

# Bestätigung der Autoren-Metadaten/ Author Metadata Approval Sheet

Sehr geehrte Autoren,  
Bitte prüfen Sie die unten aufgeführten Autoren-Metadaten sorgfältig und ergänzen bzw. korrigieren Sie diese ggf. in der beschreibbaren rechten Spalte.

Vielen Dank für Ihre Mitarbeit, De Gruyter

Dear author,  
Please check and complete carefully the author metadata listed below by using the editable fields in the right column.

Thanks for your kind cooperation, De Gruyter

**Journal-Name:** Zeitschrift für Rechtssoziologie

**Article-DOI:** <https://doi.org/10.1515/zfrs-2020-0011>

**Article-Title:** Widerständige Gerechtigkeit. Der Angriff auf Demokratie, Verfassungsstaat und Menschenrecht und die Gesellschaftstheorie des Rechts

Bitte vervollständigen/ Please complete	Author Meta Data	Bitte ändern/To be changed
	<b>Author 1</b>	
	<b>Surname</b>	Gienke
	<b>First Name</b>	Claus
	<b>Corresponding</b>	yes
	<b>E-Mail</b>	claus.gienke@jura.uni-halle.de
	<b>Affiliation 1</b>	Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und Kirchenrecht von Prof. Dr. Michael Germann, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Universitätsplatz 5, 06108 Halle (Saale)
	<b>Institution 1</b>	Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
	<b>Department 1</b>	Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und Kirchenrecht von Prof. Dr. Michael Germann
	<b>City 1</b>	06108 Halle (Saale)
✓	<b>Country 1</b>	

Data checked and receipted

Date:

\_\_\_\_\_

---

**Matthias Mahlmann**, *Widerständige Gerechtigkeit. Der Angriff auf Demokratie, Verfassungsstaat und Menschenrecht und die Gesellschaftstheorie des Rechts*, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie 55, Baden-Baden: Nomos, 2018, 144 Seiten, ISBN 978-3-8487-5388-8, 40,10€; und ders., *Konkrete Gerechtigkeit. Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart*, 5. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2021, 302 Seiten, ISBN 978-3-8487-6264-4, 25,60€.

Besprochen von: **Claus Gienke**

<https://doi.org/10.1515/zfrs-2021-0011>

Mit seinen beiden Schriften aus den Jahren 2018 und 2021 versucht Matthias Mahlmann die Rechtssoziologie und die Rechtswissenschaft insgesamt unter metarechtliche, normative und positive Voraussetzungen zu stellen. „Widerständige Gerechtigkeit“ ist ein ausgebauter Vortrag von Mahlmann im Rahmen des Würzburger Symposiums zur „Zukunft von Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Gesellschaftstheorie“ von 2015. Die Schrift beginnt mit einem Zitat aus der Politik des Aristoteles, das von Mahlmann übersetzt wird mit: „Nicht nach dem Hergebrachten der Vorfahren streben alle, sondern nach dem Guten“ (Mahlmann 2018, S. 7, Fn. 1). Entsprechend diesem Motto versucht er im Folgenden, eine Rechtswissenschaft zu beschreiben, die nach dem Guten strebt. Diesem Ziel der Rechtswissenschaft ist für ihn notwendigerweise auch die Rechtssoziologie verpflichtet.

Für Mahlmann ist die Rechtssoziologie keine wertneutrale bloß beobachtende Disziplin, sie hat vielmehr die Aufgabe, auf „fundamentale und weithin diskutierte Herausforderungen der Gegenwart an moderne Gesellschaften [...] gesellschaftstheoretisch reflektierte Antworten zu finden“ (Mahlmann 2018, S. 12). Diese Herausforderungen bestimmt er in Beobachtungen zur faktischen Entwicklung moderner Gesellschaften näher: Die „Idee des grundrechtsorientierten demokratischen Verfassungsstaats, eingebunden in eine menschenrechtlich verpflichtende internationale Ordnung“ sei „zur legitimationstheoretisch vorherrschenden politischen Ordnungsform geworden“ (Mahlmann 2018, S. 13); diese Ordnungsform sei aber gefährdet durch eine „Erosion wesentlicher rechts- und verfassungsstaatlicher Errungenschaften“ (Mahlmann 2018, S. 15), eine „neue

---

**Claus Gienke**, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und Kirchenrecht von Prof. Dr. Michael Germann, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Universitätsplatz 5, 06108 Halle (Saale), E-Mail: [claus.gienke@jura.uni-halle.de](mailto:claus.gienke@jura.uni-halle.de)

Politik des Irrationalismus“ (Mahlmann 2018, S. 17), die Globalisierung und die wachsende soziale Ungleichheit.

Angesichts dessen fragt Mahlmann: „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?“ (Mahlmann 2018, S. 20).

Die „Rechtssoziologie als Teil der Gesellschaftstheorie der Moderne“ habe danach zu fragen, ob „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“ kann bzw. ob „in dieser rechtszivilisatorisch anspruchsvollen Ordnungsform der Gegenwart menschliche Vernunft in einem gesellschaftsformenden Sinne unmittelbar und – das ist entscheidend – *nicht nur als instrumentelle Rationalität* praktisch“ wird (Mahlmann 2018, S. 20).

Als Antwort bietet Mahlmann ein Bekenntnis: Demokratie, Menschenrechte und Verfassungsstaatlichkeit gehörten „als mühsam historisch durchgesetzte Elemente reflexiv gehärteter, *widerständiger Gerechtigkeit* [...] zu dem Teil der Erbschaft der Geschichte [...], der nicht ausgeschlagen werden sollte“ (Mahlmann 2018, S. 33).

Die gegenwärtige Lage gebiete es „dringend“, „genau zu bestimmen, was für zentrale Elemente des modernen Rechts eigentlich spricht und wie sie gegen Angriffe geschützt werden können“ (Mahlmann 2018, S. 55). Dazu bezieht er sich auf die These Max Webers, dass die „Geschichte der okzidentalen Moderne als *Rationalisierungsprozess*“ (Mahlmann 2018, S. 81) zu rekonstruieren sei. Mahlmann lehnt aber alle Begründungen einer geschichtsphilosophischen optimistischen Teleologie ab und verweist dabei auf die Brüche und Rückschritte des 20. Jahrhunderts. Vielmehr müsse man „die Möglichkeit im Auge behalten, dass es mit der menschlichen Existenzform am Ende nicht gut ausgehen könnte“ (Mahlmann 2018, S. 92) und die „Shoah als Geschichtszeichen [...] das Menetekel einer berechtigt gedachten, negativen säkularen Eschatologie“ sei (Mahlmann 2018, S. 92). Wobei Mahlmann nicht weiter aufklärt, was er unter einer „berechtigt gedachten, negativen säkularen Eschatologie“ versteht.

Für Mahlmann beansprucht der „demokratische, grundrechtsorientierte Verfassungsstaat, der sich in internationales Recht einordnet, das sich selbst zunehmend grundrechtsorientiert entwickelt“ eine höhere Legitimität, nämlich „nicht nur eine weitere andere von Menschen gewählte Art [zu sein], sich in Rechtsform zu organisieren, sondern eine, die im Verhältnis zu anderen unter plausiblen Maßstäben praktischer Vernunft besser begründet zu sein bean-

spricht“ (Mahlmann 2018, S. 87 f.). Diese Rechtsform ist geprägt durch den Konstitutionalismus als eine „anspruchsvolle politische Theorie“ (Mahlmann 2018, S. 94), die „normativ auf Demokratie“ (Mahlmann 2018, S. 95) gerichtet ist. Als „politisches Projekt“ ist der Konstitutionalismus auf das „Wohlergehen aller als Gleiche gedachten Menschen“ bezogen (Mahlmann 2018, S. 96). Demokratie und Grundrechte bilden deshalb die „normativen Leitprinzipien“ (Mahlmann 2018, S. 96) der Verfassungs-idee.

Der „menschenrechtsgebundene Verfassungsstaat“ ist für ihn „keine banale, historisch selbstverständliche Organisationsform menschlichen Lebens“ (Mahlmann 2018, S. 101). „Menschenrechte und demokratischer Verfassungsstaat sind kein Eiapopeia einer heilen Welt, das die zentralen Lehren der selbstreflexiven Moderne nicht begriffen hat. Im Gegenteil, die Begründung der Legitimität dieser politischen Ordnungsform entspringt gerade zwei fundamentalen Lehren der Moderne: Jede Zivilisation, der Vergangenheit, der Gegenwart und jeder Zukunft, die erwartbar ist, kann in ihr Gegenteil umschlagen. Und: Es gibt bestimmte Normen und Einrichtungen, die diese Güter schützen, die nicht zur Disposition gestellt werden dürfen, wenn man sich verpflichtet fühlt, irgendwelche ernstzunehmenden, weil begründbaren Schlüsse aus den vielgestaltigen Tragödien der letzten Jahrhunderte zu ziehen“ (Mahlmann 2018, S. 111). Mahlmann geht es aber nicht darum, eine bestimmte Verfassungsordnung zu verteidigen. Vielmehr geht es ihm um „bestimmte Grundideen der Ethik, des Rechts und der politischen Ordnung“ (Mahlmann 2018, S. 119). „Nach den Erfahrungen der Moderne ist die Utopie von dauerhaft humanen Ordnungen ohne den institutionellen Schutz der Würde von Menschen durch Menschenrechte, verfassungsstaatliche und völkerrechtliche Sicherungen im Rauch über Auschwitz endgültig zu Nichts verweht“ (Mahlmann 2018, S. 119 f.). Die Sozialforschung könne daher nicht in einem „quietistisch-kontemplativen Zynismus“ (Mahlmann 2018, S. 129) verfolgt werden, sondern es gehe darum, wozu „in einer Sozialordnung eigentlich laut und deutlich *ja!* gesagt werden kann, und dies auch durch die Perspektiven einer historisch informierten, erkenntnistheoretisch überzeugend kalibrierten Gesellschaftstheorie plausibel zu machen“ (Mahlmann 2018, S. 130).

Wie sich diese Position Mahlmanns weiter bemerkbar macht, zeigt sich in der zweiten hier zu besprechenden Monographie. Es handelt sich dabei um ein im Rahmen der Reihe „Nomos Studium“ bereits in der 5. Auflage erschienenes Lehrbuch mit dem Titel „Konkrete Gerechtigkeit“. Laut seinem Untertitel will es eine „Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart“ sein.

Mahlmann setzt sich im ersten der 16 Paragraphen für Kants Forderung ein, dass Recht der herrschenden Gewalt „heilig“ (Kant, ZeF, AA 08, S. 380) zu halten. In der 4. Auflage dieses Lehrbuchs bezog er sich noch nicht auf diese Stelle aus

der Verhältnisbestimmung von Moral und Politik im ersten Anhang von Kants Schrift „Zum Ewigen Frieden“. Zuvor hatte er nämlich eine Stelle aus dem ersten Definitivartikel herangezogen, wonach das Recht der „Augapfel Gottes“ (Kant, 1912/1923, S. 352) sei. Diese begriffliche Varianz zwischen den Auflagen impliziert für Mahlmann aber wohl keinen Bedeutungswandel. In beiden Auflagen gibt er unverändert an, dass diese (zwischen den Auflagen ausgetauschte) kantische Bemerkung „keineswegs eine historisch zu klärende Drolligkeit eines naiven Denkers bildet, die sich in der Gegenwart nicht einmal mehr als Ornament für geschwollene Festreden an rechtswissenschaftlichen Abschlussfeiern eignet“, sondern mit ihr werde „etwas Wichtiges erfasst [...], nämlich ein Gespür für die nicht leicht greifbare, sperrige, schwierige, aber für das menschliche Leben außerordentlich wichtige zivilisatorische Größe des Rechts und die Bedeutung, die diesem besonderen Teil menschlicher Kultur deshalb zukommt“ (Mahlmann 2021, S. 23). Vor diesem Hintergrund bezeichnet er dieses Lehrbuch explizit als „Verteidigungsschrift eines anspruchsvollen und ethisch orientierten Begriffs des Rechts“ (Mahlmann 2021, S. 23).

Begonnen wird diese „Verteidigung“, indem zunächst die Notwendigkeit des Rechts (§ 2), die Funktionen (§ 3) und der Begriff des Rechts (§ 4) sowie die Architektur eines Rechtssystems (§ 5) erläutert werden. Gut die Hälfte der 302 Seiten machen die daran anschließenden Abschnitte „Ordnungen des Rechts“ (§ 6) und „Das nationale Recht im internationalen Zusammenhang“ (§ 7) aus. Der § 8 befasst sich mit den Methoden der Rechtswissenschaft. Während die Ausführungen vorher weniger bestimmt sind von der apologetischen Grundhaltung, als man anfänglich vermuten könnte, findet sich im § 9 unter der Überschrift „Jura als Beruf“ diese umso deutlicher.

Den „Ethos der rechtlichen Tätigkeit“ sieht Mahlmann zum einen durch eine „Selbstbindung an rechtliche Argumente“ bestimmt (Mahlmann 2021, S. 219). Diese Bindung erwächst für ihn aber „nicht aus einem unterwürfigen Untertanengeist, aus einem autoritären Charakter, der Gebot oder Regel an sich anbetet, sondern aus dem Respekt vor der Idee einer Rechtsordnung und dem in ihr verkörperten demokratisch gebildeten Willen sowie den ihr zugrunde liegenden fundamentalen Wertvorstellungen. Respekt vor dem Recht ist Respekt vor den anderen Menschen, deren autonome Entscheidungen sich in einer Demokratie im Recht verkörpern, und Respekt vor zivilisatorischen Einsichten in Grundwerte der Humanität, für die in der Geschichte ein hoher Preis bezahlt worden ist“ (Mahlmann 2021, S. 219). Zum juristischen Ethos gehöre zum anderen auch eine „kritische Haltung“. Sie sei nötig, „weil in letzter Instanz nicht rechtliche Gebote, sondern ethische Maximen über das individuelle Handeln entscheiden müssen“ (Mahlmann 2021, S. 220). Selbstbindung und kritische Haltung dienen einem „anspruchsvollen Ziel, nämlich eine legitime

Ordnung zu errichten, zu gestalten und zu erhalten, die ethisch gerechtfertigt ist, und gerade so eine Tätigkeit zu entfalten, die das Geschenk der Erfahrung von Sinn im Leben in vielleicht überraschend höherem Maße bereithält als bloßer Wohlstand oder die kleinlichen Vergnügungen der Macht“ (Mahlmann 2021, S. 220).

In den weiteren Abschnitten werden juristische Grundlagenfächer angesprochen, da findet sich die Rechtsgeschichte („§ 10 Geschichte(n) und Zivilisationen des Rechts“), die Rechtssoziologie („§ 11 Recht als soziale Tatsache“) und eine Sammelüberschrift „§ 12 Recht, Wirtschaft, Politik, Religion“. Auf etwa den letzten 30 Seiten werden noch die „Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft“ (§ 13), das Thema „Gerechtigkeit“ (§ 14), die „Menschenrechte und der ethische Anspruch des Rechts“ (§ 15) und als Schluss die Bezüge des Rechts in der Kunst (§ 16) verhandelt. Mit dem letzten Satz wird der Titel des Buches aufgeklärt. Denn Recht – so stellt es Mahlmann abschließend fest – ist „die Verkörperung von Wichtigem, das der Kunst dienen kann, Charakter und Substanz nicht zu verlieren, denn es ist in seinen besten Teilen das aus Normen und Institutionen geformte, keineswegs entzauberte, merkwürdig anziehende Antlitz bestimmt gewordener, konkreter Gerechtigkeit“ (Mahlmann 2021, S. 288).

Mahlmann politisiert die Rechtswissenschaft auf seiner Suche nach dem „Guten“. Dieses Konzept müsste es eigentlich erlauben, klare Positionen zu beziehen. Auffallend ist aber, dass insbesondere in der „Konkreten Gerechtigkeit“ die Positionierungen, je konkreter die Problemlagen werden, an Schärfe verlieren. So etwa bei der Frage nach dem Ausgleich der in der EMRK enthaltenen Grundrechtsverbürgungen mit dem Einschätzungsspielraum der Mitgliedsstaaten („margin of appreciation“); Mahlmanns Stellungnahme ist hier zurückhaltend. Er konstatiert lediglich, dass die margin-of-appreciation-Doktrin im „Höchstmaß“ umstritten und es „alles andere als klar“ sei, „was sie im konkreten Fall genau bedeutet“ (Mahlmann 2021, S. 152). Unweit vorher schreibt er aber: „internationale Formen der Begrenzung [...] der Souveränität des klassischen Nationalstaats sind zu begrüßen, wenn sie die individuelle Autonomieverwirklichung unter Gerechtigkeitsprinzipien in der einen Welt befördern“ (Mahlmann 2021, S. 83). Diese unterschiedlichen Abstufungen in der Prägnanz, mit denen Mahlmann arbeitet, erschweren es, die volle Tragweite seiner Position zu erkennen.

Auch wie das Thema Religion in einer unnötig distanzierter Weise in beiden Schriften behandelt wird, verwundert. Denn Mahlmann nimmt religiöse Phänomene vor allem in ihrem Konfliktpotential in den Blick. Beispiele hierfür sind etwa die Abgrenzung seiner nicht zur Disposition gestellten Normen und Einrichtungen gegenüber „irgendwelche[n] (dezisionistische[n], religiöse[n], metaphysische[n], durch Gewalt verankerte[n], performative[n]) Setzungen, die der

Begründung enthoben wären“ (Mahlmann 2018, S. 111). Deutlicher wird das distanzierte Verhältnis in dem Abschnitt mit der Überschrift „Recht und Religion“ (Mahlmann 2021, S. 256–258) der „Konkreten Gerechtigkeit“. Dieses Verhältnis wird hier ausschließlich am Grad der Trennung behandelt. Moderne Verfassungsstaatlichkeit ist für ihn durch eine „allmähliche Trennung von Recht und Religion, sowie von Staat und Formen organisierter Religion“ ausgezeichnet. Mahlmann macht es sich aber zu leicht, wenn er etwa für das Trennungsmodell in den USA mit Verweis auf den Regelungsgehalt des 1. Zusatzartikels – also die Beschränkung der föderalen Kompetenz zugunsten des Staatskirchenrechts der Einzelstaaten – eine „strikte“ Trennung „vorgeschrieben“ meint. Tatsächlich ist die staatskirchenrechtliche Lage in den USA als eine „Nation under God“ deutlich komplexer. Unter der Überschrift „Gründe für die Trennung von Recht und Religion“ bestimmt Mahlmann „Recht und Staat“ als „Ordnungsinstanzen“, die um der Vermeidung „von religiösen Auseinandersetzungen und Kriegen“ willen, eine „säkulare Friedensordnung“ zu schaffen hätten (Mahlmann 2021, S. 257). Eine solche durch die Trennung von Recht und Religion gekennzeichnete Friedensordnung „jenseits einer spezifischen Religion“ sei deshalb „mit der Glaubensfreiheit als Grundrecht verbunden, die gerade diesen Raum der Entfaltung unterschiedlicher Religionen, aber auch nicht-religiöser Perspektiven garantiert“ (Mahlmann 2021, S. 257). Hieran ist nichts auszusetzen, nur Mahlmann führt dann als zweiten Grund für die Trennung die philosophische Religionskritik des 18. Jahrhunderts und das seitdem zunehmende Zutrauen, aufgrund des eigenen „Urteilsvermögens Rechtsinhalte auch ohne religiöse Führer bestimmen zu können“, an (Mahlmann 2021, S. 257). Zusammen mit der Aussage, dass es zwar nicht um eine „Absage an Religiosität überhaupt“ ginge, sondern nur darum, „ob Religion für die Bestimmung des Inhalts von Recht die entscheidende Instanz sein soll oder ob auf andere Mechanismen vertraut wird, wie etwa den demokratischen Prozess und die menschliche praktische Urteilsfähigkeit“ (Mahlmann 2021, S. 257), besteht hier Raum für Missverständnisse; dass etwa Religion aus der Öffentlichkeit oder zumindest aus den Prozessen demokratischer Verständigung herausgefiltert gehöre. Mahlmann grenzt sich hiergegen nicht deutlich genug ab.

Dabei wäre das Thema „Religion“ eigentlich eine gute Nagelprobe für Mahlmanns Konzept. Denn ein freiheitliches Modell hält die Pluralität in der Erkenntnis über das, was als „legitime Ordnung“ (Mahlmann 2021, S. 220) gelten soll, aus. Zumal in den Traditionsbeständen gelebter Religion auch mit einer Widerständigkeit religiöser Rationalität gegen ein sich verabsolutierendes bzw. ein sich in die Vernunft verabschiedendes Staatswesen zu rechnen ist. Wie der Umgang mit Pluralität bzw. wie sich eine solche Pluralität in Mahlmanns Konzept entfalten kann, wird aber in diesen beiden Schriften nicht mehr behandelt. Beide Schriften sind

nichtsdestotrotz eine erfrischende Lektüre, die gerade mit ihren offenen Enden zu weiteren Gedanken anregen.

## Literatur

Kant, Immanuel (1912/1923), Zum Ewigen Frieden, in Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Bd. VIII, Berlin: De Gruyter, S. 341–386.