten, wohl aber, dass Zwang für den Rechtsbegriff selbst zentral sei. Bei Georges Gurvitch liest man, dass »jedes Recht die Möglichkeit von Zwang zulässt, ohne ihn jedoch unbedingt zu fordern« (1960, 129). Dieser Hinweis ist anschlussfähig an die gegenwärtigen Überlegungen zur Möglichkeitsstruktur von Normen. Rechtsnormen, um es mit Gurvitch und Möllers zu halten, wären dann positiv markierte Möglichkeiten, die anzeigen, dass diese sich verwirklichen sollen, wobei der Einsatz von Zwang Bestandteil der Möglichkeit ist.

Der häufig als Antipode Webers in die Debatten eingeführte Eugen Ehrlich zitierte einmal eine spanische Lebensweisheit, um das Problem eines vom Zwang her gedachten Rechts ins Bild zu bringen: »Auf

Bajonette kann man sich stützen, doch nicht darauf sitzen« (1989, 317 FN 5). Hiermit zeigt Ehrlich zum einen an, dass er den Zwang für eine Möglichkeit hält, um das Recht durchzusetzen, zugleich aber anzweifelt, dass ein ausnahmslos forciertes Recht einer Gemeinschaft eine dauerhaft stabile und lebenswerte Ordnung geben könne. Wenn Recht nur mit dem Zwang zu denken sei, dann sei kaum erklärlich, dass Rechtsordnungen zumindest den meisten Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft ein bequemes »Sitzen« erlaubten. Auch Ehrlichs Theorie zufolge ist Zwang nicht für das Recht konstitutiv, wenngleich das Recht nicht selten vom Zwang Gebrauch mache.

Der alte Streit der Rechtssoziologie über die Bedeutung des Zwangs für das Recht soll hier nicht aufgearbeitet werden. Von Interesse ist er jedoch gegenwärtig aufgrund seiner Aktualisierung, die er in den Debatten um Recht unter den Bedingungen von Globalisierung und Digitalisierung erfährt. In diesem Kontext drängt sich erneut die Frage in den Vordergrund, was das spezifische Konstitutiv des Rechts sei, wenn nicht Zwangsbewehrung eine Norm als Rechtsnorm ausweise.

Um ein solches Proprium des Rechts zu identifizieren, helfen Ehrlichs Überlegungen bedauerlicherweise nicht weiter. Denn dass sich die »Wirkung der Normen weniger durch Zwang als durch Suggestion« einstelle, durch Normsozialisation als »ein unbewußtes sich Einleben in die Gefühle und Gedanken der Umgebung« (1989, 77), wie Ehrlich bemerkt, sagt Zutreffendes über die Wirkweise von Normen aus, jedoch nichts über die Eigenart *rechtlicher* Normativität. An einer solchen Distinktion ist Ehrlich auch nicht gelegen. Er sieht zwischen rechtlichen und nichtrechtlichen Normen keinen kategorialen Unterschied.

Aus diesem Grund hat man gegen seinen und vergleichbare Ansätze wiederholt den Vorwurf der Beliebigkeit erhoben. Folgt man Ehrlich, müsse man bei der Bestimmung, welche Normen als Recht zu gelten haben, mangels eines Differenzkriteriums all die Normen als Recht gelten lassen, die von einer Gruppe als Recht verstanden werden – und das könnten dann im Extremfall sowohl keine als auch alle in einer Gruppe geltenden sozialen Normen sein. Jean Carbonnier hat für ein dergestalt konturloses Rechtsverständnis in den frühen 70er Jahren den Begriff des »Panjurismus« (2001, 25) geprägt, insoweit eine mangelnde Differenzierung der Normativitäten nicht selten mit der Tendenz einhergehe, alle möglichen sozialen Normen dem Recht zuzuordnen. Dass Carbonnier genau diese Schlagseite vermutet, dass nämlich mangelnde Trennschärfe zwischen Normarten mit einer Neigung zur »Verrechtlichung« nichtrechtlicher Normativitäten einhergehe (und nicht umgekehrt das Feld des Rechts entleert werde), ist

interessant, spielt die Beobachtung einer nicht nur begrifflichen, sondern auch faktisch-gesellschaftlichen Schrägneigung zugunsten des Rechts doch in den aktuellen Debatten eine große Rolle (Eckert 2009; Reuter 2014; Menke 2015; Loick 2017). Über das Phänomen und Problem einer gesellschaftlichen Verrechtlichung wird im Anschluss an die begrifflichen Überlegungen zum Recht zu sprechen sein.

⇒ 1.4.3 Binär codierte Kommunikation

Gerade angesichts der Pluralität des Normativen, der er in seinem Beitrag »Globale Bukowina« in Ehrlichs Tradition, aber unter Berücksichtigung der zunehmenden Bedeutung trans- und internationalen Rechts nachging, sieht Gunther Teubner die Versuche, den Streit um das rechtlich und nichtrechtlich Normative über das *Wesen* von Normen zu klären, als gescheitert an:

Nach einer langen Debatte hat es sich als aussichtslos herausgestellt, nach einem Kriterium zur Unterscheidung sozialer von rechtlichen Normen zu suchen. Die entscheidende Transformation ist nicht in den inhärenten Charakteristika von Regeln, sondern in ihrer konstitutiven Einführung in den Kontext verschiedener Diskurse zu finden. Regeln werden dann zu Rechtsregeln, sobald sie in kommunikativen Akten auf den binären Code Recht/Unrecht bezogen werden (1996, 271).

Hiermit weist auch Teubner den systemtheoretischen Zugang als den erfolgreichsten aus, um unterschiedliche Normativitäten voneinander zu differenzieren.

Niklas Luhmann vertritt den wohl meistrezipierten Ansatz. Unter Recht versteht er Kommunikationen, die sich über die Codierung »recht«/»unrecht« identifizieren lassen. Die über diesen binären Code als Recht erkannten Kommunikationen bildeten ein soziales System und hierbei eine »Struktur [...], die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht« (2008, 105).

Während viele Ansätze bei der Bestimmung von Recht bei einer Verhaltenssteuerung durch Recht ansetzen, gewichtet Luhmann Verhalten als nachrangig. So meint er über das Recht: »Seine primäre Funktion liegt nicht in der Bewirkung bestimmten Verhaltens, sondern in der Stärkung bestimmter Erwartungen« (1970, 179-180). Recht sei eine Normativität, bei der »erwartet werden kann, daß normatives Erwarten normativ erwartet wird« (1993, 144). Diese Erwartungsstruktur ist gleichwohl nicht zureichend, um Recht zu identifizieren – immerhin trifft sie auf alle Normen zu. Gunther Teubner stellt erläuternd klar:

Es ist weder Struktur noch Funktion der Erwartungen, sondern die Sekundärbeobachtung über den binären Code, die das »spezifisch Rechtliche« im lokalen oder globalen Rechtspluralismus ausmacht (1996, 273).

Dass die Systemtheorie auch heute als die Referenztheorie Verwendung findet, um Normativitäten unterschiedlicher Provenienz voneinander zu differenzieren, hängt dabei vor allem genau damit zusammen, dass sich in der Globalisierungsfrage die Pluralität von Normativität in besonderer Weise als Problem in die Debatten drängt. »Die verschiedenen Systeme des Rechtspluralismus bringen fortlaufend normative Erwartungen hervor« (1996, 273), bemerkt Teubner. Diese müssten dann jeweils dahingehend differenziert werden, ob es sich um rechtliche, moralische oder andere soziale Erwartungen handle. Auch *innerhalb* der einzelnen Funktionssysteme erleichtere die systemtheoretische Theorie die Verarbeitung pluraler Normativitäten, wie Teubner am Beispiel des Rechts beschreibt:

Rechtspluralismus ist dann nicht mehr als eine Gruppe konfligierender sozialer Normen in einem bestimmten sozialen Feld definiert, sondern als Nebeneinander verschiedener kommunikativer Prozesse, die soziale Handlungen unter dem binären Code Recht/Unrecht beobachten (1996, 272).

Insoweit in den pluralen Diskursen zunehmend erkennbar werde, dass sich das Recht nicht mehr abschließend über seinen Ursprung in (quasi)staatlicher Souveränität identifizieren lasse, müsse es auf andere Weise erkannt werden können:

es ist nicht das Recht der Nationalstaaten, sondern die symbolische Verkörperung von Geltungsansprüchen, welche die lokale, nationale oder globale Natur fragmentierter Rechtsdiskurse bestimmen (ebd., 273).

Was die Systemtheorie gleichwohl nicht leistet, ist eine Einordnung der in Christoph Möllers Kritik bereits thematisierten hybriden Formen von Normativität. Hierdurch kehrt aktuell (Teubners Analyse aus den 90er Jahren widerlegend) dann doch die Norm und die Normtheorie in das Zentrum der gegenwärtigen Debatten über das Recht zurück. Während Möllers eine Unterscheidung von Normenarten am besten durch Theorien funktionaler Differenzierung geleistet sieht, nimmt er eine Schwäche dieser Ansätze darin wahr, dass in ihnen »hybride Formen von Normativität wegdefiniert oder unter den Verdacht der Dysfunktionalität gestellt werden, weil sie dem Imperativ funktionaler Differenzierung nicht genügen« (2015, 440). Wie Normen in Menschenrechtfragen rechtliche, politische und moralische Grenzen überwinden, wurde vorliegend schon angesprochen. Auch mit einem

anderen Beispiel illustriert Möllers, dass ein rein auf Selbstreferentialität angelegtes Systemdenken Fehlzusammenhänge produziere. Dass beispielsweise eine durch Bestechung erzielte rechtliche Entscheidung systemtheoretisch dem Rechtssystem zuzurechnen sei, leuchte kaum ein. Die systemtheoretische Schematisierung eigne sich somit nicht durchgängig, um normative Ansprüche unterschiedlicher Provenienz voneinander zu scheiden.

[So] erfolgt die Zuordnung einer Praxis zu einer bestimmten normativen Ordnung entweder rein nominalistisch oder sie produziert eigentümliche Ergebnisse, weil sie verkennt, dass jede normative Praxis über sich hinausweist (ebd.).

⇒ 1.4.4 Justiziable Normen

Gerade aber wenn manche Normen hybrider sind, als die Systemtheorie nahelegt, wirft dies für meine Themenstellung die Frage auf, wie man ihnen ihren *rechtlichen* Gehalt entnehmen könne. In diesem Zusammenhang ist wiederum ein Hinweis hilfreich, den Teubner in seiner Luhmann-Relektüre gibt. Teubner weist es ja als Folge der systemtheoretischen Wende im Rechtsverständnis aus, dass Recht sich nicht mehr in einer bestimmten Normstruktur zu erkennen gebe, sondern über eine codebasierte Einsetzbarkeit in rechtlichen Diskursen. Hiermit einher gehe eine Blickwinkelverschiebung »von ›Struktur‹ zu ›Prozeß‹« (1996, 270-271). Der Blick richte sich nun primär auf die *Prozeduralität* von Recht und damit auf rechtsproduktive Prozesse, auf Gesetzgebungs-, Gerichtsverfahren und Verwaltungshandeln. In ähnlicher Weise meint Jean Carbonnier in den Anwendungszusammenhängen von Recht ein Merkmal des Rechts zu entdecken. Das Wesen des Rechts, so Carbonnier, bestehe in der »Bestreitung« oder »Infragestellung«: »Es ist hiernach eine gewisse interrogative Natur, die Möglichkeit des *Infragestellens*, welche die Rechtsnormen charakterisiert« (1974, 125). Indem eine Norm sich als auf einen Fall applizierbar und in rechtlichen Verfahren anwendbar erweise, offenbare sie ihren Charakter als Recht:

Es geht hier nicht um das Recht als Norm, sondern um die Anwendung der Norm auf einen konkreten Fall. Die Institution der Bestreitung nimmt so die typische Form des Prozesses bis zur Urteilsfällung an. Prozeß und Urteil lassen sich so wenig auf andere sozialpsychologische Erscheinungen zurückführen und sind von so spezifisch rechtlicher Art, daß es naheliegend erscheint, in ihnen die Indikatoren der Rechtlichkeit zu sehen (ebd.).

Als Recht, um Carbonniers Ansatz mit der Möllerschen Diktion zu verbinden, gelten dann die positiv markierten Möglichkeiten, um die in institutionell geordneten Verfahren gestritten werden kann. Es geht nicht um das faktische Judizieren, sondern um die »Möglichkeit eines Urteils« (1974, 125), wie Carbonnier selbst betont. Man kann dieses Merkmal von Recht auch als »Justiziabilität« bezeichnen.

Dieser Gedanke trifft sich mit Überlegungen, wie sie unter anderem Gunther Teubner, Andreas Fischer-Lescano und Paul Schiff Berman bei ihrer Arbeit zur Globalisierung von Recht entwickelt haben. Globales Recht könne sich nicht durchgängig und in zunehmend geringerem Maß auf souveräne Staatlichkeit berufen. Wie aber gewinnt es eine Chance auf Beachtung? Dies führen die Autoren auf den Bedeutungszuwachs der trans- und internationalen Gerichtsbarkeit zurück (Schiff Berman 2005, 1125-1145; Fischer-Lescano/Teubner 2006, 8). Ein über Staatengrenzen hinweg wirksames Recht gehe häufig auf das Engagement einer trans- und international agierenden Judikative zurück. Deren Entscheidungen seien zwar vergleichsweise zwangsläufig, aber faktisch einflussreich. Sie würden in internationalen Handelsbeziehungen berücksichtigt, prägten das Verhalten transnationaler Akteurinnen und Akteure und wirkten auf die nationale Rechtsprechung zurück.

⇒ 2 Die Normierung des Pluralen

⇒ 2.1 Dominanz rechtlicher Normativität

Die Gerichte wachsen also bezüglich der Herstellung einer globalen Ordnung in Rollen hinein, die man vormals überwiegend von Nationalstaaten ausgefüllt sah. Zugleich steigt die Bedeutung der Judikative innerhalb der nationalen Rechtsordnungen. Denn über rechtliche Ansprüche – und zuvörderst die gerichtlich durchstrittenen – wird in der Gegenwartsgesellschaft Anerkennung erzeugt. Astrid Reuter spricht vom Recht, vor allem von den Grund- und Menschenrechten, als »Schlüsselressource im Kampf um Anerkennung« (2014, 71). Die gerichtliche Anerkennung verfassungsrechtlich verbürgerter Ansprüche gelte heute als eine zentrale Form, in der sich die gesellschaftliche Anerkennung von Individuen oder Gruppen ausdrücke. Reuter nennt dies die »Vergerechtigungs- bzw. »Vergrundrechtlichungs- sozialer Anerkennung« (ebd.). Ihr konkretes Beispiel sind aktuelle Streitfälle zur Religionsfreiheit. Der vor staatlichen Gerichten ausgetragene Streit religiöser Individuen oder Religionsgemeinschaften um in der Religionsfreiheit begründete Rechte sei als Kampf um Anerkennung

religiöser Positionen in einer sich pluralisierenden und säkularisierenden Gesellschaft zu verstehen (siehe auch Koenig 2010). Der Blick auf das Recht wird somit vermehrt ein Blick auf das *Gericht*, wie Julia Eckert auch aus rechtsanthropologischer Perspektive feststellt: Es »scheint das Gericht zum Ort der Utopie zu werden, wo sich Kämpfe über die ›gute Ordnung‹, über Gerechtigkeit austragen lassen« (2009, 203).

Dass sich soziale Anerkennung dergestalt über ein *rechtliches* Urteil vermittelt, ist freilich nur in einer »verrechtlichten Gesellschaft« plausibel, in der das Recht eine dominante Stellung im Gefüge des pluralen Normativen einnimmt. Reuter, die den Status von »Religion in der verrechtlichten Gesellschaft« (so der Titel ihrer Schrift) untersucht, sieht wie auch andere Autorinnen und Autoren eine solche unidirektionale Überlagerung des Sozialen durch das Recht als gegeben an. Die Verrechtlichung habe zur Folge, dass sich die diversen Erscheinungen des Sozialen in steigendem Maß in der Semantik des Rechts präsentierten: »Das soziale Leben wird – und zwar von den Akteuren selbst – zunehmend in rechtlichen Kategorien wahrgenommen und gedeutet« (2014, 67-68). Dieser Mechanismus sei vor allem bei Konflikten am Werk. Durch den Konflikt erfahre eine soziale Beziehung eine Umdeutung und werde als Rechtsverhältnis reinterpretiert: »Für soziale Konflikte, seien sie politischer, wirtschaftlicher, religionskultureller oder anderer Art, heißt das: Sie werden in der Sprache des Rechts reformuliert und so geradezu zu rechtlichen Konflikten gemacht« (ebd., 68). Julia Eckert spricht in diesem Kontext von »selektiven und kreativen Aneignungsprozessen« (2009, 205) des Rechts durch Gruppen, um ihren Ansprüchen Gehör zu verschaffen. Wann immer es nun kollidierende Ansprüche zu klären gelte, werde das Recht bemüht:

So werden Streitigkeiten zwischen disparaten Lebensführungen und Werthaltungen und öffentlichen Gestaltungsansprüchen zunehmend im Licht kollidierender (grund)rechtlicher Ansprüche gedeutet (Reuter 2014, 68).

Das Recht erscheint hierbei – wie man es jüngst auch pointiert bei Christoph Menke (2015) und Daniel Loick (2017) lesen konnte – nicht als passives Medium, dessen sich Individuen zur Durchsetzung ihrer Ansprüche bedienen, sondern als *konstruktive* Macht, die nicht nur die Ansprüche, sondern die Rechtssubjektive, die sie geltend machen, überhaupt erst erzeugt. Menke, der sich in diesem Zusammenhang kritisch mit dem westlich-modernen Lob der subjektiven Rechte auseinandersetzt, hält fest, dass die »Erfindung« subjektiver Rechte das Rechtssubjekt als Träger dieser Rechte erst geschaffen habe:

subjektive Rechte sind nicht deshalb subjektiv, weil ein Subjekt sie hat, sondern, genau umgekehrt, weil sie ein Subjekt hervorbringen. [...] Subjektive Rechte sind subjektiv, weil sie subjektivieren (2015, 178-179).

Dies sei jedoch nicht allein eine Verrechtlichung der Einzelnen, sondern zugleich eine Verrechtlichung des Sozialen. Denn ihre Selbstwahrnehmung als Rechtssubjekte hindere Menschen an einer Wahrnehmung der Welt jenseits des Rechts, betont Daniel Loick. Wie Michael Kohlhaas sei der moderne Mensch »entsetzlich rechtschaffen« (2017, 12), unfähig sich und andere jenseits rechtlicher Anspruchsstrukturen wahrzunehmen:

insofern Menschen Rechtspersonen sind, behandeln sie auch andere nur als solche. Sie schulden einander nicht mehr als das, was ihnen rechtlich zusteht, und sie interessieren sich füreinander auch nicht in anderen Hinsichten (ebd., 123).

Hierin kann man den Grund der »verrechtlichten Gesellschaft« entdecken. Astrid Reuter notiert:

In der verrechtlichten Gesellschaft speist sich die gesellschaftliche Steuerungsmacht des Rechts [...] nicht nur bzw. nicht in erster Linie aus der Verdichtung und Ausdehnung rechtlicher Regulierungen. Seine Macht speist sich vielmehr aus seiner Fähigkeit, den Modus zu bestimmen, in dem die sozialen Akteure sich und andere betrachten, ihr Leben gestalten und deuten und Erwartungen an die Zukunft ausbilden (2014, 68).

Während Reuter die gesellschaftliche Verrechtlichung wertfrei als Hintergrundfolie präsentiert, um zu verstehen, warum sich Religion mithilfe des Rechts gesellschaftlich zu behaupten versucht, nehmen Menke und Loick das Phänomen kritisch in den Blick. Das real existierende moderne Recht – Menke nennt es das »bürgerliche Recht« – sei »die falsche Verwirklichung des modernen, selbstreflexiven Rechts – und zugleich die einzige, die es bislang gibt« (Menke 2015, 175). Loick pflichtet ihm bei. Er versteht die fortschreitende Verrechtlichung des Sozialen (»Juridismus«) als »Beschädigungen, die das Recht dem Gewebe sozialer Praktiken einer Gesellschaft zufügt« (2017, 27). Denn indem sich das Recht menschliche Sozialbeziehungen unterwerfe, unterminiere es echte Sozialität und verunmögliche gutes und gelingendes Miteinander. Anders als Menke sucht Loick die Rettung jedoch nicht in einem anderen Recht, sondern jenseits des Rechts. Ein Heilmittel gegen den Juridismus bestehe allein in der »Einübung postjuridischer Existenzweisen« (ebd., 21-22), also in der

Ausbildung von Individualität und Sozialität, »die sich der Programmierung durch das Recht zu widersetzen versuchen« (ebd., 22).

⇒ 2.2 Rechtliche Ordnung von Pluralität

Ob und wie sich postjuridische Existenzen verwirklichen ließen, soll vorliegend nicht Thema sein, geht es mir doch in ähnlicher Weise wie Astrid Reuter nur um die Klärung der Frage, warum das Recht den Plural der gesellschaftlich relevanten Normativitäten dominiert. Dass diese Dominanz nicht nur re-, sondern auch dekonstruiert werden muss, will ich nicht bestreiten, es aber anderen überlassen. Die ethischen Debatten über das Recht müssen sich mit der Frage auseinandersetzen, ob sich in einer verrechtlichten Gesellschaft gut leben lässt. Meinen Beitrag zu diesen Debatten beschränke ich allerdings nur auf deren Vorfeld.

In diesem Sinne entnehme ich den aktuellen Beiträgen im Verrechtlichungsdiskurs die Erkenntnis, dass dem Recht im Konzert der pluralen Normativitäten in der modernen Gesellschaft ein besonderes Gewicht zukommt. Es erzeugt Subjektivität und Sozialität und reguliert den Zugang zum knappen Gut gesellschaftlicher Anerkennung. Damit wächst ihm zugleich die Rolle der normativen Ordnung des Pluralen zu. Denn die Dominanz des Rechts über andere soziale Normativitäten beinhaltet die Selbstermächtigung des Rechts, den Plural der Normativitäten der rechtlichen Ordnung zu unterwerfen. Es überrascht daher nicht, dass in der gegenwärtigen Auseinandersetzung mit Pluralität vor allem nach Antworten gesucht wird, wie eine *rechtliche* Ordnung von Pluralität gelingen könne. Gunnar Folke Schuppert spricht von der Notwendigkeit einer »Governance of Diversity«. Als in die Pflicht genommen, diese Steuerungsleistung zu erbringen, sieht er zuvörderst den Staat. Als Medium der Steuerung erscheint das Recht.

In einer zunehmend globalen Welt ist es freilich kein Zufall, dass Schuppert von der *Governance* des Pluralen und nicht von *Government* spricht. Dies hilft eine Bemerkung von Volker Boehme-Neßler zu verstehen:

Vom klassischen nationalstaatlichen *Government* geht die Entwicklung durch die Entgrenzung hin zur transnationalen, nicht selten globalen *Governance* (2008, 155).

Mit dem Begriff der *Governance* wird damit auf eine Steuerungsform verwiesen, die dem Staat auch unter den Bedingungen globaler und digitaler Entgrenzung Steuerungsmöglichkeiten verspricht. Dies erfordert eine Veränderung der staatlichen Rolle. Der souverän-zwangsbewehrte Zugriff auf die Rechtsunterworfenen verliere an Bedeutung.

An die Stelle des starken Staates, der regulierend in die diversen gesellschaftlichen Felder durchgreife, müsse ein Staat treten, der verstärkt auf die Selbstregulierungskräfte der gesellschaftlichen Akteure setze und die eigene Regulierungsmacht weitgehend auf Organisation, Moderation und Kontrolle von Selbstregulierung beschränke (Boehme-Neßler 2008, 181-182).

Neben dem Staat müssten somit vermehrt auch andere Rechtsproduzenten in ihrer Relevanz für die rechtliche Ausgestaltung der gesellschaftlichen Teilbereiche wahrgenommen werden. Die Rechtsordnung werde hierdurch pluraler. Dies relativiere allerdings nicht die Rolle des Staates. Neben der Rahmenfunktion, die staatliches Recht den diversen autonomen Regelungsbereichen biete, werde der Staat als Klammer einer die Rechtsgemeinschaft verbindenden Wertordnung sogar von zunehmender Bedeutung, betont Boehme-Neßler. Dieser Aufgabe der Werterzeugung kämen die Staaten nach, »indem sie Grundwerte – etwa Demokratie und Menschenrechte – definieren und immer wieder kommunizieren und durchsetzen« (2008, 156).

Zugleich verweist das Steuerungsmodell *Governance* den Staat auf das Wagnis, gesellschaftliche Felder der Selbstregulierung nichtstaatlicher Kräfte zu überlassen. Diese Machtabgabe ist weder für den Staat noch für die Gesellschaft ohne Risiko. Gunnar Folke Schuppert spricht daher auch vom »Governanceproblem moderner Staatlichkeit« (2017, 18). Als ein zentrales Problemfeld, an dem sich die Herausforderung des *Governance*-Modells in besonderer Weise darstellen lasse, erweise sich der staatliche Umgang mit der in modernen Gesellschaften pluralen Religiosität, im Besonderen mit dem *Recht* von Religionsgemeinschaften sowie den Rechtsansprüchen religiöser Individuen und Religionsgemeinschaften. Wie moderne Staaten sich auf das religiöse Recht beziehen und auf die wachsende Pluralität religiöser Rechtsansprüche reagieren, beschäftigt inzwischen zahlreiche Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler im Feld von *Law and Religion* (siehe beispielsweise Bottoni/Cristofori/Ferrari 2016). Die hier traktierten Fragen sind Legion. Ich will sie vorliegend nicht abbilden, sondern vielmehr versuchen, das staatliche Governanceproblem Religion an einem Beispiel darzutun, das sich Fabian Wittreck vor kurzem vorgenommen hat, nämlich die »Religiöse Paralleljustiz im Rechtsstaat« (2016). Gemeint sind religiöse Gerichte oder Schlichtungsinstanzen (vor allem die so genannten muslimischen »Friedensrichter«), die für bestimmte gesellschaftliche Gruppen gerichtliche Funktionen übernehmen. Was in Großbritannien schon vielfach akzeptiert ist (*Muslim Arbitration Tribunals*), stellt in Deutschland eine stark umstrittene Materie dar.

Die vielen Argumente, die für oder gegen nichtstaatliche Judikative sprechen, will ich vorliegend nicht diskutieren. Es geht mir allein um die Frage, wie sich ein Staat zu diesem Plural im Feld der Rechtsprechung zu verhalten hat, wenn er sich vom *Governance*- anstatt vom

Government-Grundsatz her denkt. In seinem Beitrag greift Fabian Wittreck interessanterweise genau zwei Argumente gegen eine staatliche Toleranz religiöser Rechtsprechung an, die man als typische Erträge des *Government*-Paradigmas verstehen kann. Gegen die staatliche Akzeptanz einer Pluralität im Feld der Rechtsprechung werde sowohl das Argument des »staatlichen Gewaltmonopols« als auch das der »Einheit der Rechtsordnung« bemüht. Beide Argumente, so Wittreck, trügen nicht allzu weit (2016, 456-459).

Das Gewaltmonopol des Staates bedeute ja nicht, den Staat als einzigen Träger rechtlicher Macht begreifen zu dürfen. So sei ein Modell, das verstärkt auf die nichtstaatlich-rechtliche Selbstregulierung bestimmter Gesellschaftsbereiche setze, kein Bruch mit dem staatlichen Gewaltmonopol. Dieses müsse vielmehr erst dann gegenüber konkurrierenden Ansprüchen ausgespielt werden, wenn der staatliche Verfassungs- und Grundrechterahmen berührt sei. Geschehe dies, sei das staatliche Gewaltmonopol gegen eine grundgesetzwidrige Gewaltausübung – zum Beispiel durch religiöse Gruppen – in Anschlag zu bringen:

das Gewaltmonopol steht erst dann zur Disposition, wenn sich eine religiöse Gruppe entweder anschickt, den Entscheidungen ihrer religiösen Gerichte durch eigene »Vollstreckungskommandos« Anerkennung zu verschaffen oder anderweitig offen zur Nichtanerkennung des staatlichen Anspruchs auf Rechtsgehorsam aufruft. Dann ist der Staat gehalten, in den Modus der Strafverfolgung zu wechseln (Wittreck 2016, 458).

In allen anderen Fällen biete das Argument des Gewaltmonopols hingegen keinen Grund, um religiöses Recht und nichtstaatliche Rechtsprechung zu unterdrücken.

Genauso wenig taue das Argument von der Einheit der Rechtsordnung. Es sei weniger »Topos« als »Mythos« (2016, 457), meint Wittreck. Schon immer habe die »einheitliche« staatliche Rechtsordnung plurales Recht beherbergt. Die deutsche Rechtsordnung sei ein Plural aus Bundes- und Landesrecht. Hinzu trete Europarecht. Über das internationale Privatrecht werde das Recht anderer Länder in den nationalen Rechtsordnungen anwendbar gemacht. Ein rechtlicher Plural? Normal. Das Einheitsargument sei daher kaum geeignet, um nichtstaatliches Recht aus dem staatlichen Rahmen zu verbannen, auch religiöses Recht nicht:

Sofern es so etwas wie die Einheit der Rechtsordnung überhaupt gibt, wird sie durch die Anwendung religiösen Rechts durch religiöse Gerichte nicht tangiert [...]; es findet lediglich eine weitere Ausdifferenzierung einer Rechtsordnung statt, die sich ohnehin in Richtung eines faktischen Rechtspluralismus bewegt (2016, 458).

Dass gerade religiöses Recht eine »Irritation für das System des modernen Verfassungsstaates« (2016, 468) darstellt, wie Wittreck betont, sei dabei zu tolerieren. Diese Toleranz stehe einem modernen Rechtsstaat gut an, denn: »Irritationen sind [...] für funktionierende Systeme überlebensnotwendig« (ebd.).

⇒ Ausblick

Wittreck sieht folglich den Staat nicht als berechtigt an, nichtstaatliches Recht nur aus dem Grund zu unterdrücken, dass es nicht staatlicher Ordnungsmacht entspringe. Interessanterweise taucht eine hiermit verbundene Frage bei Wittreck nicht auf, nämlich ob der Staat religiöses Recht auch anerkennen *müsse*. Ist der faktische Rechtspluralismus als ein an den Staat gerichteter Auftrag zu verstehen, dem Plural rechtlicher Normativität Anerkennung zu zollen und ihm im staatlichen Rahmen Raum zu geben? Ist Rechtspluralismus nur Fakt oder stellt er ebenfalls einen *Wert* dar? Hiermit ist ein ethischer Fragehorizont angezeigt, auf den auch der vorliegende Beitrag nicht ausgreift. Ob Pluralität zugleich einen *Pluralismus* fordert, und damit einen Umgang mit Pluralität einfordert, der diese grundsätzlich bejaht und als für Gruppen identitätsstiftend beurteilt (Mandry 2012, 230-231), ist eine Frage, die über meine Vorklärungen hinausgeht. Sie können Ethikerinnen und Ethiker besser beantworten.

Deren Beitrag ist in den pluralen Debatten um Pluralität und Normativität von zentraler Bedeutung. Denn wie meine Ausführungen auch dargetan haben, werden die gegenwärtigen Überlegungen stark von der »normativen Kraft des Faktischen« (Jellinek 1929, 338) getrieben. Die Unmöglichkeit, Recht in Zeiten, in denen sich souveränhoheitliches Handeln im globalen und digitalen Raum bricht, von hoheitlicher Durchsetzbarkeit her zu bestimmen, motiviert die Suche nach einem Rechtsbegriff, der sich vom Zwang unabhängig macht. Die im Angesicht von Globalisierung und Digitalisierung erkennbaren Grenzen staatlicher Macht bilden den Anlass, auch jenseits des Staats nach Produzenten von Recht zu fragen. Die faktische Pluralität des Normativen, die sich weder unterdrücken noch durchgängig einhegen lässt, inspiriert *Governance*-Modelle, die normative Pluralität konstruktiv aufzugreifen suchen. Dagegen will ich nichts einwenden. Doch meine ich, dass diese normative Bedeutung des Faktischen zu ergänzen ist, um eine normative Kraft, die sich aus dem Normativen selbst ergibt. Dies ist der Arbeitsauftrag der Ethik, die die Pluralität des Normativen und die Normierung des Pluralen kritisch zu begleiten und zu beurteilen hat.

⇒ Literaturverzeichnis

Boehme-Neßler, Volker (2008): Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt (Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung 89), Berlin: Duncker & Humblot.

Bottoni, Rossella; Cristofori, Rinaldo; Ferrari, Silvio (Hg.) (2016): Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism – a Comparative Overview (Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law 18), Cham: Springer.

Carbonnier, Jean (2001): Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, Paris: LGDJ.

Carbonnier, Jean (1974): Rechtssoziologie (Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung 31), Berlin: Duncker & Humblot.

Eckert, Julia (2009): Rechtsaneignung. Paradoxien von Pluralisierung und Entpluralisierung in rechtspluralen Situationen, in: Kötter, Matthias; Schuppert, Gunnar Folke (Hg.): Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates (Schriften zur Governance-Forschung 19), Baden-Baden: Nomos, 191-206.

Ehrlich, Eugen (1989): Grundlegung der Soziologie des Rechts (Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung), 4. Aufl., durchgesehen und hg. von Manfred Rehbinder, Berlin: Duncker & Humblot.

Fischer-Lescano, Andreas; Teubner, Gunther (2006): Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 1803), Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Gurvitch, Georges (1960): Grundzüge der Soziologie des Rechts, vom Verfasser autorisierte deutsche Ausgabe mit einer internationalen Bibliographie der Rechtssoziologie von Paul Trappe (Soziologische Texte 6), Neuwied: Luchterhand.

Habermas, Jürgen (2005): Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?, in: ders.; Ratzinger, Joseph: Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion, mit einem Vorwort hg. von Florian Schuller, Freiburg im Breisgau u.a.: Herder, 15-37.

Heller, Ella; Cohen, Chanan; Bublil, Dana; Omar, Fadi (2016): The Israeli Democracy Index 2016, Translated from Hebrew by Karen Gold, Jerusalem: The Israel Democracy Institute.

Jellinek, Georg (1929): Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., unter Verwertung des handschriftlichen Nachlasses durchgesehen und ergänzt von Walter Jellinek, 5. Neudruck der Ausgabe von 1914, Berlin: Julius Springer.

Koenig, Matthias (2010): Gerichte als Arenen religiöser Anerkennungskämpfe – eine rechtssoziologische Skizze, in: Reuter, Astrid; Kippenberg, Hans G. (Hg.): Religionskonflikte im Verfassungsstaat, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 144-164.

Lacey, Michael J.; Oakley, Francis (Hg.) (2011): The Crisis of Authority in Catholic Modernity, Oxford: Oxford University Press.

Loick, Daniel (2017): Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 2212), Berlin: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (2008): Rechtssoziologie, Wiesbaden: Springer.

Luhmann, Niklas (1993): Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (1970): Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Lautmann, Rüdiger (Hg.): Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1, Bielefeld: Bertelsmann, 175-202.

Mandry, Christof (2012): Pluralismus als »Wert« – Chancen und Hindernisse aus theologisch-ethischer Sicht, in: Hilpert, Konrad (Hg.): Theologische Ethik im Pluralismus (Studien zur theologischen Ethik, 133), Freiburg im Breisgau u.a.: Herder, 223-231.

Menke, Christoph (2015): Kritik der Rechte, Berlin: Suhrkamp.

Möllers, Christoph (2015): Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin: Suhrkamp.

Reuter, Astrid (2014): Religion in der verrechtlichten Gesellschaft. Rechtskonflikte und öffentliche Kontroversen um Religion als Grenzarbeiten am religiösen Feld (Critical Studies in Religion/Religionswissenschaft 5), Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Reuter, Astrid; Kippenberg, Hans G. (Hg.) (2010): Religionskonflikte im Verfassungsstaat, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Schiff Berman, Paul (2005): Conflict of Laws, Globalization, and Cosmopolitan Pluralism, in: The Wayne Law Review 51, 1105-1145.

Schuppert, Gunnar Folke (2017): Governance of Diversity. Zum Umgang mit kultureller und religiöser Pluralität in säkularen Gesellschaften (Religion und Moderne 10), Frankfurt am Main: Campus.

Tamanaha, Brian Z. (2017): A Realistic Theory of Law, Cambridge: Cambridge University Press.

Teubner, Gunther (1996): Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, in: Rechtshistorisches Journal 15, 255-290.

Weber, Max (2014): Wirtschaft und Gesellschaft. Nachlaß, Teilband 3: Recht (Studienausgabe der Max Weber-Gesamtausgabe Bd. I/22-3), hg. von Werner Gephart und Siegfried Hermes, Tübingen: Mohr Siebeck.

Willems, Ulrich; Reuter, Astrid; Gerster, Daniel (Hg.) (2016): Ordnungen religiöser Pluralität. Wirklichkeit – Wahrnehmung – Gestaltung (Religion und Moderne 3), Frankfurt am Main: Campus.

Wittreck, Fabian (2016): Religiöse Paralleljustiz im Rechtsstaat?, in: Willems, Ulrich; Reuter, Astrid; Gerster, Daniel (Hg.): Ordnungen religiöser Pluralität. Wirklichkeit – Wahrnehmung – Gestaltung (Religion und Moderne 3), Frankfurt am Main: Campus, 439-493.

Zitationsvorschlag:

Hahn, Judith (2018): Entgrenzte Bukowina. Was ist und leistet Recht in einer normpluralistischen Perspektive? (Ethik und Gesellschaft 2/2018: Rechtsbrüche). Download unter: <https://dx.doi.org/10.18156/eug-2-2018-art-2> (Zugriff am [Datum]).



ethikundgesellschaft
ökumenische zeitschrift für soziaethik

2/2018: Rechtsbrüche

Benno Zabel

Das Wagnis der Freiheit. Recht, Politik und die Angst der Moderne

Judith Hahn

Entgrenzte Bukowina. Was ist und leistet Recht in einer normpluralistischen Perspektive?

Christian Polke

Vom Bruch im Recht. Kulturtheoretische Vorüberlegungen mit Ernst Cassirer

Franziska Dübgen

Rechtsbruch und Strafe. Gerechtigkeitstheoretische Erwägungen

Markus Babo

Das Asylrecht als sperrige Institution in der Rechtsordnung