

ZEITSCHRIFT FÜR RECHTS- SOZIOLOGIE

THE GERMAN JOURNAL OF LAW AND SOCIETY

HERAUSGEGEBEN VON

Alfons Bora

Christian Boulanger

Michelle Cottier

Walter Fuchs

Pierre Guibentif

Vagias Karavas

Andrea Kretschmann

Stefan Machura

Doris Schweitzer

**DE GRUYTER
OLDENBOURG**

ABSTRACTED/INDEXED IN Baidu Scholar · Cabells Journalytics · CNKI Scholar (China National Knowledge Infrastructure) · CNPIEC: cnpLINKer · Dimensions · EBSCO (relevant databases) · EBSCO Discovery Service · Google Scholar · IBR (International Bibliography of Reviews of Scholarly Literature in the Humanities and Social Sciences) · IBZ (International Bibliography of Periodical Literature in the Humanities and Social Sciences) · J-Gate · JournalTOCs · KESLI-NDSL (Korean National Discovery for Science Leaders) · Microsoft Academic · MyScienceWork · Naver Academic · Naviga (Softweco) · Primo Central (ExLibris) · Publons · QOAM (Quality Open Access Market) · ReadCube · SCImago (SJR) · SCOPUS · Semantic Scholar · Sherpa/RoMEO · Summon (ProQuest) · TDNet · Ulrich's Periodicals Directory/ulrichsweb · WanFang Data · WorldCat (OCLC) · Yewno Discover

ISSN 0174-0202 · e-ISSN 2366-0392

Alle Informationen zur Zeitschrift, wie Hinweise für Autoren, Open Access, Bezugsbedingungen und Bestellformulare, sind online zu finden unter www.degruyter.com/zfrs

HERAUSGEGEBEN VON Alfons Bora (Bielefeld), Christian Boulanger (Frankfurt a. M.), Michelle Cottier (Genf), Walter Fuchs (Wien), Pierre Guibentif (Lissabon), Vagias Karavas (Luzern), Andrea Kretschmann (Lüneburg), Stefan Machura (Bangor, Wales), Doris Schweitzer (Gießen)

REDAKTION Dr. Walter Fuchs, MA, IRKS Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie, Museumsstraße 5/12, 1070 Wien, Österreich. E-Mail: walter.fuchs@irks.at / Dr. Christian Boulanger, Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Hansaallee 41, 60323 Frankfurt a. M., E-Mail: boulanger@lhlt.mpg.de

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT Brun-Otto Bryde (Gießen), Kai-D. Bussmann (Halle), Armin Höland (Halle), Fritz Jost (Bielefeld), Susanne Karstedt (Mt. Gravatt), Wolfhard Kohte (Halle), Rüdiger Lautmann (Bremen), Doris Mathilde Lucke (Bonn), Wolfgang Ludwig-Mayerhofer (Siegen), Martin Morlok (Düsseldorf), Konstanze Plett (Bremen), Klaus F. Röhl (Bochum), Ralf Rogowski (Warwick), Gunther Teubner (Frankfurt a. M.), Manfred Weiss (Frankfurt a. M.)

VERLAG Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston, Genthiner Straße 13, 10785 Berlin, Germany

JOURNAL MANAGER Jana Kuchta, De Gruyter, Genthiner Straße 13, 10785 Berlin, Germany, Tel.: +49 (0)30 260 05-228, Fax: +49 (0)30 260 05-250, E-Mail: jana.kuchta@degruyter.com

ANZEIGENVERANTWORTLICHER Markus Kügel, De Gruyter, Rosenheimer Str. 143, 81671 München, Germany. Tel.: +49 89 76 902-424, E-Mail: anzeigen@degruyter.com

© 2021 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston

SATZ Dörlemann Satz, Lemförde

DRUCK Franz X. Stückle Druck und Verlag e.K., Ettenheim



Inhalt

40 Jahre Zeitschrift für Rechtssoziologie

Alfons Bora, Christian Boulanger, Michelle Cottier, Walter Fuchs,
Pierre Guibentif, Vagias Karavas, Andrea Kretschmann, Stefan Machura,
Doris Schweitzer

Mitteilung der Herausgebenden — 1

Judith Beyer/Felix Girke

The State of Custom: Gerd Spittler’s “Dispute settlement in the shadow of Leviathan” (1980) today — 3

Gesine Fuchs

Rechtsmobilisierung. Ein Systematisierungsversuch — 21

Abhandlungen

Kathrin Behrens

The Legal Interpellation of Citizens – A Constitutional Analysis — 44

Stefan Kühl

Violating “laws of the state” and “laws of the organization” — 71

Michael Wutzler

**Zwischen Absicherung, Irrelevanz und Infragestellung der Liebe:
Deutungen heiratender Paare in der Thematisierung und Aushandlung von
Eheverträgen — 97**

Rezensionsessay

Hubert Rottleuthner

**Inga Markovits, Diener zweier Herren. DDR-Juristen zwischen Recht und
Macht — 134**

Rezension

Jörn Reinhard

Recht oder Nicht-Recht. Vom Unbehagen an der Juridifizierung der Gesellschaft. Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Ludger Heidbrink (Hrsg.), Recht auf Nicht-Recht. Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft — 165

Mitteilung der Herausgebenden

<https://doi.org/10.1515/zfrs-2021-0001>

Im Jahr 2020 jährte sich das Erscheinen des ersten Hefts der Zeitschrift für Rechtssoziologie zum vierzigsten Mal. Die Redaktion hatte einiges vor: ein Jubiläumsheft, das die Beiträge des ersten Hefts vor dem Hintergrund der vier Jahrzehnte seit Ihrer Publikation neu lesen und würdigen sollte; eine größere Veranstaltung sollte dies begleiten. Die Pandemie hat uns jedoch einen Strich durch die Rechnung gemacht. Sie hat unter anderem zu einer Produktionsverzögerung geführt, der wir in diesem Jahr mit einer Mehrproduktion an Heften – dem Doppelheft 1–2/2020 und zwei weiteren Heften für den Jahrgang 2021 – Rechnung tragen. Für diese Verzögerungen möchten wir uns bei unseren geschätzten Leserinnen und Lesern entschuldigen. Einige Beiträge aus dem geplanten „Jubiläumsheft“ drucken wir in diesem Heft ab, weitere ggf. in loser Folge in den kommenden Heften. Die Jubiläumsveranstaltung war als Rundtischgespräch auf dem von der Vereinigung für Recht und Gesellschaft initiierten Workshop „Socio-Legal Perspectives on the Rule of Law“ vom 26.–27. November 2020 in Frankfurt (Oder) geplant. So wie der Workshop musste auch diese Veranstaltung dann ins Virtuelle ausweichen. Wir hoffen, dass wir bald wieder auch persönlich mit Ihnen über unsere Zeitschrift diskutieren können, zum Beispiel auf der kommenden Dreiländertagung der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen in Innsbruck 2023.

Einige Neuigkeiten gibt es: Die Redaktion hat sich leicht verändert – seit dem Jahrgang 2020 sind Armin Höland, Doris Mathilde Lucke und Wolfgang Ludwig-Mayerhofer aus der Redaktion ausgeschieden. Wir blicken mit Freude auf die jahrzehntelange Zusammenarbeit zurück und möchten ihnen auf diesem Wege noch einmal ganz herzlich für Ihre Arbeit danken. Neu dabei sind Christian Boulanger (Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt a.M.), Vagias Karavas (Universität Luzern) und Andrea Kretschmann (Leuphana Universität Lüneburg). Christian Boulanger hat von Armin Höland die Buchrezensionen übernommen. Neu ist auch, dass die Zeitschrift erheblich digitaler geworden ist: Sie ist jetzt bei Twitter unter @zfrsoz aktiv – wir laden Sie herzlich ein, uns zu folgen, um Informationen zur Zeitschrift und aus der Welt der Rechtssoziologie über diesen Kanal zu bekommen. Neben unserer Präsenz bei De Gruyter, auf die Sie über die Adresse <http://zfrsoz.info> weitergeleitet werden, haben wir auch eine Seite beim wissenschaftlichen Blog-Portal [hypotheses.org](https://zfrsoz.hypotheses.org) eingerichtet, <https://zfrsoz.hypotheses.org>. Hier stellen wir Informationen bereit, die über die Angebote auf der Verlagsseite hinausgehen. Unter anderem ist geplant, dort Inhalte der

Zeitschrift themenspezifisch aufzuarbeiten. Schließlich werden wir dazu übergehen, Einreichung und Begutachtung der uns angebotenen Manuskripte über ein Online-System abzuwickeln.

Liest man die „großen“ Editorials der Zeitschrift in den Heften 1/1980 und 2/2000 wird deutlich, wie sehr sich die Situation der Rechtssoziologie über die Jahre verändert hat, auch wenn das Grundproblem der mangelnden Institutionalisierung weiterhin besteht. Derzeit scheint sich ein leichter Aufschwung der sozialwissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Recht abzuzeichnen, so dass wir einige der dringlichen Forschungsdesiderata aufgegriffen sehen. In diesem Zuge sehen wir aber auch, dass viele dieser Auseinandersetzungen „unter anderem Namen“ (Röhl), also in anderen Disziplinen oder in interdisziplinären, sich thematisch findenden, Forschungszusammenhängen stattfinden. Die Zeitschrift steht teilweise vor neue Aufgaben: ihre Aufgabe wird es auch sein, Brücken zu diesen Forschungsrichtungen auf- und Rezeptionshindernisse abzubauen, etwa zur Politikwissenschaft, zur Migrationsforschung oder zur interdisziplinär arbeitenden Rechtswissenschaft. Auch die internationale Vernetzung soll verstärkt werden. Wir streben daher auch an, die Zahl der englischsprachigen Beiträge zu erhöhen. Schließlich wird es auch darum gehen, junge Wissenschaftler:innen für die Rechtssoziologie und die interdisziplinäre Rechtsforschung zu gewinnen; in diese Richtung zielen auch unsere Online-Aktivitäten.

Wir freuen uns auf die kommenden Jahre mit Ihnen und freuen uns jederzeit über Ihre Kommentare, lobend oder kritisch, gerne unter redaktion@zfrsoz.info.

Alfons Bora, Christian Boulanger, Michelle Cottier, Walter Fuchs, Pierre Guibentif, Vagias Karavas, Andrea Kretschmann, Stefan Machura und Doris Schweitzer

Judith Beyer*/Felix Girke

The State of Custom: Gerd Spittler's “Dispute settlement in the shadow of Leviathan” (1980) today

<https://doi.org/10.1515/zfrs-2021-0002>

Abstract: In our article, we engage with the anthropologist Gerd Spittler's path-breaking article “Dispute settlement in the shadow of Leviathan” (1980) in which he strives to integrate the existence of state courts (the eponymous Leviathan's shadow) in (post-)colonial Africa into the analysis on non-state court legal practices. According to Spittler, it is because of undesirable characteristics inherent in state courts that the disputing parties tended to rather involve mediators than pursue a state court judgment. The less people liked state courts, the more likely they were to (re-)turn to dispute settlement procedures. Now how has this situation changed in the last four decades since its publication date? We relate his findings to contemporary debates in legal anthropology that investigate the relationship between disputing, law and the state. We also show through our own work in Africa and Asia, particularly in Southern Ethiopia and Kyrgyzstan, in what ways Spittler's by now classical contribution to the field of legal anthropology in 1980 can be made fruitful for a contemporary anthropology of the state at a time when not only (legal) anthropology has changed, but especially the way states deal with putatively “customary” forms of dispute settlement.

Zusammenfassung: Dieser Artikel befasst sich mit dem wegweisenden Artikel „Streitregelung im Schatten des Leviathans. Eine Darstellung und Kritik rechts-ethnologischer Untersuchungen“ (1980) des Ethnologen Gerd Spittler, in dem er die Existenz staatlicher Gerichte (der namensgebende Schatten des Leviathans) im (post-)kolonialen Afrika in die Untersuchung von außergerichtlichen Rechtsformen einbezieht. Nach Spittler liegt es an den unerwünschten Charakteristika staatlicher Gerichte, dass Streitparteien es vorzogen, eine informelle Vermittlungsinstanz heranzuziehen als ein Urteil vor Gericht anzustreben: je weniger Menschen die Gerichte mochten, desto eher wandten sie sich Streitschlichtungs-

Korrespondenzautor*innen: Judith Beyer, Professor. Head of Research Group “Social and Political Anthropology”, University of Konstanz, 78457, Germany, +49 (0) 7531 88-5072, E-Mail: judith.beyer@uni-konstanz.de

Felix Girke, Dr. phil. Academic Coordinator International Management Asia-Europe, HTWG University of Applied Sciences, Konstanz, 78462, Germany, +49 7531 88 5597, E-Mail: felix.girke@htwg-konstanz.de

regelungen zu. Wir beziehen Spittlers Erkenntnisse auf gegenwärtige Debatten in der Rechtsethnologie um die Beziehungen zwischen Streit, Recht und Staat. Anhand unserer eigenen Forschungen in Südäthiopien und Kirgistan demonstrieren wir, wie Spittlers mittlerweile klassischer Beitrag zur Rechtsethnologie immer noch für eine zeitgemäße Ethnologie des Staates fruchtbar gemacht werden kann, wobei sich seither nicht nur die (Rechts-)Ethnologie gewandelt hat, sondern auch der konkrete Umgang von Staaten mit vorgeblich „gewohnheitsrechtlichen“ Formen der Streitregelung.

Keywords: state, custom, customary law, disputing, harmony, legal anthropology

Over four decades ago, the German anthropologist Gerd Spittler, a specialist in West African societies with an early research interest in legal anthropological and legal sociological questions, wrote a path-breaking article for *The German Journal of Law and Society* entitled “Dispute settlement in the shadow of the Leviathan” (1980). In this text, Spittler – who later went on to investigate the relationship between peasants and the state as well as the lifeworld of Tuareg nomads – provides both a detailed description and a structured critique of legal anthropological scholarship. Reflecting where most work in this subfield had been done up until then, his text focuses on the colonial era and early post-colonial era in Africa, and highlights the relationship between institutions and procedures of dispute settlement and the role of the state, particularly of state courts. It was the first article that systematically reviewed the vast amount of anthropological monographs written by mostly British social anthropologists on dispute settlement in its relation to the state. Spittler’s main argument is that the predominance of the diverse forms of informal dispute resolution which anthropologists “found” in their African fieldsites were already essentially tied up with and even predicated upon the existence of the state and its courts: even during the colonial era, when most anthropologists set out to study “traditional” legal institutions, the state had already been a central force to reckon with, even if the researchers at the time often seemed to either not understand or obfuscate this fact: to assume an opposition between “traditional” dispute institutions (or “primitive courts”) and “modern” courts, Spittler stated, was therefore unwarranted (1980: 6).

In our review article, we first provide a concise summary of Spittler’s line of thought as he develops it in his seminal article. Second, we relate his findings to contemporary debates in legal anthropology that investigate the relationship between disputing, law and the state. Third, we show through our own work in Africa and Asia, particularly in Southern Ethiopia and Kyrgyzstan, in what ways Spittler’s by now classical contribution to the field of legal anthropology in 1980

can be made fruitful for a contemporary anthropology of the state at a time when not only (legal) anthropology has changed, but especially the way states deal with putatively “customary” forms of dispute settlement.

Reviewing Gerd Spittler’s “Dispute settlement in the shadow of the Leviathan”

Dispute settlement had become the centre of legal anthropological attention only in the middle of the 20th century. Before, anthropologists had predominantly studied crimes and their sanctions in Melanesia and Africa with the aim to understand how order and social control were upheld in the diverse societies under colonial rule that were accessible for fieldworkers. The interest in these topics is often linked to the putative need of colonial authorities to introduce legislation and sanctions as means to enforce colonial order; contrary to many introductory textbooks, the evidence – especially as so carefully documented by Herbert Lewis (e. g. 2004, 2014, esp. Ch. 1 and 4) – is in that little of what the anthropologists produced was instrumentally useful. Already Talal Asad acknowledged that “the role of anthropologists in maintaining structures of imperial domination has, despite slogans to the contrary, usually been trivial” (Asad 1991: 314). While this disentanglement is worthwhile, we are here mostly interested in the research contexts, and which role the respective presence of state structures played in these older studies.

Bronislaw Malinowski’s *Crime and Custom in Savage Society* (1926), Isaac Schapera’s *A Handbook of Tswana Law and Custom* (1938), Paul Bohannan’s *Justice and Judgment Among the Tiv* (1957), Leonard Pospisil’s *The Kapauku Papuans of West New Guinea* (1958) and Philip Gulliver’s *Social Control in an African Society* (1963) are some of the key publications of this era – valuable for their ethnographic depth and detail, and embedded in a late colonial setting. From the mid-1950s onwards, anthropological interest gradually moved towards the topic of disputes and their settlement. This shift reflected a more general theoretical reorientation away from functionalism and structural-functionalism towards processual analysis, often of conflicts and their settlement. Non-Western societies were no longer predominantly viewed as existing in a permanent state of equilibrium where custom was “king” and impeded “development”; much rather, interest arose in concrete conflicts and disputes in postcolonial countries, where the reach of state institutions seemed still incomplete.¹ By focussing exclusively

¹ This approach was later particularly strongly developed in the ‘Berlin School’ of social anthropology, as Thomas Hüsken recounts (2004), which assumed that the procedural and institu-

on non-state institutions, however, these early authors posited a spectrum (with the state and its institutions on the opposite end), thereby largely neglecting the state's essential impact on the very phenomenon they were studying. Spittler's English-language abstract already helpfully states this main argument (and his main objection to the legal anthropology of the time) in a few lines:

"Anthropologists explain the widespread use and success of dispute institutions by cultural factors or by social structure (ongoing relationship, cross-cutting ties, equality). Organized courts are added in this article as another explanation. They contribute to the invocation and effectiveness of the dispute institutions due to their limited capacity and by forbidding violent self-help and monopolizing major cases. Another factor is that parties to the dispute may threaten to take the case to the detested courts." (Spittler 1980: 4)²

To wit: drawing conclusions on culture, local ideology or social structure on the basis of an observed prevalence of compromise-oriented dispute settlement is spurious if one does not take into account that state courts exist and are available as an alternative recourse, which would, however, without doubt escalate the dispute itself. He goes on to substantiate this critique. His essay itself is divided into six parts: an un-numbered preamble, and five numbered sections.

After the preamble, which establishes some basic terminology and sketches the tensions inherent in the topic, in the second part of his article, "Verhandlungen und einfache Rechtsinstanzen: Deskription" (p. 7–15), Spittler reviews the early literature on dispute settlement starting with its simplest form: direct negotiations between disputants. In a negotiation, the parties ideally talked things out. In doing so, they might invoke norms to lend legitimacy to their arguments, but these norms were not decisive for the outcome as there was no third party involved that would have ensured their enforcement. Once a "go-between" such as an elder, a lineage head, a chief, or a chairman got involved, legal anthropologists began to refer to this type of dispute settlement as a "court" or "tribal court" (e. g. Gluckman 1968), yet the focus was still not on enforceability but on reconciliation. And while the third person was not part of a state and the position he occupied was not his profession but voluntary or hereditary, in most ethnographic accounts he gets referred to as "judge".³ Distinctive of such "tribal courts" was that there were usually no fees to pay and no lawyers to hire. The language used in these negotiations was not legalistic, but rather focused on a shared, implicit understanding of what the "customs and traditions" of the particular group

tional "organisation of heterogeneity" presents challenges (legal, political, economic) to all societies without exception.

² All quotes from Spittler's article have been translated from German into English by the authors.

³ These positions were almost exclusively taken up by men.

were – but these were usually not accessible as an established repertoire, but rather imagined as shared among everyone, including the judges. According to Gluckman (1967), such “customary rules” were often suggested in situ and then declared to be “traditional”. In sum, there was little differentiation between social and legal norms. People had, in the words of Paul Bohannan, “‘laws’ but they do not have ‘law’” (Bohannan 1957: 57).

The next section (“Verhandlung und einfache Rechtsinstanz: Erklärung für Verbreitung und Erfolg”, p. 16–21) seeks to systematize the previous description. Here, Spittler sets out to investigate what these authors’ actual lines of argumentation were for explaining why the set-up of two disputing parties and a “go-between” was so commonly observed, and – as it were – had become legal anthropologists’ favourite model when studying dispute settlement at the time. Spittler detects three common explanatory models, and finds them all lacking. First is the “universalist hypothesis”, which acknowledged that the processes of negotiation, mediation and reconciliation the anthropologists observed in (mostly) African societies might as well have been observed in contemporary England. But as the predominant interest in non-state dispute settlement procedures was initially fuelled by the researcher’s dissatisfaction with their own societies and a subsequent idealization of anything they considered to be “traditional” abroad, the universalist hypothesis only gained limited ground, and the focus of legal anthropology firmly remained on the seemingly special case of non-European societies. Also, Spittler adds, the universalist hypothesis had nothing to say to the side-by-side existence of different legal systems, which in retrospect appears as its more fatal flaw to him.

A second hypothesis employed the concept of “culture” as developed within American cultural anthropology. According to this viewpoint, argues Spittler, some “cultures” were regarded as more prone towards dispute settlement whereas others were viewed as more inclined towards conflict (Benedict 1934⁴). Spittler holds that law can both be a limiting factor in regard to how people are able to dispute and an enabling factor as it lets people justify their transgressions from the status quo in its very name (Spittler 1980, 17); culture does not necessarily constrain the cognitive or normative action space, but might well enable boundlessly creative inventions. As such, he finds the culturalist hypothesis as unconvincing as the universalist one.

4 Ruth Benedict has been criticized for portraying the Zuni of New Mexico as prudent and amicable whereas the ‘amity’ observed among them was a result of repressive authoritarianism; such a constellation is commonly discussed in terms of harmony ideology today (see Beyer & Girke 2015).

The third hypothesis looks at the topic of dispute settlement from the perspective of social structure. By addressing the issue of social structure, legal anthropologists focussed on the wider context in which dispute settlement procedures were embedded, as well as the accessibility of mediation to the disputing parties (Spittler 1980: 10–11). The judge could act as a mediator because he upheld long-term and multiplex relations with both disputing parties. In order to reach a compromise, he was willing to look at “the total social relation” and not only at the dispute matter at hand. In contrast to state courts, argues Spittler, where much emphasis is placed on the enforceability of a judgment, the key task for the “go-between” is to reconcile the parties because they needed to continue living amongst and with one another after the court session was over. Moreover, the social structure-hypothesis found reciprocity rather than sanctioning to be key. Next to transactions in the economic, political or religious sphere, establishing and maintaining cross-cutting ties by marrying-out one’s women or by getting one’s elders to talk to one another was found to be another important factor that helped settle disputes or prevent them from turning into open conflict (Colson 1953; Meillassoux 1973, 1976). While Spittler devotes twice as much space to the arguments made in the name of social structure, he remains critical of this body of literature in the end as legal anthropologists seemed to have interpreted their ethnographic data again in a functionalist way, namely by arguing that the main purpose of reciprocity and cross-cutting ties was to settle disputes (Spittler 1980: 20). The reason why dispute settlement existed in these societies was thus envisioned to prevent a Hobbesian situation where latent mistrust prevails between all members of society and where their subjection under a state’s control is the only way to prevent a war of all against all from breaking out. Spittler reaches the conclusion that such a reading is too narrow and – again – that the cited studies still gloss over the role of the state.

In the next section (“Streitregelung im Schatten der Selbsthilfe”, p. 21–22), he briefly addresses “self-help”, i. e., feuding in acephalous societies in Melanesia and South America, and quickly summarizes that this latent state of war in these settings is different from African cases, where non-violent dispute resolution seemed more prevalent: but in Africa, he affirms, by the time of its ethnographic exploration, we do not encounter truly acephalous societies anymore due to the Pax Britannica (1980: 22). Accordingly, he adds, the ethnographers who had claimed that legal negotiations were so important, did observe the phenomenon correctly, but greatly overstated it being grounded in acephalous structures.

With this, his account of the early legal anthropology is complete, and he sets out (in the section “Streitregelung im Schatten des Leviathans”, p. 23–27) to further articulate his own argument, and that is to integrate the existence of state courts (the eponymous Leviathan’s shadow) into the analysis on non-state

court legal practices. He systematically identifies five main factors. (1) The colonial state's prohibition of vigilante justice, as it had often been practiced among acephalous societies where the courage to fight was viewed as a virtue, led to the gradual predominance of non-violent forms of dispute settlement. The state's monopoly on deciding all cases that were not considered to be 'minor' helped ease the workload for non-state institutions. (2) Spittler emphasizes that especially severe cases, both capital crimes and disputes between strangers where no mediation was easily available, tended to be adjudicated by state courts. This division of legal labour might have given rise to the impression that courts were coercive ("dirty") and dispute resolution was amicable ("clean"); but Spittler drives home the point that both were always complementary (1980: 24). (3) However, the limited capacity of state courts to effectively deal with large numbers of cases and the negative reputation of state courts among the colonized population kept non-state dispute settlement institutions in favour. Often, even state courts lacked the means to enforce a judgment due to organizational reasons which in turn led disputants to not bother approaching them in the first instance as both lawyers and the court need to be paid. (4) But beyond the "organisational deficits" of capacity, there were many procedural reasons for people to avoid state courts – Spittler lists obstacles including high costs, constraints on speaking freely, necessity of a lawyer, and often enough the requirement to use a different (national) language. In terms of material law, there could also be a lack of fit, he adds: there was little chance to get a court to hear a complaint about witchcraft. More generally, many laws were simply not accepted as helpful and appropriate, especially regarding personal and family law (1980: 25). To wit, going to court was expensive, unpredictable, and the results often did not feel just. (5) Finally, Spittler asserts that not only the popularity but also the success of dispute settlement must be understood as a result of the existence of negatively perceived state courts (1980: 25–26). Threats from one of the parties or a "go-between" to escalate a case from the shade tree to the next state court furthered the reconciliation efforts of the disputing parties as many legal anthropologists have emphasized (e. g. Bohannan 1957; Gulliver 1963; Collier 1973). Thus, the mere invocation of a state court could become an effective sanction and as such part and parcel of dispute resolution.

In summary, the reasons why parties to a dispute were reluctant to address state courts include the following: by moving a dispute settlement into a state court, the disputants' very problem was transformed in terms of the language in which it could be addressed and in terms of the way it was being dealt with. A matter of civil concern could become a criminal matter, for example. Instead of paying a compensation a dispute party might have been sent to prison. But not only that the risks involved for the disputing parties were too high regarding misunderstanding, misrecognition and mistreatment, the very judgments that were

spoken in state courts were often not considered “just” (Spittler 1980: 24–25). According to Spittler, it is because of these undesirable characteristics inherent in state courts that the disputing parties tended to involve mediators rather than pursue a judgment in a state court. In other words: the less people liked state courts, the more likely they were to (re-)turn to dispute settlement procedures. This is how he ends his article. Now how has this situation changed in the last four decades since its publication date?

To address this question, it is worthwhile to return to the title he chose to give to his paper, and the questions he is asking about the domains of state and non-state domains: Why does the Leviathan cast a shadow, and on what? Did Gerd Spittler play with the association – common among anthropologists – of dispute settlement, particularly in Africa, mostly taking place under a shade tree where people would gather to escape the scorching heat? The shade tree was also the place where negotiations, mediations and dispute settlements occurred; but it seems more likely that he was not evoking the cool shade, but the obfuscating shadow cast by the (post-) colonial state. There, dispute settlement was happening, but not well visible. Either way, the benefit of the metaphor is unclear – if the argument is that even dispute settlement outside the courts (for reasons we will sum up below) was intrinsically shaped by the presence of state courts, why would this fall *outside* the Leviathan, as a shadow surely must? Or does the Leviathan cast a shadow within itself?⁵ We take this ambiguity to reflect the central concern of the article – what even is of the state and what is beyond it, specifically regarding dispute settlement? Already the title of Spittler’s original contribution indicates that this is difficult to decide. In the following, we expand Spittler’s approach and suggest that this is more than a tricky theoretical reflection for scholars only: it is of relevance for the participants in the legal and political processes studied by anthropologists themselves, and it is methodologically safe to assume that the people involved in the empirical phenomena have their own understandings of the issue at stake.

⁵ This is Thomas Bierschenk’s reading, for whom the shadow represents the awareness of those involved in dispute settlement that the (coercive) state institutions are always looming over their negotiations (2004: 204, fn. 35).

Disputing and customary law in the contemporary anthropology of the state

Since 1980, the anthropology of the state, only nascent at the time of Spittler's writing, has developed into one of the most diverse and dynamic subfields within anthropology. A few examples of recent publications serve to indicate how the questions he was concerned with are considered today.

In a comparative article that seeks to reconnect ethnographic legal studies in terms of the convergence in anthropological and sociological traditions, Jonas Bens and Larissa Vettters argue that both legal anthropology and legal sociology have moved away “from studying processes of dispute resolution as a classical topic of a legal anthropology to the analysis of the internal workings, material and affective arrangements as well as external perceptions of official legal institutions” (Bens and Vettters 2018: 246). It is nowadays the state and its law, formerly a focus of legal sociologists, that is increasingly centred in legal anthropology. The sensitizing concept of legal pluralism, argue Keebet von Benda-Beckmann and Bertram Turner (2018), has played an important role in this regard as it allowed for a pluralization of what scholars understand by the concept of ‘law’ in the first place. Further, von Benda-Beckmann and Turner argue that “dispute studies were [...] instrumental in the ‘discovery’ of plural legal configurations within the modern nation state” (2018: 259). Thus, on the one hand, legal anthropologists have moved away from dispute studies as a topic of inquiry, but on the other hand, a focus on disputes and their resolution has been a crucial avenue that allowed a more complex understanding into the very ways in which states operate.

A recent edited volume investigates “The state and the paradox of customary law in Africa” (Zenker & Höhne 2018a). The state of customary law is, according to the two editors, unchanged: “a constantly evolving, usually unwritten and often partly uncertain normative order ... bound to change continuously” (Zenker & Höhne 2018b: 1). They acknowledge the central role of the state in this dynamic, and denounce the “colonial imagination” of custom. Still, they confirm that what was imagined as customary law was allowed to be practiced as long as it “did not challenge colonial overrule” and was not overly “repugnant” (ibid.); they also helpfully follow other authors in separating such tolerated and imagined “official customary law” from “precontact native law” (2018b: 2), a move surely appreciated by Spittler as it serves to further disentangle the relation of state- and non-state dispute resolution. Their book acknowledges that dealing with customary law was a very practical concern for administrators, bureaucrats and politicians in many countries (specifically in Africa), and that doing this work while representing a state cannot but engender sophisticated reflections on the relation of both.

Their eponymous paradox to us seems less like a paradox and more like a list of nested practical and conceptual tensions: the state cannot be certain whether “acknowledging or ignoring customary orders” will facilitate its aims; recognizing customary law has a chance to destroy in the attempt to protect it; and administrators sometimes need to “deal with the reign of custom simply to get their own work done” (2018b: 5) even under conditions of legal pluralism. While the term ‘paradox’ can be debated, the intervention is helpful in emphasizing that of course people involved in negotiations over different legal institutions must have been aware of the dialectics of the situation. Not only have residents of the state’s periphery realized the shortcomings of the court system for their needs and concerns, but administrators, politicians and bureaucrats were equally aware that non-official dispute settlement was still going on and unlikely to ever be overcome. This, then, serves to complicate the assumption of Leviathan, the always forward-moving juggernaut of modernity that seeks to stamp out all tradition in its path: this is clearly not what happened, and happens now.

The debate in this volume is broader than Spittler’s argument and case material – the latter is, as we discussed, largely interested in the specific interrelation between official courts and dispute settlement, whereas Zenker, Höhne and their contributors treat with law in a multiplicity of contexts and take numerous other aspects into account, and add substantially to questions of the “invention of tradition” (e. g. 2018b: 7–9) and other matters that could be adduced here, but again go well beyond Spittler’s narrower argument.

But to return to the source: There is one section towards the end of Spittler’s “Streitregelung” which – while seemingly innocuous – reveals how reality has developed in a way not foreseen by him, and it is this section that to us unlocks a particularly fruitful update on the shadow of the Leviathan, and the interplay of “courts” and “dispute settlement”. Spittler, in the context of summarizing how the fraught and dangerous aspects of formal legal procedures facilitate the turn to informal dispute settlement, writes the following:

These courts, evaluated so negatively by the population, significantly contribute to the spread of negotiation and mediatory institutions. Where self-help [i. e., feuding] is forbidden, and approaching the courts seems ill-advised, negotiations and [local] legal instances offer themselves up as alternatives. Gluckman and his co-authors [Allott et al. 1969: 29–30] predicted that in Africa, under these conditions, ‘there would be a proliferation of moots and arbitrations outside the statutory system’. ... The administration sets up courts that are often not accepted by the population or which, due to limited capacity, can only deal with few cases. As a result, institutions based on arbitration or legal instances spread ever further. (Spittler 1980: 26)

Spittler seems to agree with this prediction; but what could be witnessed in Africa and Asia over these last decades has been quite the opposite: it is rather as if Leviathan itself has read Spittler, and taken his analysis as policy advice. As if in response to the observation that people were avoiding state courts and (re-)turning to dispute settlement institutions, where custom was still king, many countries have sought to incorporate such institutions into the state itself. Not only do states condone simple legal instances and ‘customary/alternative dispute resolution’ (CDR/ADR), especially in peripheral regions, but some go much further by incorporating them into formal law, thereby depriving them of whatever ‘traditional’ qualities they might have had. Subsequently, local actors sometimes struggle to redefine these neotraditional institutions as ‘theirs’ in an effort to reclaim them from the state.

In Central Asia, for example, local dispute resolution was already pluralistic before the Russian administrators began to change the legal landscape of the sedentary and nomadic territories in the nineteenth century. Disputes were being dealt with by lineage elders (*aksakals*; lit. whitebeards), by heads of encampments (*bii*; lit. head), or by experts applying *shari'a* law (*qadi*), depending on the geographical location. In general, customary and Islamic law were intertwined in many areas and could not be as easily separated as the Russians had imagined. With their arrival, “customary law” was written down and codified by colonial officers and ethnographers. Once codified, it could then be ranked lower than the newly introduced state laws. Next to Russian state law, Soviet revolutionary law and, after the collapse of the Soviet Union, international law, the possibilities regarding which law to invoke in a given disputing context became more pluralistic over time, as legal repertoires did not cease to exist only because the state had formally abolished them. They were, however, significantly altered so that when, from the 1990s onwards, the newly independent states of Central Asia began to draw on ‘customary law’ and alternative institutions for dispute resolution as part of their nation-building strategy, they again created ‘customary law’ anew rather than ‘revitalizing’ a previous one. As a result, the neotraditional institutions that emerged were firmly incorporated into state apparatuses and regulated by state law – just as it had been the case under Russian and Soviet rule. In Kyrgyzstan, for example, there now exist courts of elders (*aksakal* courts; lit. courts of whitebeards) in each village throughout the country. The constitution and a separate law stipulate that these courts should “judge according to the customs and traditions of the Kyrgyz people” yet nowhere it is specified what these customs and traditions are (see Beyer 2006). Moreover, the Kyrgyz never had *aksakal* courts in the past, only ad hoc gatherings of elders in their capacity as heads of households or lineages, mediating between the disputing parties as Spittler described in the early legal anthropological literature. Nevertheless, over the last two decades,

Judith Beyer has traced how the neotraditional institution of the *aksakal* courts was gradually reclaimed by the local village population and is nowadays regarded as “having always been ours”. Whereas in Kyrgyzstan we can thus observe neotraditionalization on the side of ‘the state’, there is also what Beyer has called ‘customization’ (Beyer 2015, 2016) on the side of the population: the subsequent rendering of social and legal innovations under the umbrella concept of custom (Kyrgyz *salt* or *ürp-adat*⁶). In doing so, people not only articulate togetherness vis-à-vis outsiders, but are able to present historic developments not as alien, but as something they themselves make happen. What the state imagines the *aksakal* courts to be doing and how disputes are actually being dealt with are two entirely different things (see Beyer forthcoming).

Not surprisingly, then, we find a gap between what is formally recognized as customary law, or legitimate dispute settlement, and how people actually prefer to practice these matters: the gap between lived practice and recognized form seems irreducible since it reflects not that people at the margins of the state are in any way culturally essentialist, but that they – as the proper Scott’ian “weak” (Scott 1985) – resist full incorporation and will continue to seek ways to mark this difference. To sensitize readers, then, we offer the shorthand that “customary law is not customary” (Chanock 1985: 4), and alternative dispute resolution is not alternative (Nader 1997). The framing that they are customary or alternative even is intrinsically political, as these mechanisms are usually facilitated, condoned and (quietly) supported by states and governments and serve to shape relations between the state and its constituent populations, in a global climate where claims of autochthony, indigeneity, and heritage have become an ever stronger currency. Rather than being stridently modern in suppressing customary practices, today we find instances of states displaying, as it were, a ‘postmodern’ attitude in trying to show that different “normative orders” can exist side by side. Examples abound.

Consider the case of Ethiopia, recently carefully presented by Getachew Assefa in an open access publication.⁷ He documents well how the state throughout most of the twentieth century enacted law codes “with the aim of bringing about the complete displacement of any non-formal sources of law that were hitherto in operation” (Assefa 2020: 43). Unsuccessfully – and in 1991, when the revolutionary government of the Ethiopian People’s Revolutionary Democratic Front (EPRDF), in pursuit of ethnic federalism, articulated “a policy of cultural self-de-

⁶ The Kyrgyz compound noun *ürp-adat* combines the Arabic terms for custom *urf* and *adat* – known throughout the Arab world and in Indonesia.

⁷ An earlier publication (Pankhurst & Getachew 2008) provides many valuable case studies from the various regions of Ethiopia.

termination for the ethno-linguistic communities of the country” (2020: 44). This was even reflected in the 1995 constitution, offering motive (in § 91, “the growth and enrichment of cultures and traditions”) and caveats (“compatible with fundamental rights, human dignity, democratic norms and ideals”), especially for family and personal laws. Regarding more serious legal matters, Getachew cites a 2011 ‘Criminal Justice Policy’ that the Attorney General has the option to choose to not pursue even capital crimes if “customary means [would bring about] the restoration of lasting harmony and peace among the victim and the wrongdoer” (2020: 53). The invocation of “harmony” here is a typical manifestation: the legal anthropologist Laura Nader (1990) introduced the term “harmony ideology” precisely to address these configurations where not only people are denied proper recourse to the law, but where there exists a broad and powerful tendency to gainsay real grievances. People proclaim that what really is at stake is a challenge to harmony, vaguely and softly defined as an absence not of trouble, but of the acknowledgement of trouble. Correspondingly, under a regime of harmony ideology, the question is often not who might be at fault in a dispute, but who challenged the reign of harmony by claiming to have been wronged in the first place. We have previously explored this concept and its application in Ethiopia and Kyrgyzstan (see Beyer & Girke 2015).

For our purposes in reviewing Spittler’s original contribution, revisiting harmony ideology matters because it often enough serves as a framework to legitimize a state’s acceptance of putatively customary dispute resolution. As has become clear from the summary above, there is a tangible linkage here: of course people living side by side are interested in reconciling and restoring social order – but they surely are not willingly blind to genuine sources of disagreement. If you will, the difference could be expressed in that customary dispute resolution was interested in ‘harmony as an outcome’, but state-sponsored ‘customary’ dispute resolution mistook this and perpetuates it as ‘harmony as procedure’.

In the South Omo Zone of Ethiopia, where Girke has done research primarily between 2003 and 2008, local residents have experienced state courts during that period as a looming shadow indeed. State law was virtually non-existent in the villages of the Kara in the lower Omo valley in regard to both civil and criminal cases, and only became applicable (or: available) when Kara traveled to the market towns of Dimeka and Turmi in the hills to the East, or the zonal capital of Jinka. In Ethiopia, which never became a European colony, the division between ‘highlanders’ who embody and belong to the state and ‘lowlanders’ in the peripheries of the country, is still pronounced, and the differences essentialized on both sides, and law is one of the key arenas where this divide becomes palpable; Ivo Strecker’s account (2013) of “the life and times” of Berimba, a local leader among the neighboring Hamar in the first half of the twentieth century is revealing in that

while a lot has changed since then, the descriptions of the tension between claims of national integration and practical exploitation and oppression of Hamar, Kara and others by the highlander overlords still rings familiar. Law, in particular, is an imposition, and Kara are aware that once they are called to court, their agency is reduced to a minimum, and neither their skills as orators nor the personal networks they have built up over the years to establish their *ethos* – a central capacity in these still primarily oral societies – will be of any help. At the same time, the Kara and their ‘cultural neighbors’ could not help but notice that while they are constantly admonished to obey laws and respect the state (and accept its rule as legitimate), the laws are at best unevenly and at worst arbitrarily enforced – which in turns sends a message about how powerful Leviathan really is, and how it invests its legal resources in the periphery (Girke 2018: 240). In the Omo region, state law is indeed mostly a distant shadow – and to Girke’s knowledge, no Kara has ever gone to court against another: “To claim, as the Kara and others do, the right to handle what amounts to legal issues internally, to not feel bound by Ethiopian law, has come to be an identity criterion ...” (Girke 2018: 158) Early during his fieldwork, Girke learned of a case of some Kara and Hamar youths who had been accused of committing an act of sexual violence in one of the market towns. They were arrested, brought to court, convicted of the deed, and sent to prison in the zonal capital for more than 6 years. Soon after, a young Kara herder assaulted a girl and fled into the savannah afterwards. Her brothers (including cousins on the paternal side) waylaid him and beat him close to death with sticks. After his wounds were healed, though, he was fully reintegrated into the village communities, as everybody was sure he had learned his lesson and had been appropriately punished. The other youths up in Jinka still had six years in prison lying ahead of them. The discrepancy was obvious, and it was clear which way to deal with a crime was seen as strictly preferable. Local administrators were of course well aware where the preferences lay, and especially in cases of escalating conflicts between the local polities resorted to admonishments of harmony and giving lip service, in their speeches at peace-making events, to respecting the “customs” and “traditional ways of reconciliation”, while pressuring the disputing parties to simply act as if a conflict had already been settled. In a display of true commitment to the irreducible gap between the state and themselves, even the conflicting parties (like the Nyangatom and Kara as described in Girke 2008) simply go along with the fallacious assumptions and propositions of administrators, ironically colluding with one another to minimize the potential friction with the administrators and the police (Girke 2015).

In effect, states that endorse ‘customary law’ and ‘alternative dispute resolution’ intend to co-opt what they cannot control (or cannot stamp out), while saving resources by keeping complicated and yet low-stakes cases from periph-

eral regions out of the formal legal system, which is likely thinly-stretched at the best of times. So this does not necessarily reflect an enlightened acknowledgment of lived traditions and authentic cultural-legal heritage: much rather, in many cases, we can interpret such policies as existing either in direct continuation of or in a *reprise* of colonial legal policies, only today in the barely disguised service of nation-building.

Conclusion

The seemingly protracted tension between states and their courts and a population unconvinced by Hobbes' dictum and their (re-)turn to what they can plausibly claim as 'their' own legal system is resolved: Leviathan cannot abide that alternative dispute resolution is truly alternative, and that customary dispute resolution be left to custom. So, what is in the shadow of the Leviathan and what does it hide?

Thomas Reinhardt (2018) recently posited three ways to understand 'shadows' in anthropology: as quasi-objects, as problematisations of a simple agent/patient dichotomy, or as raising complex questions of epistemology and time. Our reading of how the term 'shadow' applies to the empirical phenomenon – intended to honor Spittler's original choice of words – is more simple, but still not prosaic: what is in the shadow is less well visible, and sometimes intentionally so. Maybe Leviathan inevitably casts a shadow that obscures some things that happen within its domain? Maybe Leviathan intentionally arranges itself so that it blocks light from illuminating dark deeds, or actions that run against its ideological self-image? This seems pertinent, as today Leviathan finds it useful to cast light on dispute settlement, and acknowledges that its formal juridico-legal procedures and institutions need not apply equally to all under its power. We suggest, however, that for all this seemingly affirmative and emancipatory embrace of putatively traditional or customary practices, a new obscuring shadow has fallen, and it has fallen on the reasons *why* states are acting in this way: to let light fall on the realization that imposing the formal rule of law everywhere is more expensive and less efficient and still not seen as legitimate in many parts of many countries would be an admission of Leviathan's limits. Much better, then, to follow a harmony ideology doctrine and potentially even gain credit for expanding the purview of tradition, custom, culture, that is in today's terms, giving recognition to people's identity claims – rather than the rule of law.

Combined with the other readings we have referenced above, this leads to the uncomfortable realization that the colonial state and the postcolonial state of the

late-twentieth and early twenty-first century are not entirely dissimilar from one another in how they deal with non-statutory and allegedly customary dispute resolution: *both* have tried and are trying to accommodate or encapsulate or in some other utilitarian way give space to non-state legal instances. In that sense, newer literature turns Spittler's argument against himself: not only did the scholars of yore that he criticizes miss the dialectic of state/non-state legal institutions, but he himself seems to have underestimated the approach of Leviathan in allowing customary dispute resolution to persist. That people turned away from state-courts and towards more local institutions might well have been an intended effect: "Official customary law", as Zenker/Höhne (2018b: 2) cite Starr and Collier (1989: 8–9), was in effect a bone thrown to "native elites" by their "colonial or postcolonial overlords" (Zenker/Höhne, *ibid.*), and often enough stabilized local officials or chiefs who in turn supported the larger colonial regime.

In summary, there is little in Spittler's text that has borne out until today: the analyses of colonial configurations have become more thorough and subtle, research methodology has been developed further to take account of actors' agency and their ambivalent or even contradictory positionalities, and especially the anthropology of the state has shed any high-modernist assumption that there is, in fact, a unitary, centralist Leviathan that moves forward and – beyond lip-service – even attempts to equally transform all within its domain. The Leviathan's shadow, as is now clear, is a resource, useable by actors on all sorts of levels to obscure the compromises and accommodations required in getting through the day; and even the countries that today enable and support neotraditionalization, legal pluralism and customization have their own shadows where evidence could be found that claims about motivation and purpose do not always correspond with reality. Yet, Spittler's "Streitregelung" maintains a certain historical gravitas in that it systematically challenged the binary of court and non-court legal arrangements, and possibly contributed to the subsequent refinement of legal anthropology and the embrace of legal pluralism as a research paradigm and sensitizing device especially in German-language anthropology.

References

- Allott, Antony, Epstein, Arnold & Gluckman, Max (1969) Introduction, 1–96 in M. Gluckman (ed), *Ideas and procedures in African customary law*. London: Oxford University Press.
- Asad, Talal (1991) Afterword: from the history of colonial anthropology to the anthropology of western hegemony, 314–324 in G. Stocking (ed), *Colonial situations: Essays on the contextualization of ethnographic knowledge*. Madison: University of Wisconsin Press.
- Benedict, Ruth (1934) *Patterns of culture*. Houghton Mifflin: Boston.

- Benda-Beckmann, Keebet & Turner, Bertram (2018) Legal pluralism, social theory and the state. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 50: 255–274.
- Bens, Jonas & Vetter, Larissa (2018) Ethnographic legal studies. Reconnecting anthropological and sociological traditions. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 50: 239–254.
- Beyer, Judith (2006) Revitalisation, invention and continued existence of the Kyrgyz *aksakal* courts. Listening to pluralistic accounts of history. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 53/54: 141–175.
- Beyer, Judith (2015) Customizations of law. Courts of elders (*aksakal* courts) in rural and urban Kyrgyzstan. *PoLAR* 38: 53–71.
- Beyer, Judith (2016) *The force of custom. Law and the ordering of everyday life in Kyrgyzstan*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Beyer, Judith (forthcoming) Law, in D. Montgomery (ed) *Central Asia. Contexts for Understanding*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.
- Beyer, Judith & Girke, Felix (2015) Practicing harmony ideology. Ethnographic reflections on community and coercion. *Common Knowledge*. 21: 196–235.
- Bierschenk, Thomas (2004) Die Informalisierung und Privatisierung von Konfliktregelung in der Beniner Justiz, 186–216 in J. Eckert (ed), *Anthropologie der Konflikte. Georg Elwerts konflikttheoretische Thesen in der Diskussion*. Bielefeld: transcript.
- Bohannon, Paul (1957) *Justice and Judgment Among the Tiv*. London & New York: Oxford University Press.
- Bohannon, Paul & Van der Elst, Dirk (1998) *Asking and Listening. Ethnography as Personal Adaptation*. Prospect Heights: Waveland.
- Chanock, Martin (1985) *Law, Custom and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Collier, Jane (1973) *Law and social change in Zinacantan*. Stanford: Stanford University Press.
- Colson, Elizabeth (1953) Social control and vengeance in plateau Tonga society. *Africa* 23: 199–212.
- Getachew Assefa (2020) Towards widening the constitutional space for customary justice systems in Ethiopia, 43–61 in S. Epple & Getachew Assefa (eds), *Legal pluralism in Ethiopia. Actors, challenges, solutions*. Bielefeld: transcript. <https://www.transcript-verlag.de/media/pdf/20/19/04/oa9783839450215toa96WToYy5HZ.pdf>
- Girke, Felix (2008) The Kara-Nyangatom war of 2006–07: Dynamics of escalating violence in the tribal zone, 192–207 in E.-M. Bruchhaus, & M. M. Sommer (eds), *Hot spot Horn of Africa revisited: approaches to make sense of conflict*. Berlin: Lit.
- Girke, Felix (2015) The uncertainty of power and the certainty of irony. Encountering the state in Kara, southern Ethiopia, 168–193 in R. Hariman & R. Cintron (eds), *Culture, catastrophe and rhetoric: the texture of political action*. Studies in Rhetoric and Culture 7. Oxford, New York: Berghahn.
- Girke, Felix (2018) *The wheel of autonomy. Rhetoric and ethnicity in the Omo Valley*. Oxford and New York: Berghahn.
- Gluckman, Max (1967 [1955]) *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester: Manchester University Press.
- Gluckman, Max (1968) Judicial process. Comparative aspects, 291–297 in *International Encyclopedia of the Social Sciences*. Vol 8.
- Hüsken, Thomas (2004) Georg Elwert und die Berliner Schule der skeptischen Sozialanthropologie, 315–330 in J. Eckert (ed), *Anthropologie der Konflikte. Georg Elwerts*

- konflikttheoretische Thesen in der Diskussion*. Bielefeld: transcript. <https://library.oapen.org/bitstream/id/0e7d13d7-8025-450e-81f9-ce7da4d75c9b/1007483.pdf>
- Lewis, Herbert (2004) Imagining anthropology's history. *Reviews in Anthropology* 33: 243–261.
- Lewis, Herbert (2014) *In defense of anthropology. An investigation of the critique of anthropology*. New Brunswick, London: Transaction.
- Malinowski, Bronislaw (1926) *Crime and custom in savage society*. London: K. Paul.
- Nader, Laura (1990) *Harmony ideology. Justice and control in a Zapotec mountain village*. Stanford: Stanford University Press.
- Nader, Laura (1997) Controlling processes. Tracing the dynamic components of power. *Current Anthropology* 38: 711–737.
- Pankhurst, Alula & Getachew Assefa (eds) (2008) *Grass-roots justice in Ethiopia. The contribution of customary dispute resolution*. Études Éthiopienne 4. Addis Ababa: Centre Francais d'Études Éthiopiennes.
- Pospisil, Leo (1958) *The Kapauku Papuans of West New Guinea*. New York: Holt, Rinehart and Winston.
- Reinhardt, Thomas (2018) The dark side of light: prolegomena to an anthropology of shadows. Paper submitted to *ASA 2018: Sociality, matter, and the imagination: re-creating Anthropology*. <https://nomadit.co.uk/conference/asa2018/paper/44261> (accessed May 25, 2021).
- Schapera, Isaac (1938) *A Handbook of Tswana Law and Custom*. Oxford: Oxford University Press.
- Scott, James (1985) *Weapons of the weak. Everyday forms of peasant resistance*. New Haven and London: Yale University Press.
- Spittler, Gerd (1980) Streitregelung im Schatten des Leviathan. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchungen. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1: 4–32.
- Starr, June & Jane F. Collier (1989) Introduction: dialogues in legal anthropology. 1–28 in J. Star, & J. Collier (eds), *History and power in the study of law. New directions in legal anthropology*. Ithaca: Cornell University Press.
- Strecker, Ivo (2013) *Berimba's resistance. The life and times of a great Hamar spokesman, as told by his son Aike Berinas*. Berlin: Lit.
- Zenker, Olaf and Markus Höhne (eds.) (2018a) *The state and the paradox of customary law in Africa*. London, New York: Routledge.
- Zenker, Olaf and Markus Höhne (2018b) Processing the paradox: when the state has to deal with customary law, 1–40 in O. Zenker & M. Höhne (eds) *The state and the paradox of customary law in Africa*. London, New York: Routledge.

Gesine Fuchs*

Rechtsmobilisierung. Ein Systematisierungsversuch

Legal mobilization. An attempt at classification

<https://doi.org/10.1515/zfrs-2021-0003>

Zusammenfassung: Rechtsmobilisierung ist ein Versuch, unvermeidlich auftretende Konflikte in Gesellschaften friedlich zu bearbeiten. Sie kann daher zur Festigung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit beitragen. Um mögliche Wirkungen zu analysieren, muss Rechtsmobilisierung in einen sozialen und politischen Kontext gestellt werden. Ausgehend von Erhard Blankenburgs Arbeit zu individueller Rechtsmobilisierung schlägt dieser Beitrag eine Systematisierung von Rechtsmobilisierung vor, die individuelle und kollektive, diskursive und juristische Formen des Handelns umfasst. Diese Perspektive ermöglicht die Analyse der Wechselwirkungen zwischen diesen Formen. Besonders der Einbezug diskursiver Mobilisierung hilft, juristische Mobilisierung zu verstehen und zu erklären.

Abstract: Legal mobilization is an effort to peaceful conflict resolution in societies with inevitable conflicts. It thus can contribute to the consolidation of democracy and the rule of law. In order to analyse its possible impacts, legal mobilization has to be put in its social and political context. Taking Erhard Blankenburg's work on individual legal mobilizations as a point of departure, this paper proposes a classification of legal mobilization that embodies individual and collective as well as discursive and judicial modes of action. This perspective enables the analysis of interactions between different forms of action. Especially the consideration of discursive mobilization helps to understand and explain judicial mobilization.

Keywords: legal mobilization; law and social movements; legal opportunity structures; rule of law; law and politics

*Korrespondenzautorin: Gesine Fuchs, Hochschule Luzern – Soziale Arbeit, Institut Sozialmanagement, Sozialpolitik und Prävention, Werftstrasse 1, Postfach 2945, CH-6002 Luzern, T direkt + 41 41 367 4918, M +41 79 653 07 56, E-Mail: gesine.fuchs@hslu.ch

Rechtsmobilisierung. Ein Systematisierungsversuch (Legal mobilization. An attempt at classification)

Rechtsmobilisierung war eines der Themen der ersten Nummer dieser Zeitschrift: Erhard Blankenburg fragte nach der «Wahrscheinlichkeit des Gangs zum Gericht, die Chance des Erfolgs und die daraus folgenden Funktionen der Justiz», so der Untertitel seines Aufsatzes. Rechtsmobilisierung kann verstanden werden als jede Art von Vorgehen, bei dem sich Individuen oder kollektive Akteur*innen auf Rechtsnormen, -diskurse oder -symbole berufen, um Politik oder Verhalten zu beeinflussen (Vanhala 2011). Sie ist auch heute ein zentrales Thema in der deutschsprachigen Recht und Gesellschafts-Forschung. Liest man Erhard Blankenburgs einführende Texte (Blankenburg 1980, 1995) wieder, so fällt ins Auge, wie prägend seine Konzeption von Rechtsmobilisierung als Form der Konflikt austragung auch heute ist (z. B. Zeitschrift für Rechtssoziologie 1/2019). Blankenburgs Argumente waren immer empiriegestützt und er sah die Empirie als Quelle konzeptionellen und theoretischen Nachdenkens. Die deutschsprachige Rechtssoziologie verdankt ihm Analysen etwa zur Arbeitsgerichtsbarkeit, zur Rechtsschutzversicherung und Rechtsberatung und spätere Arbeiten zur vergleichenden Rechtskulturforchung (Rogowski 2018: 169–170), also zu Themen, zu denen man sich eine beständig aktualisierte Grundlagenforschung wünscht. War der Aufsatz von 1980 noch auf individuelle Rechtsmobilisierung in der alten BRD fokussiert, arbeitete Erhard Blankenburg später international vergleichend und bezog auch kollektive Rechtsmobilisierung mit ein. Vermehrte theoriegeleitete empirische Forschung und internationale vergleichende Studien kennzeichnen auch die aktuelle Recht und Gesellschafts-Forschung im deutschsprachigen Raum (vgl. dazu die mittlerweile vier Tagungen deutschsprachiger rechtssoziologischer Vereinigungen seit 2008).

Es gibt gewichtige Gründe, sich weiter systematisch und umfassend mit Rechtsmobilisierung zu befassen. Der Beitrag führt in den nächsten beiden Abschnitten aus, warum Rechtsmobilisierung als Beitrag zur dauerhaften Demokratie verstanden werden kann und dafür eine Perspektive von Recht als Modus der Konfliktaustragung hilfreich ist. Mit Ausführungen zu individueller und kollektiver Rechtsmobilisierung sowie diskursiven und juristischen Formen wird eine Systematisierung vorgeschlagen, die analytische Breite hat und die Wechselwirkungen zwischen den Formen untersuchen kann. Anhand eines Beispiels, nämlich öffentlichen Tribunalen, zeigt sich, dass „neue“ Formen der Rechtsmobilisierung auf diese Weise in den wissenschaftlichen Blick kommen können. Abschließend werden Erklärungsansätze zur Rechtsmobilisierung diskutiert.

Rechtsmobilisierung als Beitrag zur Demokratie

Recht erfüllt verschiedene soziale Funktionen, die es als Steuerungsmedium attraktiv machen (Baer 2021: 113–118; Raiser 2013: 7). Das Verständnis dafür hilft bei der Entschlüsselung gesellschaftlicher Entwicklungen. Recht ist das Mittel *par excellence*, um Konflikte zwischen Privaten, Organisationen oder Staaten gewaltfrei zu lösen (Raiser 2013: 292–328) und diese Funktion ist außerordentlich wichtig, denn menschliches Zusammenleben ist grundsätzlich und unausweichlich konflikthaft. Recht organisiert das Zusammenleben verbindlich und garantiert es in modernen Staaten durch das staatliche Gewaltmonopol. Recht steht auch für das Bestreben, Gesellschaften demokratisch zu organisieren. Modernes gesetztes Recht braucht systematische Begründung, verbindliche Interpretation sowie Durchsetzung: hier kommt den Prinzipien demokratischer Rechtsstaatlichkeit besonderes Gewicht zu (Habermas 1992).

Der Mobilisierung des Rechts kommt spezifische Bedeutung zu, weil sie explizit und implizit die Rechtsstaatlichkeit festigt und weil Rechtsstaatlichkeit wiederum ermöglicht, dass Gesellschaften dauerhaft demokratisch bleiben: Rechtsstaatlichkeit formuliert eine Hierarchie der Normen mit einer Verfassung als oberster Rechtsquelle. Gesetze kommen auf transparente, demokratische und regelgeleitete Weise zustande. Alles Recht ist öffentlich zugänglich und schriftlich verankert. Demokratische Rechtsstaatlichkeit bindet alle Handlungen des Staatsapparats an das Recht, und diese Handlungen sind grundsätzlich rechtlich überprüfbar (Rechtsweggarantie). Sie macht damit Aktionen in anderen gesellschaftspolitischen Arenen vorhersagbar und legitimiert diese. Sie garantiert Grund- und Bürgerrechte für alle und kann somit grundsätzlich auch traditionelle Praxen, Werte und Routinen aushebeln, welche insbesondere der Rechtsgleichheit entgegenstehen. Die Implementation demokratischer Rechtsstaatlichkeit benötigt aber auch Leistungen anderer gesellschaftlicher Teilsysteme, etwa eine Rechtskultur, die in Zivilgesellschaft, Staatsapparat und politischer Gesellschaft verankert ist und auch beständig eingefordert wird.

Diese Prinzipien sind, wenn sie einmal erreicht sind, nicht einfach stabil, sondern stets prekär, auch in konsolidierten Demokratien. Ihre Umsetzung muss überwacht, ihr Gehalt diskursiv und praktisch gefestigt werden. Sowohl in etablierten wie neuen Demokratien kann viel „schiefegehen“ (O'Donnell 2004: 29–34). Die gleiche Anwendung rechtsstaatlicher Prinzipien ungeachtet von Geschlecht, Klasse oder Ethnizität ist eine bleibende Herausforderung, sowohl von ihrem Inhalt her wie auch in ihren Prozeduren: So gibt es weiterhin Gesetze, die Frauen oder indigene Völker diskriminieren; Gesetze werden gegen politische Gegner*innen angewandt, aber die eigene Klientel genießt Straffreiheit. Gerichte arbeiten nicht oder zu langsam und sind räumlich zu ablegen, um allen recht-

liches Gehör zu verschaffen; staatliches Recht erstreckt sich nicht über das ganze Staatsgebiet (nach O'Donnell „brown areas“ – sei es in bestimmten Landesteilen, in der Peripherie der Metropolen oder in der Familie). Behörden sind korrupt und arbeiten nicht verantwortlich im Sinne der Bürger*innen, sondern behandeln sie als Bittsteller*innen (O'Donnell 2004: 39–42). Betrachtet man also die Grundlagen und das Versprechen demokratischer Rechtsstaatlichkeit nicht nur anhand der bundesrepublikanischen Wirklichkeit, sondern in globaler und vergleichender Perspektive, so wird die Bedeutsamkeit des Prinzips für demokratische Verhältnisse offensichtlich.

Dies sollte nicht über den fundamentalen und nicht auflösbaren Doppelcharakter des Rechts hinwegtäuschen: es kann emanzipatorische und demokratisierende Wirkungen entfalten, aber auch ausschließen und stigmatisieren. Herrschendes Recht ist individualistisch und beansprucht universelle Geltung. Innerhalb dieses Regelungsmodus sind keine systematischen oder strukturellen Veränderungen zu erreichen, oder pointiert mit Audre Lorde gesagt: „The masters' tools will never dismantle the master's house“ (2018). Historisch gesehen war liberal-individualistisches Recht de facto nicht universell, sondern auf weiße besitzende Männer beschränkt. Andererseits sind alle politische Bestrebungen für die Gleichheit der Menschen auch immer Kämpfe ums Recht. Rechtsnormen sind Ergebnis gesellschaftlicher Auseinandersetzungen, Wertverschiebungen und Kräfteverhältnisse – wie beispielsweise bei der Ausweitung der Geltung der Grundrechte auf immer mehr Personengruppen zu sehen ist. Aus dieser Spannung kommen auch zentrale Fragen der Rechtsmobilisierungsforschung nach Rechtsbewusstsein, Zugang zum Recht, Bestimmungsfaktoren der Berufung auf das Recht, Ergebnisse und Wirkungen von Rechtsmobilisierung. Nicht jede Mobilisierung des Rechts stützt die Demokratie, aber ohne Mobilisierung verwelkt die Demokratie.

Elemente eines konflikttheoretischen Zugangs zu Recht

Aus der demokratiethoretischen Begründung zur Untersuchung von Rechtsmobilisierung folgt, dass konflikttheoretische Perspektiven auf das Recht zum Verständnis hilfreich sind. Blankenburg postulierte (1980: 37), es seien drei Zugänge nötig, um die Rolle der Gerichte bei der Behandlung sozialer Konflikte zu bestimmen, nämlich

- „1. eine Theorie sozialer Konflikte und der Wahrscheinlichkeit, mit der bei ihrer Austragung Recht ‘thematisiert’ wird;
2. eine Theorie der Mobilisierung von Recht, die bestimmt, unter welchen Bedingungen der Zugang zu rechtlichen Instanzen gefunden wird;
3. eine Theorie des Rechtsstreits, die bestimmt unter welchen Bedingungen und mit welchen Interessen sich eine Partei vor Gericht durchsetzen kann.»

Blankenburg selbst theoretisierte und untermauerte im Beitrag von 1980 die Bedingungen, unter denen Recht juristisch mobilisiert wird. Wenn Forschung zu Rechtsmobilisierung die Konfliktaustragung (auch) mit Mitteln des Rechts untersucht, muss sie dazu mit analytisch trennscharfen und aussagekräftigen Begriffen Rechtsmobilisierung adäquat beschreiben, und sie zu verstehen und zu erklären – und in der Konsequenz bedeutet dies auch, Wissen für sozialen Wandel bereitzustellen, also empiriegestütztes normatives Handeln zu ermöglichen. Es wäre also zu fragen, was verschiedene Formen der Rechtsmobilisierung zum Verständnis gesellschaftlicher Konfliktaustragung beisteuern – was „erzählen“ die verschiedenen Formen über die Bearbeitung von Konflikten? Warum wird wann das Recht mobilisiert? Welche Mittel werden eingesetzt, welche Ergebnisse und Auswirkungen gibt es? Wann wird Recht nicht mobilisiert?

Rechtsmobilisierung wird daher in der Recht- und Gesellschaftsforschung umfassend verstanden (McCann 2010, Vanhala 2011, McCann 2014, Fuchs 2019) – sie kann individuell oder kollektiv sein, Recht kann juristisch vornehmlich bei Gerichten mobilisiert werden oder aber diskursiv genutzt werden. Die Arena kann national, international bzw. transnational sein; entsprechend lassen sich Wirkungen und Wirkungszusammenhänge postulieren, die umso genauer sein können, je klarer der Kontext benannt und in die Analyse einbezogen wird (wie etwa der jeweilige Stand demokratischer Rechtsstaatlichkeit). Wissenschaft ist auch ein iterativer Prozess, bei dem sich theoriekritische, empirische und theoriegenerierende Zugänge fortlaufend aufeinander beziehen. Es braucht darum immer induktive und deduktive Begriffsbildungen; deren Angemessenheit lässt sich empirisch prüfen und weiterentwickeln.

Daher ist eine „multi-theoretische“ Perspektive für das Verständnis von Rechtsmobilisierung nötig. Walter Fuchs’ Metapher unterstreicht dies sehr plastisch:

„Theorien kann man sich ein wenig wie Lichtstimmungen im Theater vorstellen, deren Scheinwerfer bestimmte Ausschnitte des Bühnenraums plastisch hervortreten lassen, während andere im Dunkel verbleiben. Farbfilter können für beabsichtigte Verfremdungseffekte sorgen, und manchmal blendet grelles Gegenlicht das Publikum, um es aus der Ruhe eines allzu bequemen Zuschauens aufzurütteln“ (W. Fuchs 2019: 31–32).

So lässt sich fragen: Was passiert alles im Theater, also in der gesellschaftlichen Arena des Rechts und in den daran angrenzenden Arenen? Forschungsarbeiten können sich, um in Walter Fuchs' Bild zu bleiben, zweier verschiedener Scheinwerfer bedienen, um ein Phänomen auf der Bühne besser auszuleuchten und deren verschiedene Aspekte besser zu verstehen. Es können aber auch zwei gleiche Scheinwerfer auf unterschiedliche Orte gerichtet werden, um in komparativer Absicht entscheidende Gemeinsamkeiten und Unterschiede gleicher Phänomene an unterschiedlichen Orten herauszuarbeiten. Und es mag auch Ziel sein, die ganze Bühne zu erhellen, also nach einer kohärenten allgemeinen Theorie der Rechtsmobilisierung zu streben.

Bei Rechtsmobilisierung geht es um Konfliktbearbeitung mit diskursiven und juristischen Mitteln unter Bezug auf das Recht. Materialistische Perspektiven auf das Recht sind daher gut geeignet, diesen ambivalenten Charakter des Rechts aufzunehmen. Im Recht werden materielle und immaterielle Deutungskämpfe ausgetragen. Das Recht und die Judikative unterscheiden sich zuerst einmal nicht grundsätzlich von anderen gesellschaftlichen Arenen. Recht sollte daher nicht primär unter dem Blickwinkel seiner vermeintlichen Unparteilichkeit gemessen werden, sondern als vermachtetes Verhältnis gesehen werden. Es kommt darauf an, analytisch die Funktionsweise von den konkreten Regelungen des Rechts zu trennen, aber selbstverständlich darauf zu achten, inwiefern Funktionsweisen materielles Recht prädeternieren. So werden durch Rechtsprechung verbindliche, durchsetzbare Entscheidungen getroffen. Konkrete gesetzliche Regelungen abstrahieren vom Einzelfall, beziehen sich aber gleichzeitig zentral auf das Individuum. Im demokratischen Rechtsstaat gehören zur Funktionsweise des Rechts auch die gerichtliche Überprüfbarkeit staatlicher Entscheidungen sowie allenfalls Abhilfe und Entschädigung. Den Staat und die Gesellschaft via Gericht an die eigenen Grundsatzentscheidungen zu gemahnen, welche die Legislative in Form von Gesetzen verabschiedet hat, ist ein immens politischer Akt.

Ein Beispiel für einen produktiven und kohärenten Ansatz zur politischen Rolle des Rechts sind Sonja Buckels hegemonietheoretische Überlegungen zum Recht als relativ autonomer sozialer Form (vgl. im Folgenden Buckel 2013: 29–33). Buckel versteht Recht in materialistischer Tradition als ein spezifisches geronnenes soziales Verhältnis, das aber relativ autonom und eigengesetzlich funktioniert. Das Recht arbeitet in einem eigenen Modus sowie eigener Sprache, und die gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse finden sich in ihm verfremdet wieder: „Die Rechtsform operiert über juristische Verfahren, in denen nur bestimmte rechtliche Argumente von einer Kaste spezialisierter Jurist*innen vorgetragen werden können, welche die Alltagshandlungen rechtlich codieren, das heißt, die soziale Wirklichkeit nach bestimmten Regeln als rechtliche interpretieren“ (Buckel 2013:

30). In der Diskussion um die juristischen Methoden der richterlichen Rechtsfortbildung zeige sich exemplarisch die Entwicklung der relationalen Autonomie. Das Gericht wird nicht mehr als bloßer Mund des Gesetzes angesehen, sondern Rechtsfortbildung gehöre zum Alltag der Gerichte, und sei vielfach möglich, geboten und legitim. Dies ist eine Emanzipation bzw. Verselbständigung des Rechts gegenüber seiner politischen Urheber*innen (und es ist m. E. in gewissem Ausmaß unvermeidlich), und eine demokratietheoretische Kritik daran ist kaum noch zu vernehmen. In den eigenlogischen Verfahren der Rechtsform, die aus verknüpften und aufeinander bezogenen Entscheidungen, Kommentaren, Fachliteratur, Rechtstheorien, Gutachten und gesellschaftlichen Normbildungsprozessen bestehen, finden spezifische Auseinandersetzungen um Hegemonie statt. Juridische Verfahren seien dafür aufgrund materieller Organisationsbedingungen (formalisierte Prozeduren sowie abstrakte und allgemeine Normen) gut geeignet: „Die juridischen Intellektuellen werden so zu Organisator*innen eines feingliedrigen rechtsförmigen Konsenses, der aufeinandertreffende Interessen mit Durchbrüchen und darauffolgenden Zugeständnissen in einem langwierigen inkrementellen Prozess zu einem hegemonialen Projekt zusammenfügt“ (Buckel 2013: 33). Eine solche Praxis hat Uwe Wesel bereits in seinem Aufsatz „hM“ beschrieben: eine herrschende Meinung bildet sich heraus, indem einzelne Entscheidungen in einem neuen Rechtsgebiet fallen, diese Urteile besprochen und in Lehrbüchern wie Kommentaren diskutiert werden; diese werden in weiteren Urteilen höherer Instanzen aufgenommen, bis sich mit höchstrichterlicher Rechtsprechung eine herrschende Meinung herausbildet (Wesel 1979). Dabei ist es sehr relevant, welche Konflikte überhaupt mit Gerichtsurteilen enden und somit öffentlich interpretiert werden können und welche nicht-öffentlich beigelegt werden (Albiston 1999). Buckel erkennt nun in dieser Autonomisierung des Rechts auch eine mögliche strategische Praxis sozialer Akteur*innen. Je nach den institutionell-juristischen Rahmenbedingungen sind legislative Einflussmöglichkeiten auf solche juristischen Diskurse kleiner oder größer (Buckel 2013: 33–37).

Elemente einer Systematisierung der Rechtsmobilisierung

Zu den weitum geteilten Prämissen in der Forschung gehört erstens die Erkenntnis, dass Rechte soziale Konstruktionen sind und dass die Rechtsordnung pluralistisch sowie häufig in sich widersprüchlich sein kann (vgl. Dudas et al. 2015: 368–369). “[W]hat rights mean and how they do or do not matter as practices varies with the specific contexts in which they are embedded. They are contin-

gent“ (McCann 2014: 258). Zudem wird zweitens grundsätzlich analytisch zwischen individueller und kollektiver (von Gruppen, Organisationen, Bewegungen) Rechtsmobilisierung unterschieden (McCann 2010). Dies ist insofern einsichtig, als Recht individualistisch strukturiert ist und daher eine Analyse von Rechtsmobilisierung auch das Individuum zuerst in den Blick nimmt. Drittens schließlich nutzen Analysen implizit und explizit Phasenmodelle der Mobilisierung, um Entstehung, Perzeption und (Nicht-)Nutzung verschiedener Handlungsalternativen und Aktionsformen zu erklären. Prozessmodelle sehen Rechtsmobilisierung als in ein breiteres politisches und soziales Geschehen eingebettet. Sie sind analytisch nützlich und produktiv. Hierzu braucht es ein möglichst breites Spektrum von Formen des Rechts und Bezügen auf das Recht.

Individuelle Rechtsmobilisierung

Als grundlegende Voraussetzung für die tatsächliche Inanspruchnahme von Recht formuliert Blankenburg, dass Verrechtlichung in bestehenden Sozialbeziehungen eine akzeptierte Interaktionsweise sein müsse; in anonymen oder einmaligen sei dies wahrscheinlicher im Vergleich zu dauerhaften oder persönlichen Sozialbeziehungen. In fortlaufenden Sozialbeziehungen ist der Gang zum Gericht immer ein Endpunkt am Ende eines längeren Eskalationsprozesses (Blankenburg 1980: 37–45) Blankenburg fasste seine Überlegungen in einem Erklärungsmodell für Rechtsmobilisierung zusammen, bei dem Thematisierung von Recht, Mobilisierung von Gerichten und das Verfahrensverhalten kausal verbunden sind (Blankenburg 1980: 62).

Bestimmungsfaktoren individueller Rechtsmobilisierung

Relevante Faktoren, Hürden sowie förderliche Umstände für individuelle Rechtsmobilisierung sind relativ gut erforscht: auf subjektiver Ebene sind Rechtsbewusstsein, Rechtskenntnisse und das Wissen um eigene Rechtsansprüche wichtig. Diese Faktoren sind sozial stratifiziert, d. h. ungleich verteilt – sozial schwächere Gruppen verfügen regelmäßig über weniger Wissen und Vertrauen ins Recht (wegweisend Ewick & Silbey 2008, vgl. Vanhala 2011) oder haben neben weniger Ressourcen auch subjektive Einstellungen zum Recht, welche Unrechts- und Diskriminierungserfahrungen nicht zur Sprache kommen lassen, so etwa Ute Gerhard (Gerhard 2007, 2018) über Mobilisierungshürden von Frauen. Die Inanspruchnahme, Durchsetzung und Wirkung von Recht ist stark an gesellschaftliche und juristische Rahmenbedingungen geknüpft – welche Verfahrensregeln gelten,

wer in welchen Materien Klagerechte hat, wie hoch die sozialen, zeitlichen und finanziellen Mobilisierungskosten sind, hat einen starken Einfluss auf die Mobilisierungswahrscheinlichkeit (einen guten Überblick bietet Baer 2021: 235–245).

Die Mobilisierung des Rechts ist also ein Prozess, bei dem das Erkennen eines Problems als Rechtsproblem am Anfang und eine Klage sowie entsprechende politische Aktivitäten am Ende stehen. Diese zentralen Erkenntnisse des Civil Litigation Research Project wurde eingängig mit „Naming – Blaming – Claiming“ beschrieben (Felstiner et al. 1981: 631; Blankenburg 1995: 29–30) und in einer „dispute pyramid“ versinnbildlicht. Sie zeigte, wie nur wenige Rechtsprobleme tatsächlich vor Gericht landeten und hierfür Hürden, Ressourcen und soziale Bedeutungszuschreibungen verantwortlich sind (Albiston et al. 2014: 106). Dieses hierarchische Stufenmodell wurde zunehmend kritisiert und mehrdimensionale Prozessmodelle vorgeschlagen, die auch Um- und Rückwege sowie die Nicht-Mobilisierung von Recht beinhalten (Morrill et al. 2015: 591). Albiston, Edelman and Milligan (2014) führen den ebenso eingängigen wie poetischen „dispute tree“ ein. Vor allem die Entwicklung und Verbreitung von Instrumenten der alternativen Konfliktbeilegung (z. B. Täter-Opfer-Ausgleich, Mediation, Ombudsstellen) und prozedurale Instrumente, Rechtskonflikte außergerichtlich beizulegen (Schlichtungen, Güteverhandlungen, Vergleich) und die daher diversen möglichen Mobilisierungspfade sprechen für solche komplexeren Modelle. Tatsächlich sind formelle rechtliche Schritte nur eine mögliche Reaktionsform auf Rechtsprobleme – quasi-rechtliche Schritte wie interne Beschwerdeverfahren sowie außerjuristische Maßnahmen (Kontakt zu den Medien, direkte Konfrontationen mit einer Person oder Unterstützung von Fachleuten oder dem sozialen Umfeld) andere Optionen, die auch tatsächlich gewählt werden und sich nicht gegenseitig ausschließen. Sie können parallel oder nacheinander verfolgt werden; je nach sozialem Kontext können sie sich gegenseitig verstärken oder zueinander in einem Spannungsverhältnis stehen. Die Baum-Metapher verdeutlicht zudem, dass Ergebnisse und Chancen für verschiedene soziale Gruppen sehr unterschiedlich sind. Bildlich gesehen versprechen verschiedene Formen „Blumen“ (also Anerkennung) oder „Früchte“ (materiellen Gewinn), hängen höher oder tiefer (sind wahrscheinlicher oder unwahrscheinlicher) für Beteiligte und sind zudem für Außenstehende manchmal nicht sichtbar.

Menschen haben also ein breites Spektrum an Optionen, Recht auch außerhalb der Justiz selbst zu mobilisieren; es kann heuristisch sinnvoll zur Analyse individueller Fälle sein sowie für eine verantwortungsvolle Arbeit mit Klient*innen.

Der Zugang zum Recht (Access to Justice) ist ein wichtiges Thema in Forschung und Praxis. Hier geht es um die Einordnung und Bewertung von institutionellen sowie prozess- und materiell-rechtliche Faktoren, wie Klagebefugnissen, dem

Prozessrecht und um die Zugänglichkeit und Verständlichkeit von Informationen. Steht effektive öffentliche Rechtshilfe für Menschen mit geringem Einkommen bereit? Werden Fairness-Standards in Verfahren eingehalten? Hier wird besonders offenkundig, dass es ohne Rechtsstaatlichkeit keine angemessenen und umfassenden Möglichkeiten gibt, das Recht zu mobilisieren.

Die Förderung von „legal literacy“ (Eckstein & Rössl 2017), die Beratungsarbeit von Law Clinics (Bloch 2011; Borkowski & Helmrich 2017) oder die „Wartezimmerpolitik“ politischer engagierter Anwält*innen (Müller 2011) sind Praxen, um den Zugang zum Recht zu verbessern. Dieser unterscheidet sich nicht nur im Hinblick auf Ressourcen, sondern auch nach subjektiven (sozialisierten) Einstellungen zum Rechtsweg und dem unterschiedlichen Organisationsgrad der jeweiligen Interessen (vgl. Sandefur 2008). Verschiedene bestehende Indizes zur internationalen Messung von Rechtsstaatlichkeit zeigen z. T. disparate Konzeptualisierungen, korrelieren aber dennoch stark miteinander (Versteeg & Ginsburg 2017); sie sind allerdings nicht immer verlässlich und nicht für alle Gruppen angemessen. Dieser Forschungsstand bietet für offene oder neue Fragen gute Ansatzpunkte – etwa zur Frage, wie Legal Tech, also digitalisierte Rechtsdienstleistung, den Zugang zum Recht verändert – wird es ihn weiter stratifizieren, kommerzialisieren oder demokratisieren (vgl. Cabral et al. 2012, Rehder & van Elten 2019)?

Nutzen individueller für die kollektive Rechtsmobilisierung

Die hier erwähnten Faktoren individueller Rechtsmobilisierung können auch kollektive Prozesse erklären oder doch zumindest begründete Untersuchungshypothesen liefern. Für eine kollektive juristische Mobilisierung vor Gericht ist von wenigen Ausnahmen abgesehen (z. B. Verbandsklagerecht im Umweltrecht, Verbraucherschutzrecht) eine individuelle Person notwendig, die klagt. Insofern können Erkenntnisse zum Rechtsbewusstsein und -sozialisation dabei helfen zu verstehen, welche Themen kollektiv aufgegriffen werden und welche nicht – unter welchen Umständen erkennen Personen die politische Brisanz ihres Falls und entschließen sich, zusammen mit Anwält*innen oder Organisationen bis zur höchsten Instanz zu gehen (statt vieler: Kaiser 1980; Johnson 2016)? Die Wirkungen solcher Mobilisierungen auf die klagenden Personen sind dabei ein auch ethisch relevanter Aspekt: Im Idealfall ist es Empowerment (vgl. Duffy 2017, Fuchs 2013a). Darüber hinaus lässt sich fragen, inwieweit Klagehürden für Einzelpersonen bei kollektivem Vorgehen abgebaut werden.

Kollektive Rechtsmobilisierung

Aufgrund der einleitend aufgeführten demokratietheoretischen Begründungen für die Nutzung des Rechts und den Beitrag des Rechts zu Konfliktregelungen ist kollektive Rechtsmobilisierung besonders relevant. Aus der entsprechenden Forschung wird im Folgenden ein Systematisierungsvorschlag entwickelt und aufgezeigt, was er zur Erklärung der kollektiven Rechtsmobilisierung beiträgt.

Bestimmungsfaktoren kollektiver Rechtsmobilisierung

Besonders nützlich für kollektive Rechtsmobilisierung, also von Gruppen, Organisationen oder Netzwerken, ist die Unterscheidung in diskursive und juristische Mobilisierung: Wechselwirkungen zwischen Diskurs und Prozess können beleuchtet werden. Der diskursive Bezug auf das Recht kann der juristischen Mobilisierung vorausgehen, er kann aber auch für sich bestehen; in den meisten Fällen ist für juristische auch die diskursive Mobilisierung nötig.

Die Geschichte der amerikanischen Bürgerrechtsbewegung zeigt eine solche typische Verknüpfung von zivilem Ungehorsam, direkter Aktion und Klagen: Das wegweisende *Brown vs. Board of Education* Urteil 1954, das die Segregation für illegal erklärte, war möglich, weil eine gut organisierte Bewegung mehrere mögliche Klagen von Einzelpersonen suchte und unterstützte. Als Rosa Parks 1955 in Montgomery, Alabama, im Bus sitzen blieb, obwohl sie hätte für weiße Personen Platz machen müssen, brach sie bewusst rassistisches Recht und löste einen über einjährigen Busboykott aus, an dessen Ende das Gesetz gerichtlich aufgehoben wurde (einführend Vardaman 2015; Hine et al. 2009).

Kollektive Rechtsmobilisierung erfolgt wesentlich durch soziale Bewegungen, also mobilisierende kollektive Akteur*innen, die in informellen Netzwerken und in Bewegungsorganisationen mit unterschiedlichen Handlungsstrategien versuchen, sozialen Wandel herbeizuführen, zu verhindern oder rückgängig zu machen. Es ist der Protest, der soziale Bewegungen von anderen Formen politischer Aktivität unterscheidet (Kriesi 2004).

In einer sozialen Bewegung sind bestimmende Faktoren für den Einsatz einer Taktik oder Strategie sowohl *Ressourcen* (Geld, Organisation, Know-How oder „social movement entrepreneurs“), *politische Gelegenheitsstrukturen* (also Elemente des politischen Systems, das mehr oder weniger geschlossen für den Einfluss sozialer Bewegungen sein können) und *Bezugsrahmen*, sog. *Frames*. Die sozialkonstruktivistische Framing-Perspektive gehört zu den produktivsten und wichtigsten Ansätzen in der Bewegungsforschung (Snow 2004): Damit Bewegungen ihre Ziele legitimieren, Anhänger*innen gewinnen und Gegner*innen kriti-

sieren können, schreiben sie gewöhnlich Ereignissen und Tatsachen neue Bedeutungen zu, die in Einklang mit ihren Zielen stehen – wenn etwa Frauenrechte als legitimer Teil von Menschenrechten und europäischer Zivilisation interpretiert werden. Sogenannte Master-Frames sind breite und flexible Bezugsrahmen, deren symbolische Ressourcen verschiedene soziale Bewegungen nutzen können: Recht ist ein solcher Master-Frame (Pedriana 2006). Recht ist also, in unterschiedlichem Ausmaß, Teil des taktischen Repertoires sozialer Bewegungen und ist in der Regel in andere Aktionsformen eingebettet. Grundsätzlich bedeutet der Bezug auf Recht(e) immer eine Affirmierung des Regelungsmodus' Recht. Insbesondere solche Framing-Strategien haben sich in transnationalen Zusammenhängen seit den 1990er Jahren entwickelt (Keck & Sikkink 1998; Joachim & Locher 2011) und werden verstärkt von sozialen Bewegungen auf nationalstaatlicher Ebene eingesetzt und transformiert (Zwingel 2012). Damit werden die eigenen Forderungen in einen größeren Rahmen gestellt und legitimiert. Hier lassen sich besonders gut Auseinandersetzungen um die Vorherrschaft von Normen und Menschenbildern beobachten: Eine erfolgreiche diskursive Mobilisierung legitimiert die juristische. Dazu gehört auch die Erkenntnis aus verschiedenen Kontexten, dass der eigentliche Erfolg der juristischen Rechtsmobilisierung nicht immer im gewonnenen Prozess liegt, sondern in der diskursiven Ausnutzung (McCann 2006) und einem „winning through losing“ (Nejaime 2011).

Diskursive Rechtsmobilisierung: Tribunale

Eine diskursive Mobilisierung des Rechts stellen die bereits erwähnten Argumentationsmuster sozialer Bewegungen dar oder rechtspolitische – auch direktdemokratische – Vorstöße. Weil diskursive und juristische Rechtsmobilisierung in einem Wechselverhältnis stehen, sollte diskursive Mobilisierung als eigenes Phänomen analysiert werden, um so den Blick auf verschiedene Formen und Wirkungen diskursiver Mobilisierung zu richten. Der folgende Abschnitt argumentiert, dass die bisher kaum untersuchten Tribunale (engl. *opinion tribunals*; für den Forschungsstand siehe Makaremi & Shafafi 2019) beispielhaft für relevante diskursive Formen stehen.

Tribunale eignen sich Formen der Gerichtsverhandlung an, um auf Missstände aufmerksam zu machen, die nicht auf der politischen Agenda stehen, aber (auch) gerichtlich verfolgt werden sollten: es gibt Ankläger*innen, (abwesende) Angeklagte – nicht nur Personen, sondern auch Staaten und Unternehmen – Zeug*innen und Verteidiger*innen. Das erste sog. Russell-Tribunal, nach dem Initiator und Nobelpreisträger Bertrand Russell benannt, untersuchte 1967, ob sich die USA Kriegsverbrechen in Vietnam schuldig gemacht hatten. Etwa 30 Personen

machten Aussagen, darunter auch Ex-Militärs. Die USA ignorierten das Tribunal als Schauprozess mit vorherbestimmtem Ausgang. Am Ende wurden die USA auch tatsächlich in allen Punkten schuldig gesprochen. Das Tribunal übernahm einige Charakteristika des Strafprozesses und urteilte auf Basis internationalen Rechts, allerdings stand die Verantwortlichkeit von Staaten, nicht Individuen im Zentrum. Das Tribunal fand aufgrund privater Initiative statt und war daher nicht imstande, das Urteil auch zu vollstrecken (Zunino 2016: 216–219). Danach folgten weitere Russell-Tribunale, etwa 1978 gegen Berufsverbote und Zensur in der BRD (vgl. dazu Griffiths 2015), zur Menschenrechtslage in Lateinamerika oder gegen Menschenrechtsverletzungen in Palästina. Forschung zu Wirkungsweisen und Dynamiken vornehmlich internationaler Tribunale kommen erst in Gang; bundesdeutsche Tribunale gegen den § 218 1971 und 1979 (Retzlaff 1981) sind meines Wissens noch nicht in einer wissenschaftlichen Analyse aufbereitet worden. Marcos Zunino diskutiert das Russell-Tribunal im Kontext der *transitional justice*, also Strategien von Staaten und Institutionen zum Umgang mit vergangenen Menschenrechtsverletzungen. Die Bedeutung des Tribunals sieht er *erstens* in der Kritik des Legalismus, also der Vorstellung, Recht sei ein in sich geschlossenes System mit eigener Geschichte, Philosophie und Werten, das von der Sphäre gesellschaftlicher Konflikte abgeschottet sei, *zweitens* der Kritik am Justiz-Monopol des Staates, indem das Russell-Tribunal erklärte, die Quelle seiner Legitimität seien die Menschen, die das Recht hätten, eigene Tribunale einzurichten. *Drittens* kritisierte das Tribunal die globale Wirtschaftsordnung, nicht nur die US-Politik, sondern den Kapitalismus und Imperialismus an sich (Zunino 2016: 220–226) – eine Kritik, die sich nur schwer in herkömmliche Rechtsbegriffe fassen lässt.

2017 wurde ein Tribunal zum NSU-Komplex (Karakayali et al. 2017) veranstaltet, das Opfern und ihren Angehörigen eine Stimme gab und verdeutlichen konnte, dass *erstens* nicht Einzelne, sondern neonazistische Netzwerke für den Terror verantwortlich waren, dass *zweitens* dabei deutsche Geheimdienste tief in das Milieu verstrickt waren und aktiv die vollständige Aufklärung behinderten und dass *drittens* schließlich unterschwelliger Rassismus lange die migrantischen Betroffenen des Terrors zu Täter*innen gemacht hatte.

„Nach fünf Tagen Tribunal bleibt der Eindruck: hier wurde in einer immensen zivilgesellschaftlichen Anstrengung eine Lücke geschlossen zwischen Realität und der Kapazität eines Gerichts. Mit Theater und Inszenierung hat das direkt nichts zu tun. Und zeigt dennoch, wie auch mit Hilfe von Kunst demokratische Gegenöffentlichkeit geschaffen werden kann“ (Marcus 2017).

Tribunale eignen sich Formen des Gerichts an und mobilisieren so diskursiv das Recht. Sie sind Aktionsformen nicht-hegemonialer Gruppen, die dadurch Öffentlichkeit für Themen und Zusammenhänge schaffen, die nicht direkt jus-

tiziabel und/oder welche Politik und veröffentlichte Meinung unter den Teppich kehren möchten. Die Organisator*innen der Tribunale rahmen durch die Form ihre Anliegen als (mensen)rechtsbasierte Forderungen. Sie machen sich damit aber immer auch angreifbar: sind es nicht parteiische, vorab verabredete Schauprozesse, in denen so nicht Verbrechen aller Seiten angeprangert werden? Die Glaubwürdigkeit der Veranstalter leidet, wenn sie zu einseitig ausgerichtet sind bzw. keine Koalitionsbildung gelingt. Durch einen Kunstgriff sind sie widerständige Praktiken, indem sie thematisieren, was Gerichte nicht verfolgen oder wofür keine formalisierten und anerkannten Prozeduren bereitstehen, weil Recht individualistisch strukturiert ist.

Eine bessere Konzeptualisierung kollektiver juristischer Rechtsmobilisierung ist notwendig

Im deutschsprachigen Raum wird für kollektive juristische Rechtsmobilisierung häufig der Begriff der strategischen Prozessführung gebraucht (Graser & Helmrich 2019). Hier geht es ganz allgemein darum, mit einem Gerichts-Prozess umstrittene Normen, Regelungen oder Rechtsprechung zu Fall zu bringen. Mit einer konkreten Klage soll die Rechtspraxis für mehr als den Einzelfall verändert werden. Der Begriff ist aber auch Selbstbeschreibung der heterogenen Praxen von Organisationen und Personen (Graser 2019: 319). Die Begriffsverwendung wird als zu ungenau, einschränkend und normativ kritisiert (Hahn 2019; Müller 2019).

Ulrike Müller argumentiert überzeugend, dass der Begriff zu erheblichen Erkenntnisverlusten führen kann (Müller 2019: 36), wenn andere gesellschaftsgestaltende Strategien von Rechtsmobilisierung, auch alltägliche oder verdeckte Vorgehensweisen, aus dem Blick geraten. Ein analytischer Mehrwert des Begriffes sei bei breitgefächerten Zielen und Adressat*innen unklar (Müller 2019: 39). Induktive, situative und normative Abgrenzungen seien insgesamt nicht angemessen für ein wissenschaftliches Analysekonzept.

Auch Lisa Hahn kritisiert das induktive Vorgehen bei Beschreibung und Analyse des Phänomens. Zwar können Prozesse als strategisch bezeichnet werden, dessen Führung über die vorliegende Prozessfrage hinausgeht. Die bisher beforschten Beispiele für Geltung von Menschenrechten, Verbraucher-, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, seien aber nur ein Ausschnitt der Realität, denn auch rechtskonservative Bewegungen oder Unternehmen mobilisieren vor Gericht für ihre Interessen (Hahn 2019: 9–10; s. a. McCann 2010: 534–535).

Müller spricht sich gegen eine weitere Nutzung des Begriffs aus. Mit einem Fokus auf Akteur*innen entwickelt sie aus der Forschung zu *cause lawyering* eine Typologie „gesellschaftsgestaltender Rechtspraxen“ (Müller 2019: 48–50), die

sich nach kurz- und langfristigen Zielen und nach Arbeit an herausgehobenen oder vielen alltäglichen Fällen unterscheiden. Neben Rechtsmobilisierung mittels Präzedenzfallarbeit und gesellschaftlicher Aufklärung kommt hier auch eine politisch relevante Alltagspraxis von Anwält*innen in den Blick, die pragmatisch rechtliche Erfolge für ihre Klientel erreichen will; ist sie auf unterprivilegierte Menschen ausgerichtet, etwa Migrant*innen oder Erwerbslose, verlangt dies via Gebührenpolitik Abbau ökonomischer Hürden.

Hahn hingegen schlägt vor, strategische Prozessführung als Modus der Mobilisierung von Recht durch Klagekollektive zu verstehen und die strategische Natur von Verfahren empirisch mittels verschiedener Indizien (Prozessbeteiligung, Medienberichterstattung) zu ermitteln. Strategische Prozessführung ist

„... eine Methode der gezielten Initiierung, Unterstützung oder Nutzung von Gerichtsverfahren zur Förderung einer über den Einzelfall hinausgehenden Agenda. In dieser ist der einzelne Prozess Anlass und Instrument zur Durchsetzung rechtlicher und/oder (...) politischer Ziele (Strategie). Das langfristige Ziel bestimmt die einzelnen Schritte im konkreten Rechtsstreit, in dem systematisch juristische Mittel und flankierende Maßnahmen gewählt werden, die die Agenda fördern (Taktik). Insgesamt charakterisiert strategische Prozessführung als Modus das gezielte Zusammenwirken diverser Akteure in einem Klagekollektiv in langfristig angelegten Kampagnen“ (Hahn 2019: 23).

Folgt man beiden Autorinnen, so muss beim jetzigen Stand der Forschung und der Debatte induktive Begriffsbildung aufgegeben werden und eine Systematisierung nach den Modi von Rechtsmobilisierung angestrebt werden. Werden normative Verengungen beseitigt, steigt das Erklärungspotential durch Öffnung der Perspektive. Dennoch hat das induktive Vorgehen unbestreitbare Vorteile: Für eine „phänomenologische Umschau“ (Graser 2019: 320–328) spricht, dass erst einmal potenziell alles ins Licht gerückt werden kann. Bildlich gesprochen wird im Theater die Deckenbeleuchtung eingeschaltet, und auch wenn das Licht trübe sein mag, sind viele Dinge in Umrissen erkennbar – abgesehen von dem, was hinten in den Kulissen versteckt sein mag. Ein induktives Herangehen zeigt auch verschiedene Formen kollektiven Handelns, die vielleicht noch nie als kollektive strategische Rechtsmobilisierung gesehen wurden. Für ein deduktives und nicht-normatives bzw. normierendes Vorgehen spricht, dass stärker Konflikte um Geltung sichtbar werden und auch weniger beforschte und weniger öffentliche Formen als theoretisch wichtige und empirisch interessante Form der Mobilisierung von Recht auftauchen.

Ein Systematisierungsvorschlag

Ausgehend von den oben vorgestellten Debatten zur Unterteilung kollektiver juristischer Rechtsmobilisierung plädiere ich dafür, den Begriff strategische Prozessführung als eine Unterform kollektiver Rechtsmobilisierung beizubehalten. Rechtsmobilisierung ist ein breiteres gesellschaftliches Phänomen und basierend auf den bisherigen Prämissen sowie Unterscheidungen in der Rechtsmobilisierungsforschung wird folgende Systematisierung vorgeschlagen.

	Individuell	Kollektiv
Diskursive Formen	Rechtsbewusstsein; eigene Anliegen als Rechtsproblem wahrnehmen und beschreiben; Rechtsbewusstsein	Framing politischer Anliegen mit Bezug auf das Recht/Menschenrechte Tribunale; Amicus Curiae – Stellungnahmen ¹
Juristische Formen	Individuelle Beschwerden/Klagen „Wartezimmerpolitik“ (Müller 2019)	Strategische Prozessführung (Hahn 2019) / „Präzedenzfallarbeit“ (Müller 2019) / SLAPP Offen oder verdeckt Non-profit oder for profit
Akteur*innen	Einzelpersonen, Anwaltschaft, Beratungsstellen	Bewegungen, Organisationen, Firmen, „cause lawyers“

Abbildung 1: Vorschlag einer Systematisierung von Rechtsmobilisierung

In Bezug auf kollektive Rechtsmobilisierung hat diese Einteilung den Vorteil, dass sich auch strategische Prozessführung von konservativen und christlich-fundamentalistischen Organisationen (Southworth 2017) oder sog. SLAPPs (Strategic Litigation against Public Participation, vgl. Pring & Canan 1996) untersuchen lassen. SLAPPs sind Klagen potenter Akteur*innen, v. a. von Unternehmen, die keine allzu realistischen Erfolgchancen haben. Ihr Ziel ist es, Kritiker*innen, aktuell vor allem Journalist*innen, einzuschüchtern.²

¹ Hierzu für Deutschland Kühne (2018); Blanquett und Casser (2017).

² Vgl. <http://freiheitsrechte.org/studie-pressefreiheit> und <https://www.ecpmf.eu/news/legal/slapp-the-background-of-strategic-lawsuits-against-public-participation>.

Hiermit können die Breite und die zum Teil schon ausgeführten Wechselwirkungen und Übergänge zwischen verschiedenen Formen in den Blick kommen, die zum Verständnis und zur Erklärung von Rechtsmobilisierung beitragen können. Aus alltäglichen Einzelfällen können wichtige verfassungsgerichtliche Grundsatzentscheidungen werden, während angestrebte Urteile, deren Wirkung über den Einzelfall hinausgehen soll, nicht immer oder selten auch so funktionieren. Rechtsmobilisierung kann plötzlich durch situative Elemente in eine schlagkräftige Gegenmobilisierung und nicht-intendierten Rechtswandel kippen, so wie beim lange verdeckten strategischen Anzeigeverhalten zum deutschen § 219a StGB („Werbeverbot“ für Schwangerschaftsabbrüche).³

Nutzen für die Erklärung kollektiver Rechtsmobilisierung

Praxen kollektiver Rechtsmobilisierung haben sich in Deutschland in den letzten zehn Jahren stark verbreitet. Wie lässt sich dies erklären und welche Rolle spielen bisherige Muster der Konfliktbearbeitung und der politischen Einflussnahme? Hier zeigt sich, wie nützlich die Analyse von juristischen wie diskursiven Formen sowie eine Prozessperspektive ist.

Legal Opportunity Structures

Ein wichtiges und aussagekräftiges Konzept bei der Analyse sind die Legal Opportunity Structures, die von Hilson (2002) eingeführt wurden, um Mobilisierungsprozesse und –levels zu erklären. Es greift auf das Paradigma der politischen Gelegenheitsstrukturen (Kriesi 2004) zurück. Legal Opportunity Structures werden vor allem in Bezug auf den juristischen Bereich definiert. Die vorhandene Literatur betont zwei Gruppen von Faktoren, die variabel zur Bestimmung von LOS beitragen: den rechtlichen Zugang und das Verfahrensrecht sowie das materielle Recht. Aspekte des Rechtszugangs sind Klagebefugnisse (z. B. Gruppenklagen) oder die Verfügbarkeit von finanziellen Ressourcen und fachlich-juristischer Expertise, um vor Gericht zu gehen. Ein günstiges Verfahrensrecht enthält Vorteile zugunsten der Klageseite wie eine reduzierte Beweislast oder vorgelagerte unabhängige Untersuchungsbehörden oder Mediationsagenturen. Das materielle Recht beinhaltet alle einklagbaren Rechte; je expliziter diese Rechte sind, desto legitimer ist der Anspruch. Je stärker auch die Stellung der Klageseite, desto

³ Vgl. hierzu Clasen (2019) und das Dossier zum Thema unter <https://taz.de/!t5558778/>.

geringer die zu erwartenden politischen, finanziellen und emotionalen Kosten. Das Konzept wurde für kollektive Rechtsmobilisierung z. B. im Umweltrecht und Antidiskriminierungsrecht angewendet (Andersen 2006; Evans Case & Givens 2010; Vanhala 2012) und zeigt seine Erklärungskraft besonders bei komparativen Studien (Vanhala 2011, Fuchs 2013b). Die Verbreiterung des Zugangs zu (internationalen) Gerichten wie dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte oder durch das Vorabentscheidungsverfahren beim Europäischen Gerichtshof macht sie tatsächlich zu einem attraktiven Forum zur Klärung juristische Fragen – und somit können Prozesse und ihre Urteile Teil des Zusammenspiels zwischen Rechtsprechung, akademischer Auslegung und politisch-legislativer Regulierung sein. Dabei ist kollektive Rechtsmobilisierung vor Gericht nur dann sinnvoll, wenn grundlegende Elemente des Rechtsstaates vorhanden sind, und wenn die Menschen ein Mindestmaß an Vertrauen in die Justiz haben.

Identitäten und Diskurse

Über die Legal Opportunity Structures hinaus sind allerdings auch Ressourcen, kollektive Identitäten und Handlungsorientierungen sowie gesellschaftliche Überzeugungen und Institutionen zur konkreten Rechtsmaterie entscheidend dafür, ob Organisationen eine Prozessstrategie anwenden oder nicht (Vanhala 2009) und ob sie gar schwache rechtliche Gelegenheitsstrukturen überwinden können. Relevant ist ebenso, in welchem Verhältnis Rechtsmobilisierung mit anderen kollektiven Handlungsformen verzahnt ist. Nur wenn auch diskursive Gelegenheiten gegeben sind (vgl. McCammon et al. 2007, Ferree Marx et al. 2002), die Themen der Rechtsmobilisierung als relevantes gesellschaftliches Problem auf der Agenda stehen oder zumindest in Teilöffentlichkeiten als relevante Probleme anerkannt sind, gibt es einen Resonanzboden für Rechtsmobilisierung – sei es in den Überzeugungen der Anspruchsgruppe, innerhalb der Organisationen oder in den Medien. Eine Berichterstattung über kollektive Aktionen und Prozesse ist voraussetzungsvoll und keineswegs selbstverständlich.

Es lässt sich daher festhalten, dass Forschung zu Rechtsmobilisierung international vergleichend angelegt sein und nicht nur die Anwendbarkeit von Erkenntnissen vornehmlich US-amerikanischer Forschung auf das heimische Geschehen diskutieren sollte. Erst durch den Vergleich treten relevante Faktoren hervor und werden andere in ihrer Bedeutung relativiert. Zugleich werden Hintergrundbedingungen für Rechtsmobilisierung durch den Vergleich deutlich, die in Fallstudien unbeachtet oder unreflektiert bleiben würden.

Welche Auswirkungen kann kollektive Rechtsmobilisierung haben? Denkbar sind politische, wirtschaftliche, soziale und juristische Resultate. In ihrer Studie

zu strategischen Menschenrechtsprozessen nennt Helen Duffy (2018) Wirkungen auf die Opfer wie Versöhnung oder Empowerment, rechtliche Wirkungen wie nationale Gesetzesanpassungen, ein besserer Gesetzesvollzug und die Gestaltung von Wiedergutmachungen, Wirkungen auf die Politik sowie soziale und kulturelle Rückwirkungen, etwa die gesellschaftliche Neubewertung zentraler Themen und schließlich Meta-Wirkungen auf die Justiz selbst. Graser (2019: 335–339 m. w. N.) benennt zusätzlich auch mögliche negative Wirkungen aus Sicht der mobilisierenden Akteur*innen, wie etwa ungünstige Urteile, die zu einem Backlash führen, eine politische oder rechtliche Gegenmobilisierung sowie eine De-Politisierung der bearbeiteten Themen. Versteht man kollektive Rechtsmobilisierung als eine Form politischer Partizipation, so können Wirkungen auf alle Stadien des Policy-Cycles (Jann & Wegrich 2009) untersucht werden – auf die öffentliche Problemdefinitionen, das Agenda Setting im politischen Entscheidungsprozess, auf die Politikformulierung (also die Schaffung oder Anpassung von Gesetzen oder anderen Steuerungsmechanismen) oder die Implementation und den Vollzug des Rechts. Es gibt für die hier aufgeworfenen Aspekte einen substantiellen internationalen Acquis, aber es ist Hahn (2019: 25–27) in Bezug auf den Forschungsbedarf zuzustimmen, den sie bei Strategie, Taktik und Klagekollektiven sieht; Müller (2019: 56–58) regt ebenso Untersuchungen und Hypothesen zur Zunahme ideeller Rechtspraxen an und mahnt eine methodologische Reflexion empirischer Zugänge an. Soll sich die Forschung auch bisher nicht beleuchteten Themen widmen, so wäre etwa die Frage zu klären, wie *verdeckte* strategische Prozessführung bzw. Präzedenzfallarbeit identifiziert und empirisch untersucht werden kann.

Zusammengefasst lässt sich resümieren, dass Wirkungsforschung zu den Resultaten von Rechtsmobilisierung allgemein die Entwicklung und Prüfung theoretischer Wirkungsmodelle erfordert, die adäquat zum Erkenntnisinteresse sind: Wieder bildlich gesprochen, braucht es die richtige Wahl des Scheinwerfers, der auf die Bühne leuchten soll. Die hier vorgestellte Systematisierung von Rechtsmobilisierung, die sie im Kontext gesellschaftlicher Auseinandersetzungen verortet, kann dabei helfen.

Fazit

Dieser Beitrag hat eine Systematisierung verschiedener Formen der Rechtsmobilisierung versucht. Er hat argumentiert, dass das Verständnis und die Erklärung von Rechtsmobilisierung und ihre Wirkungsanalyse nötig ist, diese umfassend zu definieren und dabei individuelle wie kollektive, diskursive wie juristische

Formen einzubeziehen. Diese Systematisierung ist offen für alle Ausprägungen und Motive der Mobilisierung. Rechtsmobilisierung wurde als relevanter Modus der Konfliktbearbeitung verstanden, für den Rechtsstaatlichkeit als unhintergebarer Rahmen essenziell ist. Der Stand der Rechtsstaatlichkeit in einem Land ist ein Erklärungsfaktor für Muster und Wahrscheinlichkeiten, das Recht (nicht) mobilisiert wird. Sie ist auch eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung, dass Rechtsmobilisierung als Konfliktbearbeitungsmechanismus in pluralistischen und differenzierten Gesellschaften funktionieren kann. Hierzu ist eine generalisierte Zustimmung zu demokratischen Prinzipien nötig und eine Anerkennung unter Gegner*innen, dass das Streben nach Durchsetzung von Werten und Interessen auch der Gegenseite legitim ist.

Unabhängig davon, ob sich diese Zustimmungen immer bei allen Beteiligten finden, kann eine solche Perspektive doch Dynamiken der Rechtsmobilisierung entschlüsseln. Für deren verschiedenen Aspekte stehen bereits nützliche Analysekonzepte bereit, die es weiterzuentwickeln gilt.

Literaturverzeichnis

- Albiston, Catherine R. (1999) The Rule of Law and the Litigation Process. The Paradox of Losing by Winning. *Law & Society Review* 33: 869–910.
- Albiston, Catherine R., Edelman, Lauren B. & Milligan, Joy (2014) The Dispute Tree and the Legal Forest. *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 6 10: 105–131.
- Andersen, Ellen Ann (2006) *Out of the closets and into the courts: Legal opportunity structure and gay rights litigation*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Baer, Susanne (2021) *Rechtssoziologie: Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*. Baden-Baden: Nomos.
- Blankenburg, Erhard (1980) Rechtsmobilisierung: Über die Wahrscheinlichkeit des Gangs zum Gericht, die Chance des Erfolgs und die daraus folgenden Funktionen der Justiz. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1: 33–64.
- Blankenburg, Erhard (1995) *Mobilisierung des Rechts: eine Einführung in die Rechtssoziologie*. Berlin, usw.: Springer.
- Blanquett, Wiebke & Casser, Chiara (2017) Amicus Curiae in Deutschland. Drittbeteiligung von Verbänden durch Amicus-Curiae-Stellungnahmen in Gerichtsverfahren der unteren Instanzen. *Kritische Justiz* 50: 94–106.
- Bloch, Frank S. (Hrsg.) (2011) *The global clinical movement: Educating lawyers for social justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Borkowski, Larissa & Helmrich, Christian (2017) Refugee Law Clinic Regensburg – das erste Jahr. *JURA – Juristische Ausbildung* 38.
- Buckel, Sonja (2013) „Welcome to Europe“ – die Grenzen des europäischen Migrationsrechts: *Juridische Auseinandersetzungen um das „Staatsprojekt Europa“*. Bielefeld: transcript.
- Cabral, James E., Chavan, Abhijeet, Clarke, Thomas M. & Greacen, John (2012) Using Technology to Enhance Access to Justice. *Harvard Journal of Law & Technology* 26: 241–324.

- Clasen, Sarah (2019) Wer bestimmt über den weiblichen Körper? Worum es in der Auseinandersetzung um § 219a StGB wirklich geht. *FEMINA POLITICA – Zeitschrift für feministische Politikwissenschaft* 28 (2): 146–149.
- Dudas, Jeffrey R., Goldberg-Hiller, Jonathan & McCann, Michael W. (2015) The Past, Present, and Future of Rights Scholarship, S. 367–381 in A. Sarat & P. Ewick (Hrsg.), *The handbook of law and society*. Chichester: Wiley-Blackwell.
- Duffy, Helen (2017) Strategic Human Rights Litigation: ‘Bursting the Bubble on the Champagne Moment’: Inaugural Lecture 13 March 2017. Online: openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/59585/oratie-helen-duffy-spreekversie.pdf?sequence=1, Stand: 12. Januar 2020.
- Eckstein, Nina & Rössl, Ines (2017) Legal Literacy: Vorwort der Gastherausgeberinnen. *juridikum*: 219–224.
- Evans Case, Rhonda & Givens, Terri E. (2010) Re-engineering Legal Opportunity Structures in the European Union? The Starting Line Group and the Politics of the Racial Equality Directive. *Journal of Common Market Studies* 48: 221–241.
- Ewick, Patricia & Silbey, Susan S. (Hrsg.) (2008) *The common place of law: Stories from everyday life*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Felstiner, William, Abel, Richard & Sarat, Austin (1981) The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming. *Law & Society Review* 15: 631–654.
- Ferree Marx, Myra, Gamson, William Anthony, Gerhards, Jürgen & Rucht, Dieter (2002) *Shaping Abortion Discourse. Democracy and the Public Sphere in Germany and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fuchs, Gesine (2013a) Using Strategic Litigation for Women’s Rights: Political Restrictions in Poland and Achievements of the Women’s Movement. *European Journal of Women’s Studies* 20: 21–43.
- Fuchs, Gesine (2013b) Strategic Litigation for Gender Equality in the Workplace and Legal Opportunity Structures in four European Countries. *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société* 28: 189–208.
- Fuchs, Gesine (2019) Rechtsmobilisierung: Rechte kennen, Rechte nutzen und Recht bekommen, S. 243–256 in C. Boulanger, J. Rosenstock & T. Singelstein (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*. Wiesbaden: Springer VS.
- Fuchs, Walter (2019) Erkundung der Theorielandschaft: Klassische rechtssoziologische Ansätze, S. 31–68 in C. Boulanger, J. Rosenstock & T. Singelstein (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*. Wiesbaden: Springer VS.
- Gerhard, Ute (2007) ‚Unrechtserfahrungen‘ – Über das Aussprechen einer Erfahrung mit Recht, das (bisher) keines ist, S. 11–30 in S. Opfermann (Hrsg.), *Unrechtserfahrungen: Geschlechtergerechtigkeit in Gesellschaft, Recht und Literatur*. Königstein/Taunus: Ulrike Helmer Verlag.
- Gerhard, Ute (2018) *Für eine andere Gerechtigkeit: Dimensionen feministischer Rechtskritik*. Frankfurt: Campus Verlag.
- Graser, Alexander & Helmrich, Christian (Hrsg.) (2019) *Strategic Litigation: Begriff und Praxis*. Baden-Baden: Nomos.
- Graser, Alexander (2019) Strategic Litigation – oder: Was man mit der Dritten Gewalt sonst noch so anfangen kann. *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung* 10: 317–353.

- Griffiths, Craig (2015) Gay activism im Modell Deutschland. *European Review of History* 22: 60–76.
- Habermas, Jürgen (1992) *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt/Main: suhrkamp.
- Hahn, Lisa (2019) Strategische Prozessführung. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*: 5–32.
- Hilson, Chris (2002) New social movements: the role of legal opportunity. *Journal of European Public Policy* 9: 238–255.
- Hine, Darlene Clark, Hine, William C. & Harrold, Stanley (2009) *African Americans: A concise history*. Upper Saddle River, N.J.: Pearson/Prentice Hall.
- Jann, Werner & Wegrich, Kai (2009) Phasenmodelle und Politikprozesse: der Policy Cyle, S. 75–113 in K. Schubert & N. C. Bandelow (Hrsg.), *Lehrbuch der Politikfeldanalyse 2.0*. München: Oldenbourg.
- Joachim, Jutta M. & Locher, Birgit (Hrsg.) (2011) *Transnational activism in the UN and EU: A comparative study*. London: Routledge.
- Johnson, Paul (2016) *Going to Strasbourg: An oral history of sexual orientation discrimination and the European Convention on Human Rights*. Oxford, United Kingdom, New York, NY: Oxford University Press.
- Kaiser, Marianne (Hrsg.) (1980) *Wir wollen gleiche Löhne! Dokumentation zum Kampf der 29 „Heinze“-Frauen*. Reinbek: Rowohlt.
- Karakayalı, Juliane, Kahveci, Çağrı, Liebscher, Doris & Melchers, Carl (Hrsg.) (2017) *Den NSU-Komplex analysieren: Aktuelle Perspektiven aus der Wissenschaft*. Bielefeld: transcript.
- Keck, Margaret E. & Sikkink, Kathryn (1998) *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*. Ithaca NY: Cornell University Press.
- Kriesi, Hanspeter (2004) Political Context and Opportunity, S. 67–90 in D. A. Snow, S. A. Soule & H. Kriesi (Hrsg.), *The Blackwell Companion to Social Movements*. Malden, Oxford, Carlton: Blackwell.
- Kühne, Ulrich (2018) Post von Freunden: Amicus Curiae – Stellungnahmen bei Gericht. Online: www.lto.de/.
- Lorde, Audre (2018) *The master's tools will never dismantle the master's house*. London: Penguin Classics.
- Makaremi, Chowra & Shafafi, Pardis (2019) Introduction. *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review* 42: 181–190.
- Marcus, Dorothea (2017) NSU-Tribunal am Schauspiel Köln: Eine Gegenöffentlichkeit mithilfe der Kunst. Online: https://www.deutschlandfunk.de/nsu-tribunal-am-schauspiel-koeln-eine-gegenoeffentlichkeit.2016.de.html?dram:article_id=386700, Stand: 9. Januar 2020.
- McCammon, Holly J., Muse, Courtney Sanders, Newman, Harmony D. & Terrell, Teresa M. (2007) Movement framing and discursive opportunity structures: The political successes of the US women's jury movements. *American Sociological Review* 72: 725–749.
- McCann, Michael (2014) The Unbearable Lightness of Rights: On Sociolegal Inquiry in the Global Era. *Law & Society Review* 48: 245–273.
- McCann, Michael W. (2006) Introduction, S. xi–xxvi in M. W. McCann (Hrsg.), *Law and Social Movements*. Aldershot: Ashgate.
- McCann, Michael W. (2010) Litigation and legal mobilization, S. 522–540 in K. E. Whittington (Hrsg.), *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford Univ. Press.
- Morrill, Calvin, Feddersen, Mayra & Rushin, Stephen (2015) Law, Mobilization of, S. 590–597 in, *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Elsevier.

- Müller, Ulrike A. C. (2011) Professionelle Direkte Aktion. Linke Anwaltstätigkeit ohne kollektive Mandantschaft. *Kritische Justiz*: 448–464.
- Müller, Ulrike A. C. (2019) Begriffe, Ansprüche und deren Wirklichkeiten. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*: 33–63.
- Nejaime, Douglas (2011) Winning Through Losing. *Iowa Law Review* 96: 941–1012.
- O'Donnell, Guillermo (2004) Why the rule of law matters. *Journal of Democracy* 15: 32–46.
- Pedriana, Nicholas (2006) From protective to equal treatment: Legal framing processes and transformation of the women's movement in the 1960s. *American Journal of Sociology* 110: 1718–1761.
- Pring, George William & Canan, Penelope (1996) *Slapps: getting sued for speaking out*. Philadelphia: Temple Univ. Press.
- Raiser, Thomas (2013) *Grundlagen der Rechtssoziologie*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Rehder, Britta & van Elten, Katharina (2019) Legal Tech & Dieselgate Digitale Rechtsdienstleister als Akteure der strategischen Prozessführung. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*: 64–86.
- Retzlaff, Karl (Hrsg.) (1981) *Wir klagen an: [Paragraph] 218: Tribunal gegen [Paragraph] 218: Dokumentation*. Hamburg: Buntbuch-Verlag.
- Rogowski, Ralf (2018) Nachruf auf Erhard Blankenburg (1938–2018). *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 38: 168–172.
- Sandefur, Rebecca L. (2008) Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality. *Annual review of sociology* 34: 339–358.
- Snow, David A. (2004) Framing Processes, Ideology, and Discursive Fields, S. 380–412 in D. A. Snow, S. A. Soule & H. Kriesi (Hrsg.), *The Blackwell Companion to Social Movements*. Malden, Oxford, Carlton: Blackwell.
- Southworth, Ann (2017) *Conservative Litigations Strategies and Groups in US Judicial Politics*. Oxford Bibliographies Online Datasets.
- Vanhala, Lisa (2009) Anti-discrimination policy actors and their use of litigation strategies: the influence of identity politics. *Journal of European Public Policy* 16: 738–754.
- Vanhala, Lisa (2011): *Legal Mobilization* (Oxford Bibliographies Online Datasets), zuletzt aktualisiert am 22.02.2018, zuletzt geprüft am 15.01.2020.
- Vanhala, Lisa (2012) Legal Opportunity Structures and the Paradox of Legal Mobilization by the Environmental Movement in the UK. *Law & Society Review* 46: 523–556.
- Vardaman, James M. (2015) Civil Rights Movements, S. 691–694 in: *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Elsevier.
- Versteeg, Mila & Ginsburg, Tom (2017) Measuring the Rule of Law: A Comparison of Indicators. *Law & Social Inquiry* 42: 100–137.
- Wesel, Uwe (1979) hM. *Kursbuch* 56 (1979), S. 88–109.: 88–109.
- Zunino, Marcos (2016) Subversive Justice: The Russell Vietnam War Crimes Tribunal and Transitional Justice. *International Journal of Transitional Justice* 10: 211–229.
- Zwingel, Susanne (2012) How do Norms Travel? Theorizing International Women's Rights In Transnational Perspective. *International Studies Quarterly* 56: 115–129.

Abhandlungen

Kathrin Behrens*

The Legal Interpellation of Citizens – A Constitutional Analysis

Die juristische Anrufung von Staatsbürger:innen – Eine Verfassungs- analyse

<https://doi.org/10.1515/zfrs-2021-0004>

Abstract: The aim of this article is to reconstruct the legal creation of citizen subjects by applying the interpellation theory of Louis Althusser in constitutional citizenship regulations. In addition, this article uncovers the patterns of constitutionally defined rights and duties as implications of intra-constitutional subject construction, especially in relation to a political, a civil and a social dimension. For this purpose, 41 constitutions are analysed quantitatively-descriptively based on an international comparative qualitative document analysis. The study shows that constitutions, as the most fundamental legal documents at the national level, define different formal-legal qualities of citizen subjects and thus determine very specific relations between the state and its citizens. The legal citizenship regulations in national constitutions thus contribute to the stabilization of social (b) order-drawing processes to the extent that they create and secure both barriers and opportunities for individual and collective participation in society, addressing these primarily through a political and less through a civil or social legal dimension.

Zusammenfassung: Ziel dieses Artikels ist es, die rechtliche Subjektherstellung von Staatsbürger:innen unter Anwendung der Anrufungstheorie von Louis Althusser in verfassungsrechtlichen Staatsbürgerschaftsregelungen zu rekonstruieren. Darüber hinaus widmet sich dieser Beitrag den Mustern verfassungsmäßig definierter Rechte und Pflichten als Konsequenz der intrakonstitutionellen Subjektkonstruktion, insbesondere entlang einer politischen, einer zivilen und einer

*Korrespondenzautorin: Kathrin Behrens, Heinrich Heine Universität Düsseldorf, Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Institut für Sozialwissenschaften, Soziologie I, 40225 Düsseldorf, E-Mail: kathrin.behrens@hhu.de

sozialen Dimension. Zu diesem Zweck werden 41 Verfassungen – auf Grundlage einer international vergleichenden qualitativen Dokumentenanalyse – quantitativ-deskriptiv analysiert. Diese Arbeit zeigt, dass Verfassungen als die grundlegendsten nationalen Rechtsdokumente formal-rechtlich unterschiedliche Subjektqualitäten und damit spezifische Beziehungskonstellationen zwischen dem Staat und seinen Bürger:innen definieren. Die rechtlichen Staatsbürgerschaftsregelungen in den nationalen Verfassungen tragen damit insofern zur Stabilisierung sozialer Grenzziehungsprozesse bei, als dass sie sowohl Barrieren als auch Zugangsmöglichkeiten für die individuelle und kollektive Teilhabe an der Gesellschaft schaffen und absichern, wobei sie diese in erster Linie mittels einer politischen und weniger durch eine zivile oder soziale Rechtsdimension adressieren.

Keywords: citizen subjects, interpellation, constitutions, constitutional rights, document analysis

In recent years, the concept of national citizenship has been repeatedly challenged by political and academic debate. Discourses have emerged on the relationship between globalisation and citizenship (e.g. Bauböck 2019), emigration and citizenship (e.g. Barry & Kim 2006) or on European citizenship (e.g. Isin & Saward 2015). They all lead to different forms of post-national citizenship in the contemporary world (see Urry: 315). Most of these current works on citizenship focus on the political implications and/or conditions of citizenship. In contrast, the actual process of *becoming a legal subject named ‘citizen’*¹ is rarely examined in detail. A profound sociological debate on citizenship, however, requires a deep understanding of that very legal moment, since it enables the study of the different levels of the social. Therefore, the aim of this paper is, first, to answer the question of how unspecified persons *legally become formal citizen subjects* and thereby formal members of a particular political entity. Secondly, it is a question of whether constitutions as social institutions have the function of formally transforming people into these legal subjects. Finally, some *primary implications* of this legal construction of citizen subjects are considered. To this end, the article combines the theoretical foundation of the sociological theory of interpellation with the empirical data on formal citizenship from national constitutional doc-

¹ When this text speaks of ‘legal’, it always refers to the formal dimension of the constitution as written institution and never to the extensive legal system of a society with additional legal sources. Additionally, the expression *‘becoming a legal subject called ‘citizen’* does not address the equally complex administrative process of naturalization. It is about the intraconstitutional construction of the subject category ‘citizen’ and therefore addresses the formal dimension.

uments. Consequently, the result of this work is a reconstruction of the constitutional data on citizenship in the light of Althusser's theory of interpellation and *explicitly not* the analysis of the constitutional reality and thus the real conditions of existence of citizens. Thus, the article offers an innovative contribution to the systematic comparison of quantified legal texts and its embedding in a theoretically grounded sociological perspective.

A core dimension of citizenship is the exclusive formal belonging to a particular political entity: the nation state (Cohen 1999: 248). In this line, Fahrmeir (2007) defines *formal citizenship* as “*the legal definition of a close relationship between individuals and one state, usually documented in passports or other citizenship certificates. Formal citizenship [is] (...) a way of defining groups entitled to particular rights*” [emphasis by author] (Fahrmeir 2007: 2). Brubaker states that “[e]very modern state defines its citizens positively, in accordance with explicit, formally articulated criteria, and its noncitizens residually” (Brubaker 1992: 29), which has many implications. For instance, formal membership of a nation state – characterised by the status as citizen – determines (potentially) whether one is protected by a welfare system, whether one is legally capable of social and political participation, whether one enjoys economic privileges, and last but not least, whether social integration has a chance of success. Finally, in a socio-psychological dimension, formal membership as citizen is an offer of individual identity in that it defines the individual's belonging to a community. The formal definition of membership is laid down by a legal procedure and legitimised by a formal procedure on a national level: “A nation's constitution [...] constitutes a nation's people, in the sense that it ratifies – and perhaps ossifies – the identification of a demos [...] with a state” (Tushnet 2012: 219). To this end, national constitutions are the most basic legal instruments that are intended to regulate both formal membership and the fundamental rights and duties associated with it as they include “all rules which define the members of the sovereign power, all rules which regulate the relation of such members to each other, or which determine the mode in which the sovereign power, or the members thereof, exercise their authority” (Dicey 1982 [1885]: cxl). These legal rules are of special power as they are “claiming precedence over other rules and principles” (Tschantz 2011: 3–4). Constitutions are therefore one way of constructing the category of citizens and granting them certain rights, freedoms and duties which, by virtue of their status, associate them in a special way with the State. In this way, the legal regulation of formal citizenship in national constitutions contributes to the stabilisation of social borders by creating and securing barriers to individual and collective participation in society. Constitutions are therefore among the most central legal institutions capable of defining and stabilizing the social order by placing the state and its governmental institutions in relation to its citizens.

In order to address the formal construction of citizens both theoretically and empirically, the first part of this article deals with the conception of citizenship and, in a second step, uses Louis Althusser's (1971) theory of interpellation to clarify the legal construction of citizens. Emphasizing the *legal interpellation of formal citizen subjects*, the empirical part² focuses on the analysis of constitutional documents. In an explorative, primarily quantitative analysis of 41 worldwide constitutional documents, the construction of the legal citizen subject through constitutional interpellation is explored. The last section shows the implications of the legal interpellation of citizens by constitutions in the form of rights and duties associated with the status as citizen. Finally, the findings of this article are discussed. With this structure, this article follows an inductive rather than a hypothesis testing structure, using the interpellation theory as the theoretical framework for the analysis of constitutional documents.

So far, the legal construction of citizen subjects has not been examined by social sciences from the perspective of interpellation theory.³ Moreover, the material of constitutional documents is not a common data basis in sociological research. Hence, this study presents an innovative cross-national comparison of the legal construction and qualification of a particular subject category and its implications for the constitutional stabilisation of social inclusion and exclusion due to status-associated rights, freedoms and duties.

Theories on Citizenship and the (Legal) Interpellation

Citizenship as a sociological and political concept contains primarily three interdependent elements: Cohen (1999) summarises established literature on citizenship identifying citizenship as

“political principle of democracy that involves participation in deliberating and decision-making by political equals for a body politic; citizenship as a juridical status of legal personhood that carries a set of legally specified rights including the all-important ability

² The empirical content of this article is based on a coding and quantification of constitutional texts as well as a legal comparison based on the data collected, thus going beyond a purely hermeneutical interpretation of legal texts.

³ An exception is the article of political science by Bassel (2008), which deals with transformation by the interpellation of female refugees as citizens. Her paper deals in particular with the processes of claim-making and the relevant power relations, while this article refers to the legal interpellation of citizens in principle by the national constitution.

of the legal subject to sue in court and to claim the state's protection; and citizenship as a *form of membership* in an exclusive category that forms the basis of a special tie and affords a social status and a pole of identification that can itself become a rather thick and important identity able to generate solidarity, civic virtue and engagement" [emphasis in original] (Cohen 1999: 248).

This characterisation is in line with the description of an ideal citizenship, which defines it as the "legally codified equality of the members of a society, their active political participation, their inclusion in society and its exclusion from the outside world" [translated by author] (Mackert 2006: 17).

Even if citizenship has its pre-modern precursors, the modern form of citizenship as a political concept is established since the proclamation of the rights of men and of the citizens in the context of the French Revolution as well as in the founding documents of the United States of America. In both ancient and modern times, nationally bounded citizenship refers to the status of a person with specific rights (see for instance Smith 2002: 105)⁴. Topics of recent scientific research on (modern) citizenship are multifaceted. They deal with, for instance, citizenship and migration (Bauböck 2006), conceptions and their challenges of modern citizenship (Clarke et al. 2014), citizenship in flux (Isin 2009) and questions of trans- or international citizenship (Isin 2015; Jacobs 2007; Isin & Saward 2015; Staeheli 1999). Despite the efforts and attempts to conceive of citizenship beyond the nation state, the latter still seems to be the central focus of social science research: Since "[e]very modern state formally defines its citizenry" (Brubaker 1992: 21), citizenship seem to be a universalist principle of modernity on national level. Formal citizenship can be understood as the formal integration of individuals into society and thereby contributes to its social order⁵ on a national level. Thus, nationally regulated citizenship is the provision of a specific subject status for a certain group of persons, which expresses the formal membership to a political community, resulting in concrete rights and duties (Smith 2002; for instance Brubaker 1992). These rights and obligations form an area of "legal equality" (Brubaker 1992: 21). The legally described citizenry requires a "juridical procedure" (Butler & Spivak 2007: 22) to be established and legitimised. It follows that citizenship is not an ontological matter, but that its construction is an artificial and even formalised process of juridical status: people are not naturally born as specific citizens but are formally and legally assigned this specific subject status. In this way, unspecific people become concrete persons whose status has consequences

⁴ Isin and Turner (2002), for instance, offer a comprehensive overview of foundations, histories, approaches and forms of citizenship for deeper insights.

⁵ For the historical development of the term 'citizen' see for example Turner (1990: 201 ff.).

for the conditions of their lives: Citizenship equalises all subjects with status as citizen (e. g. Brubaker 1992; Janoski & Gran 2002) and also forms a defined relation between citizen subjects and the state Subject, in which a promise of loyalty by the citizen subjects is exchanged for protection by the state Subject.

In sum, the distinction between citizenship as a legal status and citizenship as social membership points to the difference between the legal formalization of a status as legal subject (Arndt 2015; Damm 2002) and the borders of the social (Lindemann 2002, 2009). Although the two concepts can be separated on an analytical and theoretical level, they are directly intertwined. Thus, from a sociological perspective, various questions arise: Which implications are bound to the status as citizen and how is the status as citizen formally assigned? What does it mean to *be a citizen*? How do people legally *become* a citizen? The combination of Marshall's theory on citizenship and the interpellation theory by Althusser might give answers to these questions.

Citizenship and its implications

One of the most established approaches on sociological conceptualisation of citizenship originates from T.H. Marshall (1950). With his work "Citizenship and Social Class" (Marshall 1950), Marshall founded a basic approach on citizenship, focusing on the "juridical component but [he] links it to the principle of equality" (Cohen 1999: 251). Marshall's conceptualisation of citizenship is immediately bound to one of the main *legal implications of the formal construction of citizenship*: the legal provision of individual rights. Therefore, he differentiates between civil, political and social citizenship and the corresponding results:

"The civil element is composed of the rights necessary for individual freedom – liberty of the person, freedom of speech, thought and faith, the right to own property and to conclude valid contracts, and the right to justice. (...) By the political element, I mean the right to participate in the exercise of political power, as a member of a body invested with political authority or an elector of the members of such a body. (...) By the social element I mean the whole range from the right to a modicum of economic welfare and security to the right to share to the full in the social heritage and to live the life of a civilized being according to the standards prevailing in the society" (Marshall 1950: 10–11).

He argues for an evolutionary process of the corresponding rights: Marshall allocates the modern development of the civil rights to the eighteenth century, the political rights to the nineteenth century while finally the social rights institutionally expanded in the twentieth century (Marshall 1950: 14). Corresponding to the concepts of citizenship, the types of rights address specific dimensions:

“Civil rights concern the liberties of the individual, the political component is the right to participate in the political decision-making process; and social rights refer ultimately to participation in civilised [sic] life” (Turner 1993: 498). Thereby, civil rights reflect the idea of the international human rights regime, whose internationally valid standards are implemented and realised at national level and ensure equality between the members of the community. Political rights provide the possibility of deliberation and articulation of interests within these communities and social rights ensure the individual capability⁶ to make use of the first two legal regimes.

In conclusion, nationally regulated citizenship constitutes the provision of a specific subject status for a certain group of persons, which juridically expresses the formal membership to a political community, resulting in concrete rights and duties (Smith 2002; for instance Brubaker 1992). As this paper is devoted to the examination of the legal construction of citizens as a specific category of persons with particular rights, freedoms and duties, the question remains, *how* the category as citizen is legally constructed, hence, *how* unspecific people *become* citizens. Althusser’s sociological theory of interpellation offers a theoretical perspective for understanding the legal construction of citizens in constitutional documents.

Interpellation by Ideological State Apparatuses

Louis Althusser can be described as the founding father of interpellation theory.⁷ He assumes that the *State Apparatuses* enable and stabilise the reproduction of production relations to force a capitalist ideology. In his famous work “Ideology and Ideological State Apparatuses” (1971) he presents his ideas on how the ideological state apparatuses constitute (citizen) subjects. He distinguishes between *Repressive State Apparatuses* – which include for instance the police and the military – and *Ideological State Apparatuses* (hereinafter referred to as ISA) – which include the educational ISA, the family ISA, the political ISA and also the *legal*

⁶ For further discussion of the capability approach see Nussbaum (2002).

⁷ Since the focus of the study is on the constitution as a state institution, the use of Althusser’s theory of interpellation by a state apparatus is appropriate for the study. Of course, there are other theories on the process of interpellation, which essentially rely on Althusser’s theory. For instance, Judith Butler’s (1997) ideas on the process of becoming a subject through interpellation are much discussed. But also Copjec, Laclau, Rancière and Žižek deal with interpellation from different perspectives; for an overview see for instance Krips (2006). For reasons of space, these perspectives will not be discussed.

ISA (Althusser 1971: 136–137). According to Althusser, “[w]hat distinguishes the ISAs from the (Repressive) State Apparatus is the following basic difference: the Repressive State Apparatus functions ‘by violence’, whereas the Ideological State Apparatuses’ *function ‘by ideology’*” [emphasis in original] (Althusser 1971: 138).⁸ Two essential theses span his definition of ideology:

- I. “Ideology represents the imaginary relationship of individuals to their real conditions of existence” (Althusser 1971: 153).
- II. “Ideology has a material existence” (Althusser 1971: 155).

With his first thesis, he supports the imaginary character of any ideology while alluding to reality: what ideology describes as an imaginary notion of reality is a representation of the ‘real’ conditions of human existence (Althusser 1971: 153–155). The second thesis refers to the fact that ideology manifests itself in concrete action and thus outlasts applied and abstract social practice (Althusser 1971: 155–159). These ideas emphasise the enormous importance of the ideological legitimization of a specific social order: without the ideological justification of status-associated rights and freedoms by a state authority, specific social (living) conditions and the resulting social inequalities are illegitimate. Hence, the state subject ideologically legitimises social order by (legally) constructing subject categories which are each associated with clearly defined rights and freedoms. That leads Althusser to the point, that ideology is “by the subject and for subjects” (Althusser 1971: 160). Here, the principle of *interpellation* first becomes visible. Althusser states that

“the category of the subject is constitutive of all ideology, but at the same time and immediately I add that *the category of the subject is only constitutive of all ideology insofar as all ideology has the function (which defines it) of ‘constituting’ concrete individuals as subjects. (...) I shall say: all ideology hails or interpellates concrete individuals as concrete subjects (...)* I shall then suggest that ideology ‘acts’ or ‘functions’ in such a way that it ‘recruits’ subjects among the individuals (it recruits them all), or ‘transforms’ the individuals into subjects (it transforms them all) by that very precise operation which I have called *interpellation* or hailing (...)” [emphasis in original] (Althusser 1971: 160).

Althusser thus drafts a theory which describes the relationship between subject and state via an ideological component. Through the interpellation of the subjects by the ISA (the Subject), the state reproduces their status, which the subjects

⁸ For further information see Althusser (1971: 244 ff.). He emphasizes that both the repressive and ideological state apparatuses use violent and ideological elements. However, the repressive state apparatus is *predominantly* violent whereas the ideological state apparatus is *primarily* of ideological function.

assume to be natural. Although Althusser supposes that the individual already exists before his/her specific interpellation as subject, an essential characteristic is connected with the subject-interpellation: “the individual *is interpellated as a (free) subject in order that he shall submit freely to the commandments of the Subject, i. e. in order that he shall (freely) accept his subjection (...)*” [emphasis in original] (Althusser 1971: 169). Thus, the interpellated subjects are subject to *the illusion that they are free subjects*, although they *are interpellated as free subjects by the Subject* and are therefore subject to categorisation by the ISA. According to Althusser, this also means that the hailed subject acknowledges its status (Althusser 1971: 166) (nevertheless, he acknowledges the possibility of mis-recognition or non-recognition). The key to this reciprocal relationship is ideology: an ideology is a bundle of ideas about how social reality should look and what role subjects play in it. Ideology is provided institutionally through ISAs: “Althusser has now brought us to the point where we can determine what ideology is: it is the rituals and institutions (ISAs) of a society, and its function is the interpellation of individuals/subjects into its society; that is, to make them members of their society” (Davis 2012: 888).

Regarding the *legal interpellation of citizens and the resulting implications*, the theories of Marshall and Althusser can now be combined as follows: the juridical status as citizen is the (constitutional) construction of a specific subject category by a state Subject and hence can be interpreted as an interpellation in the sense of Althusser. Therefore, constitutions are part of the legal state apparatuses, which is the most basic ideological authority for the interpellation of citizen subjects. Via the legal state apparatus, subjects are interpellated legally (and therefore formally) as citizens by the constitutional institution of the state Subject. Hence, it legally determines who is a *formal member* of society. The constitutional regulations, especially those on citizenship, are part of the *ideological source* for the *interpellation of citizens*. These in turn are translated into the (formal possibility of) active social participation and material basis of citizens by formulating *civil, political and social rights* (and obligations) for them. Thus, on the one hand, constitutions in the Althusserian sense are instruments of interpellation by the legal state apparatus and thus construct the “imaginary relationship of individuals to their real conditions of existence” (Althusser 1971: 153). But on the other hand, they also reflect the social conditions of social participation in the constitutionally formulated rights and duties for (non-)citizens and thereby address the “material existence” (Althusser 1971: 155) of (non-)citizens. This reflects the characterisation of constitutions as an essential component of the ideological state apparatus.

Thus, it becomes clear once again that the following analysis is *not* about examining the *real conditions of existence* of individual actors as legal subjects invoked by the constitution. Rather, it is about the reconstruction of the *ideologi-*

cal level of Althusser's idea of interpellation – both in the sense of direct invocation by the (legal) ideological state apparatus by means of constitutions and by the reconstruction of the constitutional implications in the form of status-dependent rights and duties – and thus about the implicit idea of the imagined relations of state citizens and not about the actual constitutional reality.

Although the constitution *does not necessarily require those interpellated citizens to take immediate note* of their interpellation, the implications of the constitution regarding the construction of the formal members still exist. Constitutions are therefore highly important empirical data when it comes to the question of how subjects 'become' formal citizens in modern nation-states, how formal citizenship is shaped in constitutional law, and what implications these conceptualisations have in terms of associated rights and duties and the relationships between the Subject (the state) and its subjects (citizens). Fahrmeir's (2007) definition of formal citizenship leads to constitutional documents as empirical source for formal organization of citizenship and the corresponding rights. Therefore, the first part of the constitutional analysis reconstructs the *legal interpellation of citizens*, while the second part deals with the resulting *implications in the form of specific rights and duties* associated with the status as citizen.⁹

Constitutions as Ideological Source for Interpellation

Constitutions are a particular mode for setting social norms, which are “put down in writing” (Grey 1984: 15) and legitimised by formal procedures. Today, “in the age of constitutionalism” (Blaustein 1994: v), they are rarely the product of deliberation: as a result of the rationalisation process of modernity, constitutions today are designed by constitutional advisors who offer standards of content and format during the drafting of constitutional documents (Go 2003). According to Thornhill (2011) a modern constitution is “a gradually evolving and highly variable social phenomenon, extant to different degrees in different societies. Yet it is determined by the fact that, both internally and externally, it creates legal conditions for the use of political power, and it possesses a certain primacy above other elements of the law and the political system” (Thornhill 2011: 12). Hence, Constitutions have

⁹ At this point, it should be explicitly pointed out that the concept of the (legal) subject and subjectification in the sociological debate represents a discussion of its own (exemplary for the related debate: Arndt (2015); Cottier (2006); Henkel (2017); Lindemann (2009, 2017) which cannot be presented further here for reasons of space.

legal precedence over other national legal texts and are simultaneously translated and transposed into these same texts, thus making them “institutions grounding institutions” (Schnabel et al. 2017: 556). Thereby, constitutions provide the legal context for social order of modern societies as they are the most fundamental legislative document regulating a wide range of social areas: They, for instance, have the authority to define the country specific political environment by setting the basic rules for parliament and administration; they could regulate the relation of the state and other non-governmental institutions; and they also potentially set the conditions for formal citizenship and specify the corresponding rights and duties. As Grey puts it: Constitutions “express an arrangement vastly more complex than those underlying most legal documents: the web of society’s basic institutions and ideals” (Grey 1984: 16).

Pursuant to Blaustein (1994), constitutions of modern nation-states (potentially) comprise regulations on citizenship (Blaustein 1994: 3), frequently “acquired by three modes: *jus sanguinis* (a child inherits citizenship via a parent), *jus soli* (a child inherits citizenship via birth regardless of parentage) or *jus domicili* (a person acquires citizenship by naturalisation in a state other than his or her birth)” [emphasis in original] (Isin 2009: 369; see also for instance Shachar 2012). These types are the corner stones of the following analysis on formal citizenship, represented by constitutional interpellation.

The Data on Constitutional Citizenship Regulation

The following analysis focuses on specific data resulting from the ‘OnBound-Project’ (#316798296 in the DFG database). The data used for this article deals with the significance of religion and national identities in constitutions around the world. The analysis of constitutional documents was guided by similar approaches that examined different constitutional contents (for instance Fox 2008; Heintz & Schnabel 2006; Schnabel et al. 2017). The data is based on the most recent constitutions available in English language.¹⁰ The data involves 41 countries, covering five world regions of Africa, America, Asia, Europe and Oceania (see United

10 The constitutional data was collected in September 2017, provided by the online platform of the *Comparative Constitute Project* Elkins et al. (2010) as English translation. On the one hand, using the English version of the constitutional documents enables us to compare constitutions worldwide. On the other hand, using translated documents has the disadvantage of possibly having to accept consistent language distortion: certain formulations, words or semantic details that would be of great interest for the textual analysis of country-specific documents may have been lost during the translation process from the source language into English.

Nations – Statistic Division). The first four regions each consist of ten randomly selected countries, while Australia is analysed as a proxy for Oceania.¹¹ This selection of countries ensures international heterogeneity which allows to investigate potential regional particularities.

Four different coders examined the corresponding constitutional documents under the guidance of a codebook developed for this purpose.¹² The codification refers only to constitutions which were available as one consistent document. To ensure the comparability of the documents, no other legal documents, interpretations or annexes were included in the study. The codebook mainly contains variables on religion and national identity in constitutional documents, as well as variables on macro information (such as the year of adoption of the Constitution). The variables on formal citizenship stem from the block on national identity. Specifically, they capture the constitutional regulations on citizenship presented in Table 1.

Table 1. Variables on Constitutional Regulations of Citizenship.

Constitutional Regulations of Citizenship	Coding for all Regulations
[a] citizenship by birth	
[b] citizenship by ancestors	
[c] citizenship by naturalisation	0 = no reference at all to [regulation]
[d] dual citizenship	1 = [regulation] is not possible
[e] loss of citizenship	2 = [regulation] is regulated in external law
[f] extradition	3 = [regulation] is possible

¹¹ Africa: Burkina Faso, Ghana, Kenya, Morocco, Nigeria, Rwanda, South-Africa, Tanzania, Tunisia, Zimbabwe; America: Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, Mexico, Peru, Suriname, USA, Venezuela; Asia: China, India, Indonesia, Japan, Republic of Korea, Malaysia, Philippines, Singapore, Thailand, Viet Nam; Europe: Denmark, France, Georgia, Greece, Ireland, Italy, Netherlands, Portugal, Russia, Sweden. Australia itself is part of the Polynesian part of Oceania. New Zealand cannot be included into the sample as it has no codified constitution. The various island states of Micronesia and Melanesia are not included in the sample since these are states with a very small population, those without a codified constitution or those that are not independent states according to the UN register.

¹² To establish intercoder reliability, the coders compared their coding results. In cases of doubt, the corresponding articles were reviewed to discursively agree on the appropriate code.

The constitutional regulation of formal citizenship can serve as a primary indication of the construction of citizens with the perspective of interpellation theory.

Results on Constitutional Interpellation of Citizens

As introduced with Althusser's idea on interpellation by state apparatuses, constitutions represent the legal ISA, able to hail people as citizens. Although those hailed people will not feel directly addressed, the legal interpellation as citizens via the constitutional regulation is nevertheless consequential. Apart from the idea that legally defined rights and duties determine the living conditions and material existence of citizen subjects, formal citizenship becomes particularly relevant in situations in which these rights are not self-evident but are subject to critical negotiation, for instance in the context of emigration (Barry & Kim 2006). Therefore, the most important regulations on formal citizenship at the constitutional level are examined. As all these regulations represent a performative act by the legal ISA to construct the status as citizen, they are worth examining.

Table 2. Number of Constitutions regulating different Dimensions of Citizenship.

	no reference	external law	not possible	possible
citizenship by birth	21	1	2	17
citizenship by ancestors	24	0	0	17
citizenship by naturalisation	21	3	0	17
dual citizenship	25	4	2	10
loss of citizenship	16	5	4	16
extradition	17	6	4	14

As Table 2 shows, the constitutional regulations of formal citizenship allow various conclusions to be drawn: first of all, a surprisingly large number of constitutions contain no regulations on the respective dimensions of formal citizenship.¹³ In addition, for almost every dimension there are references to citizenship regulations in external law. Since these additional, external legal documents are not part of this study, no statement can be made about the quality and quantity of the extraconstitutional citizenship regulations. The fact that there are many

¹³ No further results on regional differences are reported here, as the single factor variance analysis does not show significant results regarding the mean value comparisons between the groups. Australia is excluded from the mean variance analysis due to the single proxy status for Oceania.

constitutional references to subordinate law suggests that constitutions might be too stable institutions to legally define formal citizenship. This could mean that formal citizenship in modern societies is a volatile product of ongoing and recurrent negotiation processes and that its formalisation requires a certain flexibility. Since constitutions are comparatively stable institutions (cf. Elkins et al. 2009), it is reasonable to assume that the formalization of citizenship in subordinate law is guaranteed a higher degree of adaptability. Then again, due to its supremacy (Tschentscher 2011), the constitution does have a particularly performative effect, which strengthens the relevance of existing findings.

Besides the discussion about references to external law, intraconstitutional citizenship regulations mainly express the conditions for being interpellated as a citizen, whereas the rejection is less frequently regulated. This in turn allows to refer to the positive definition of citizenship (Brubaker 1992), which mainly consists of regulations on formal citizenship by birth and by ancestors:

- [a] *Citizenship by birth*: 17 of the constitutions examined provide regulations for formal citizenship by birth on state territory. For instance, the Brazilian Constitution contains the following regulation: “Brazilians are: I. by birth: a. those born in the Federative Republic of Brazil, even though of foreign parents, provided that they are not in the service of their country; (...)” (Brazil’s Constitution, 1988 [rev. 2015], art. 12.I).
- [b] *Citizenship by ancestors*: A further 17 of the analysed constitutions grant citizenship by ancestry, usually through at least one parent. In addition to the Brazilian case from (a), the Philippine Constitution also defines, for instance, that citizens of the Philippines are all those “whose fathers or mothers are citizens of the Philippines; (...)” (Philippine’s Constitution, 1987, art. IV., Sec1.2).

Constitutionally regulated citizenship by birth and by ancestry seem to be the most basic forms of becoming a formal member of a state by the interpellation of the ISA. Here, the possibility of ‘non-perception’ of being interpellated becomes exemplarily clear, since the constitutionally hailed person (the newborn child) cannot immediately recognise his or her interpellation as a citizen. Nevertheless, this interpellation can be of enormous importance, for example in direct access to the health care system. This form of citizen-construction is of an ambivalent character: on the one hand, the supposed quasi-naturalness suggests an apparently automatic process of constructing citizenship, but on the other hand it is almost invisible in everyday social life due to its self-evidence in the administrative process – at least at the very precise moment the interpellation becomes effective.

- [c] *Citizenship by naturalisation*: The Mexican Constitution is one of the 17 documents which contain specific regulations of citizenship by naturalisation:

“The Mexicans by naturalisation are: I. Those aliens who obtain a naturalisation card from the Department of Foreign Affairs. II. Any foreign woman or man who marries a Mexican man or woman and establishes residence inside the Mexican territory, provided that foreigner complies with the other requirements set forth by the law for that purpose” (Mexico’s Constitution, 1917 [rev. 2015], art. 30.B).

Citizenship through naturalisation differs from the first two concepts in a very important point. In this case, the administrative process, guided by the legal ISA, is (usually) a conscious act of naturalisation for the person concerned, combined with forms, administrative procedures and possibly naturalisation examinations. According to Althusser, the ISA *transforms* non-members to official citizens by its administrative procedures, which are formulated in the constitutional interpellation. The actors called upon here are jointly associated with the unspecific category ‘aliens’ and in this context are visible as such – and not as formal members. However, the category of ‘aliens’ remains undefined. Thus, a further ambivalence of the interpellation as a citizen becomes visible: although one goal of formal membership is social inclusion by participation, the manifested boundaries between non-members and formal members become visible and reproduced through the interpellation as a citizen.

[d] *Dual citizenship*: Kenya is one of the countries (n=10) including constitutional regulations on dual citizenship. Art. 16 states: “A citizen by birth does not lose citizenship by acquiring the citizenship of another country” (Kenya’s Constitution, 2010, art. 16).

Dual citizenship is the least regulated citizenship dimension at the constitutional level. Nevertheless, it also has a special value: although the expression of the Kenyan constitution refers to citizens by birth, it still stabilises the interpellation by the ISA. The interpellated members of their own community do not lose their status, even though they are interpellated as citizens by a *foreign* ISA. Thereby, the ISA underlines the constitutionally guaranteed stability of citizenship status.

[e] *Losing citizenship*: Deprivation of citizenship is enabled by 16 constitutions. The Peruvian case illustrates a special formulation: “Exercise of citizenship may be suspended by: 1. Judicial interdiction. 2. Sentence of imprisonment. 3. Sentence of disqualification from political rights” (Peru’s Constitution, 1993 [rev. 2009], art. 33).

[f] *Possibility for extradition*: In 14 cases, the state’s right to extradition is also frequently implemented in constitutional documents. Often, however, certain conditions apply, as the Italian constitution makes clear: “Extradition of a

citizen may be granted only if it is expressly envisaged by international conventions. In any case, extradition may not be permitted for political offences” (Italy’s Constitution, 1947 [rev. 2012], art. 26).

Revoking citizenship and the possibility for extradition also shape the stability of the constitutional interpellation as citizen. By directly referring to additional authority – for instance the juridical system itself or international conventions – the ISA underlines its ambivalent power to hail people as citizens on the one hand and its power to disqualify the status as citizen on the other. The state Subject thus not only has fundamental sovereignty to define (non-)citizens; in the cases just described, this even means explicit exclusion from the political community. This again refers to Althusser’s articulated asymmetrical relation between the ISA and the individual actors.

Overall, the constitutional analysis shows different results regarding the legal interpellation of individual actors as citizens. Referring back to Althusser’s (1971) theory on interpellation, constitutions are institutions that are part of the *legal Ideological State Apparatus*. The constitutional expression of formal membership can therefore be interpreted as the *legal interpellation* of citizen subjects by the ISA and transforms individuals into citizens (Althusser 1971), making them “members of their society” (Davis 2012: 888). The specific constitutional regulations of citizenship are the particular *constructions* of citizen subjects (without the necessity of their immediate notification).

The descriptive analysis shows that, unexpectedly, many constitutions contain *no reference* to citizenship, although they represent the most basic legal documents for the possibility of a legal interpellation of state subjects. Nevertheless, the existing references of legal interpellation of citizens show ambivalent impressions: on the one hand, there are examples of unconditional interpellation of citizens, for instance by birth on state territory. On the other hand, there are conditions for achieving formal membership, for instance through certain administrative processes – which is a conditioned interpellation of citizen subjects. In addition, the examples clearly show that the legal interpellation of citizens is of an inclusive character, but at the same time excludes all those who are not hailed as citizens by leaving the gap of not defining the non-citizens. The undefined, vague category of non-citizens therefore refers to all these categories of persons that are not constitutionally interpellated as citizens¹⁴.

¹⁴ A more precise designation of constitutionally undefined persons could be reconstructed by considering the many complementary legal provisions (for example, on residence permits for foreigners or on asylum and naturalization procedures) which are not part of the present analysis.

These findings might be underlined by the granting or rejection of certain rights and duties, which are also regulated in constitutional documents and immediately linked to the citizenship status.

Results on the Implications of the Constitutional Interpellation as Citizen

Following Marshall's (1950) ideas on citizenship, specific rights are the direct implications of formal membership of the political and social community of a nation-state. Although his theory has been criticised¹⁵ (e. g. for an overview Turner 1990), it serves as a scheme for the analysis of constitutional documents. Table 3 gives an overview of the rights (and obligations) formulated in the examined constitutions, as well as their categorisation into a scheme of rights according to Marshall's theory.

Table 3. Overview of Constitutional Rights and Duties

civil rights	legal counsel speedy trial fair trial public trial property assembly information/correspondence life personality economic activity defending fatherland	movement privacy expression/opinion/speech academic freedom safety of personal data national/personal identity freedom/inviolability/dignity religious freedom freedom of opinion/thought/conscience happiness
political rights	vote eligibility petitions criticise the state/resistance	political parties demonstrate associate/unionise/trade unions

¹⁵ The critiques refer, for example, to his idea that citizenship would develop in an evolutionary process and that the resulting rights outlined by him are formulated too heterogeneously and do not do justice to their respective historical conditions of origin. Also, according to his critics, the assumed irreversibility of civil rights does not do justice to historical developments either. Although these exemplary points of criticism can certainly be discussed, they are not addressed further due to the schematic application of his concept and the limited scope of this article. However, a successful overview is offered by Turner (1990).

social rights	work	culture
	strike	social security
	leisure	equal pay
	health	protection of/healthy environment
	education	welfare (unemployment, disabled, elderly)
duties	defending fatherland	work
	taxation	vote
	education	rising children/family planning
	observing constitution/law	safeguard the nation

The clear imbalance between the number of civil and the political and social rights is obviously striking. This is not surprising, however, since the civil element has served as a foundation of personal liberty and individual freedoms for the further development of political and social rights (Marshall 1950). Now the question remains as to the extent to which the examined constitutions depict these types of rights and how they are related to the legal interpellation as citizens.¹⁶

In this context, it is first of all remarkable that three different references to relevant categories of persons can be found with regard to the constitutional granting of rights and the formulation of duties: the granting of civil, political as well as social rights and the imposition of duties is – in some cases – explicitly *restricted* for certain categories of persons or refers either to *citizens* or to *everyone*.¹⁷ For instance, the Irish constitution expresses that the “State guarantees liberty for the exercise of the following rights, subject to public order and morality: i. The right of the citizens to express freely their convictions and opinions. (...) ii. The right of the citizens to assemble peaceably and without arms. (...) iii. The right of the citizens to form associations and unions. (...)” (Ireland’s Constitution, 1937 [rev. 2015], art. 40.6.1). In this case, these specific aspects of civil rights are granted for those people referred to as citizens. Restricted access to rights can exemplarily be seen in the Thai Constitution: it regulates, that specific persons “are prohibited from exercising the right to stand for election in an election of Members of the House of Representatives” (Thailand’s Constitution, 2017, art. 98), namely persons who are “addicted to narcotics”, who are “bankrupt or hav[e] been dishonestly bankrupt”, who are “a member of a local assembly or a

¹⁶ The results given here must not be interpreted as constitutional reality but are exclusively intraconstitutional text references. Whether and to what extent the articulated rights (and duties) are (or can be) enforced is not at issue here.

¹⁷ This category also contains those formulations of rights and duties which are not specified for a certain group of persons.

local administrator” (Thailand’s Constitution, 2017, art. 98.1, 98.2 & 98.13) and so on. Rights for everyone are expressed for instance in the Greek Constitution: “The protection of the natural and cultural environment constitutes a duty of the State and a right of every person” (Greece’s Constitution, 1975 [rev. 2008], art. 24.1). Regarding the constitutional formulation of duties, these differences can also be extracted from the documents. Whereas, for instance, the Chinese Constitution regulates, that it “is the duty of citizens of the People’s Republic of China to pay taxes in accordance with the law” (Chinese Constitution, 1982 [rev. 2004], art. 56), the Venezuelan constitution arranges that “[e]veryone has the duty to comply with and obey this Constitution and the laws and other official acts promulgated by the organs of Public Power” (Venezuela (Bolivarian Republic of)’s Constitution, 1999 [rev. 2009], art. 131). Hence, the constitutional formulation of various rights and duties differ with respect to the category of person concerned. Figure 1 presents the proportions of constitutionally regulated rights (divided in political, civil and social rights) and duties regarding the relevant categories of persons.¹⁸

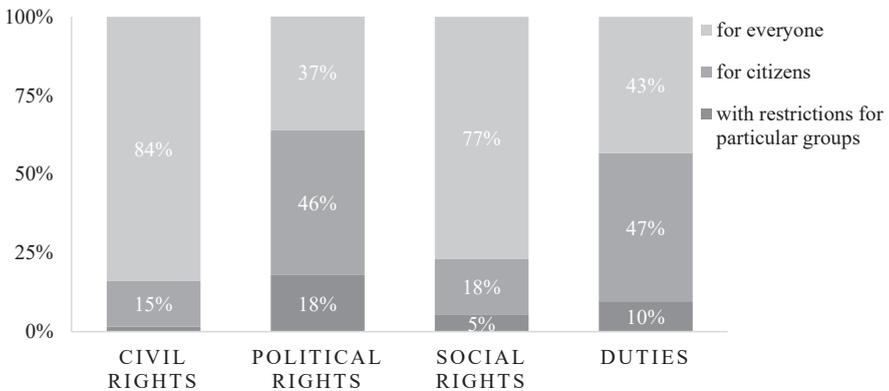


Figure 1. Proportions of constitutionally regulated (political, civil & social) rights and duties regarding the relevant categories of persons.

18 As there are no significant regional differences for the implications of formal citizenship in the form of the different dimensions of rights and duties within the framework of the single factor variance analysis, these are also not further reported here. Since no significant regional differences seem to exist either here or in the variables on formal citizenship, this supports the approach of this article not to focus on the historical conditions of the genesis of constitutional documents.

The data lead to different observations on the descriptive level: Regarding the constitutional formulation of *civil rights*, the results show that only 2% of all regulations are *restricted* for specific persons and 15% of the regulations are exclusively formulated for *citizens*. The vast majority of constitutional regulations on *civil rights* (84%) are designed for *everyone*.¹⁹ A different picture emerges regarding the formulation of *political rights*. Here, the *restricted* access to rights is articulated in more than 18% of the regulations²⁰, political rights for *citizens* are guaranteed in 46% of the regulations and in 37% for *everyone*. The formulation of *social rights* is similar to the results of *civil rights*: Only 5% of all formulations on *social rights* restrict their granting, while 18% are reserved for *citizens* and the largest proportion of all relevant formulations of *social rights* (77%) are formulated for *everyone*. In the case of the constitutional regulation of *duties*, the most balanced distribution between *duties* for *citizens* (47%) and duties for *everyone* (43%) is evident, while the *restriction* of certain *duties* is found in only 10% of all formulations.

With reference to the question of the legal interpellation of citizen subjects and the resulting implications, the ambivalence of the construction of citizens discussed above is also reflected in the resulting rights: The dimension of political rights is predominantly reserved for *citizens*²¹, while most of the civil and social rights articulated in the constitutional data are formulated for *everyone*. This shows that the constitutional granting of rights requires more than one category of subjects: the differentiation in the interpellation between *citizens* and *everyone* constructs subjects of different qualities. The result of this distinction are different relationships between the (state) Subject and the constitutionally interpellated subjects. The quality of the citizen subjects is characterised in particular by their political relation to the state Subject, while the dominant granting of civil and social rights for everyone emphasises above all the civil-bourgeois and social relationship dimension to the state Subject.

On the one hand, these results are somewhat surprising, since the constitutional formulation of ‘rights for everyone’ concerns a group of people who

19 In very few cases, the different rights and duties are not related to a specific category of persons. However, as these are absolutely exceptional cases, it is not useful from a descriptive point of view to introduce a separate category for them. For this reason, the wording in these few cases has been coded with the category ‘everyone’.

20 In order not to distort the coding of political rights regarding the formulation of restrictions, restrictions to the right to vote and to the right of eligibility were *not considered* for the ‘usual’ restriction regarding age and deviant (e. g. criminal) persons.

21 Although the difference between rights for citizens and rights for everyone is not particularly great in the case of political rights, it is the only category of rights predominantly articulated for citizens.

are not explicitly defined through constitutional interpellation by the legal ISA. ‘Everyone’ thus remains an unclear constitutional reference and is addressed to a non-specific group of persons, while at the same time granting very precise access to civil and social participation in society. It would have been plausible to assume that the constitutional granting of such specific rights is reserved for citizens, for instance when it comes to social rights depending on government funds, such as the access to the welfare system. On the other hand, the findings of the constitutional interpellation and the resulting rights are in line with theoretical assumptions presented by Marshall (1950), summarised by Turner (1990): While civil rights strive for the fundamental *equality* of the individuals and social rights reflect the *capability* to exercise the granted rights, political rights refer to deliberation and participation in the political system and thus address the individual actor as a *political actor*. Thus, the realisation of international standards regarding the equality of individuals is limited by state sovereignty with regard to the formulation of political rights: these do not apply to everyone, which would correspond to the claim to equality, but apply to the restricted category of citizens. In this sense, the interpellation as a citizen could be understood as the production of a *political category* of persons and qualifies the members of this specific category with political power. Here the self-reflexivity of constitutions is salient once again: Through the political category of citizens, endowed with political power, the constitution creates a *demos* that is able to shape the constitution through political deliberation processes. Thus, the constitution reflexively confirms itself.

A similar conclusion can be drawn for constitutionally formulated duties: although the analysis presented here does not distinguish between civil, political and social duties, it shows that “citizens” and “everyone” have roughly equal obligations for the community. However, these are grouped differently for the duties examined here. As the detailed results in Appendix 1 exemplarily show, the duty to defend the fatherland is primarily intended for citizens, whereas compulsory education is in most cases a duty for everyone. Thus, in the context of the constitutional formulation of duties (just as with rights), different relationships arise between the Subject and its subjects: via the implications of the constitutional interpellation by the Subject, the legal ISAs, the different subject categories are committed to the community in different ways. On the one hand, the state Subject secures its own existence, for instance through the duty to defend the territory or the duty to participate in the financial budget through tax payments. On the other hand, the state Subject protects itself from the power of its citizen subjects, for example through the obligation to respect the constitution, which shapes the legitimate frame for individual action. At this point, the circular character of subject interpellation and its implications becomes clear again: the relevant subjects are only constructed through the constitutional interpellation by the

Subject – the legal ISA – and in the same institutionalised process committed to this very Subject. These results furthermore underline the self-reflexivity of the formal-legal institution of constitutions on a more abstract dimension: By means of citizenship regulations, the constitutions create a *demos*, which in turn legitimises the constitution as a legal contract. Through this reflexive loop, the constitution thus makes itself its own object.

Conclusion

The aim of this paper was to reconstruct the constitutional interpellation of legal subject categories and to work out the resulting implications for the respective subjects. It therefore explicitly takes a structuralist perspective: the question is how specific institutions such as constitutions define and stabilise specific structures in the sense of subject categories, without explicitly focusing on the individual actors ‘behind’ the category. According to Althusser (1971), the legal Ideological State Apparatus transforms unspecified people into citizens by legal interpellation. Constitutions can be seen as legal means of interpellation. They constitute not only the individual subject as citizen but also the relationships between these citizen subjects as well as between the citizen subjects and the state Subject. Thereby, those interpellated people become concrete subjects and hence formal members of a political and social entity.

The theoretical introduction was used for analysing constitutional documents of 41 worldwide countries regarding the legal dimensions of formal citizenship and the implications for the granting of specific rights and duties corresponding to the status as citizen. The study shows on a descriptive level that the legal regulation of formal citizenship contributes to the stabilisation of social boundaries between citizens and non-citizens, in particular by building and securing barriers to political participation.

On a more abstract level, the constitutional act of interpellation leads to different qualities of subject categories, resulting in specific interrelationships between the interpellating Subject and the interpellated subjects: On the one hand, the legal ISA (Althusser 1971), as the interpellating Subject, constructs a very specific category of subjects – the *citizens*. This act of interpellation relates the state Subject to its citizen subjects in a primarily political sense. On the other hand, in the context of constitutionally formulated rights and duties, the more unspecified subjects are *everyone*. As the civil and social rights are primarily assigned to those subjects, it shapes the relation towards the Subject with a different quality: *everyone* is related to the state Subject in a less political but social sense. These

qualities of subject construction lead to social order in a very specific way: First, the interrelationships between the state Subject and its (non-)citizen subjects are institutionally spanned by the different qualities of subject interpellation in constitutions. Second, this interrelation is of circular character as the Subject originally constructs its subjects by legal interpellation and is simultaneously reliant on their utilisation of their associated rights and duties.

The results presented here on the legal interpellation of citizens' rights could be embedded or shifted into further discussions. Thus, on the one hand, a historical-sociological view would be able to take into account the different path dependencies of the constitutions and consider the histories of their origin. In this case, a case-specific comparison with a reduced selection of countries would be appropriate. This would allow the origins of the constitutional data – and possibly even changes over time – to be taken into account. If one were to drastically reduce the number of cases, and possibly even work with an individual case analysis, the 'external law' referred to in this paper could also be included in the study. The gain in information would increase considerably for the case under investigation; at least if a country were the object of investigation that does not formulate the interpellation as a citizen in its constitution but refers to 'external law'. Using supplementary legal texts or corresponding commentaries, it would be possible to shed light on the constitutionally non-invoked persons (i. e., non-citizens), which would provide a contrast of the ideological interpellation of different legal subjects. Accordingly, the qualification of the juridical relation between the state-subject and the legal-subjects would become much clearer. It can be assumed that the supplementary sources of law can reflect the need for change more dynamically and can thus be better adapted to current requirements than is the case with constitutions as more enduring constructs (see for instance Elkins et al. 2009). On the other hand, a different country sample would also come into consideration for the international comparison made here: for example, an intercontinental comparison would be able to consider region-specific communities of nations which may have common path links in constitutional history.

Overall, in contrast to the definition of an ideal citizenship (Mackert 2006: 17), the legal interpellation of (non-)citizens and the resulting legal implications do not overcome inequalities, but instead create and stabilise different relationship qualities between subjects and the interpellating authority. Nevertheless, the paper shows, that the category as citizen subject is predominantly a political one, defining access to the political system by formulating a juridical bound of formal membership. Hence, the constitutional act of subject interpellation in the 'Althusser sense' is one way of initially creating social order by relating the different types of subjects.

References

- Althusser, Louis (1971) Ideology and Ideological State Apparatuses (Notes towards an Investigation) (January – April 1969), S. 121–173 in L. Althusser (Ed.), *Lenin and philosophy and other essays*. Translated from the French by Ben Brewster. London: New Left Books.
- Arndt, Sophie (2015) Ambivalente Rechtssubjektivität. Zur Position Asylsuchender in der gerichtlichen Interaktion. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 35: 117–142.
- Barry, Kim (2006) Home and Away: The Construction of Citizenship in an Emigration Context. *NYUL Rev.* 81.
- Bassel, Leah (2008) Citizenship as Interpellation: Refugee Women and the State. *Government and Opposition* 43: 293–314.
- Bauböck, Rainer (2006) *Migration and citizenship: Legal status, rights and political participation*. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Bauböck, Rainer (Hrsg.) (2019) *Debating European Citizenship*. Cham: Springer International Publishing.
- Blaustein, Albert P. (1994) *Framing the Modern Constitution: A Checklist*. FB Rothman.
- Brubaker, Rogers (1992) *Citizenship and nationhood in France and Germany*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Butler, Judith (1997) *Excitable speech: A Politics of the Performative*. New York & London: Routledge.
- Butler, Judith & Spivak, Gayatri Chakravorty. (2007) *Who sings the nation-state? language, politics, belonging*. Seagull Books.
- Clarke, John, Coll, Kathleen, Dagnino, Evelina & Neveu, Catherine (2014) *Disputing citizenship*. Bristol, UK: Bristol University Press.
- Cohen, Jean L. (1999) Changing Paradigms of Citizenship and the Exclusiveness of the Demos. *International Sociology* 14: 245–268.
- Cottier, Michelle (2006) *Subjekt oder Objekt? Die Partizipation von Kindern in Jugendstraf- und zivilrechtlichen Kinderschutzverfahren: Eine rechtssoziologische Untersuchung aus der Geschlechterperspektive*. Zugl.: Basel, Univ., Diss.2005. Bern: Stämpfli.
- Damm, Reinhard (2002) Personenrecht: Klassik und Moderne der Rechtsperson. *Archiv für die civilistische Praxis* 202: 841–879.
- Davis, Noela (2012) Subjected Subjects? On Judith Butler's Paradox of Interpellation. *Hypatia* 27: 881–897.
- Dicey, Albert Venn (1982 [1885]) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classics.
- Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom & Melton, James (2009) *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press.
- Elkins, Zachary, Melton, James & Ginsburg, Tom (2010) The Comparative Constitutions Project (CCP). Online: <https://comparativeconstitutionsproject.org>.
- Fahrmeir, Andreas (2007) *Citizenship: the rise and fall of a modern concept*. New Haven/ London: Yale University Press.
- Fox, Jonathan (2008) *A World Survey of Religion and the State*. New York: Cambridge University Press.
- Go, Julian (2003) A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postcolony, 1945–2000. *International Sociology* 18: 71–95.
- Grey, Thomas C. (1984) Constitutions as Scripture. *Stanford Law Review* 37: 1–25.

- Heintz, Bettina & Schnabel, Annette (2006) Verfassungen als Spiegel globaler Normen? *KZfSS Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 58: 685–716.
- Henkel, Anna (2017) Die Verdinglichung der Dinge. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 37.
- Isin, Engin F. (2009) Citizenship in flux: The figure of the activist citizen. *Subjectivity* 29: 367–388.
- Isin, Engin F. (2015) Claiming European citizenship, S. 19–46 in E. F. Isin & M. Saward (Eds.), *Enacting European Citizenship*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Isin, Engin F. & Saward, Michael (Hrsg.) (2015) *Enacting European Citizenship*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jacobs, Francis G. (2007) Citizenship of the European Union – A legal analysis. *EUROPEAN LAW JOURNAL* 13: 591–610.
- Janoski, Thomas & Gran, Bryan (2002) Political Citizenship: Foundations of Rights, S. 13–52 in E. F. Isin & B. S. Turner (Eds.), *Handbook of Citizenship Studies*. London: SAGE Publications Ltd.
- Krips, Henry (2006) Interpellation, Populism, and Perversion: Althusser, Laclau and Lacan. *Filozofski vestnik* 27: 81–101.
- Lindemann, Gesa (2002) *Die Grenzen des Sozialen. Zur sozio-technischen Konstruktion von Leben und Tod in der Intensivmedizin*. München: Wilhelm Fink Verlag.
- Lindemann, Gesa (2009) Gesellschaftliche Grenzregime und soziale Differenzierung: Zeitschrift für Soziologie, Jg. 38, Heft 2, April 2009, S. 94–112. *Zeitschrift für Soziologie* 38: 94–112.
- Lindemann, Gesa (2017) Verfahrensordnungen der Gewalt. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 37.
- Mackert, Jürgen. (2006) *Staatsbürgerschaft: Eine Einführung*. VS Verlag für Sozialwissenschaften / GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden.
- Marshall, T. H. (1950) *Citizenship and Social Class and Other Essays*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nussbaum, Martha (2002) Capabilities and Social Justice. *International Studies Review* 4: 123–135.
- Schnabel, Annette, Behrens, Kathrin & Grötsch, Florian (2017) Religion in European constitutions – cases of different secularities. *European Societies* 19: 551–579.
- Shachar, Ayelet (2012) Citizenship, S. 1002–1019 in M. Rosenfeld & A. Sajo (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Smith, Rogers M. (2002) 6: Modern Citizenship, S. 105–116 in E. F. Isin & B. S. Turner (Eds.), *Handbook of Citizenship Studies*. London: SAGE Publications Ltd.
- Staeheli, Lynn A. (1999) Globalization and the Scales of Citizenship. *Geography Research Forum*: 60–77.
- Thornhill, Chris (2011) *A Sociology of Constitutions. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. New York: Cambridge University Press.
- Tschentscher, Axel (2011) Comparing Constitutions and International Constitutional Law: A Primer. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 331*: 1–15.
- Turner, Bryan S. (1990) Outline of a Theory of Citizenship. *Sociology* 24: 189–217.
- Turner, Bryan S. (1993) Outline of a Theory of Human Rights. *Sociology* 27: 489–512.
- Tushnet, Mark (2012) Constitutions, S. 217–232 in M. Rosenfeld & A. Sajo (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.
- United Nations – Statistic Division Standard country or area codes for statistical use (M49). Online: <https://unstats.un.org/unsd/methodology/m49/>, Accessed 6/28/2019.
- Urry, John Globalization and Citizenship. *Journal of world-systems research* 1999: 311–334.

Appendix

Appendix 1. Number of constitutions regulating the right/duty [x].

(Number of Constitutions: N=41)

Right/Duty [x]	not mentioned	restricted	for citizens	for everyone	
	(n)	(n)	(n)	(n)	(N)
civil rights					
legal counsel	9	0	0	32	41
speedy trial	19	0	1	21	41
fair trial	22	0	0	19	41
public trial	23	0	1	17	41
property	3	2	5	31	41
assembly	5	1	13	22	41
information/correspondence	13	0	8	20	41
life	14	0	0	27	41
personality	36	0	0	5	41
economic activity	27	0	1	13	41
freedom/inviolability/dignity	24	0	2	15	41
movement	8	1	14	18	41
privacy	15	0	4	22	41
expression/opinion/speech	3	0	8	30	41
academic freedom	23	0	1	17	41
safety of personal data	39	0	0	2	41
national/personal identity	34	0	1	6	41
defending fatherland	36	0	5	0	41
religious freedom	1	0	5	35	41
opinion/thought/conscience	11	0	4	26	41
happiness	39	0	0	2	41
political rights					
vote	3	5	33	0	41
eligibility	4	23	14	0	41
petitions	18	1	6	16	41
criticise the state; resistance	38	0	1	2	41
demonstrate	30	0	2	9	41
associate/unionise/trade unions	4	1	11	25	41
political parties	23	0	9	9	41
social rights					
work	7	0	12	22	41
strike	16	7	0	18	41
leisure	23	0	1	17	41
health	12	1	7	21	41
education	10	0	7	24	41
culture	23	1	2	15	41

Right/Duty [x]	not mentioned	restricted	for citizens	for everyone	
social security	31	0	0	10	41
equal pay	31	0	0	10	41
protection of/healthy environment	31	0	0	10	41
welfare (unemployment, disabled, elderly)	29	0	4	8	41
duties					
defending fatherland	14	7	17	3	41
taxation	24	0	7	10	41
education	24	0	3	14	41
observing constitution/law	19	2	11	9	41
work	29	0	5	7	41
raising children/family planning	38	0	1	2	41
safeguard the nation	35	1	5	0	41
vote	40	0	0	1	41

Stefan Kühl*

Violating “laws of the state” and “laws of the organization”

<https://doi.org/10.1515/zfrs-2021-0005>

Zusammenfassung: Das Verhältnis der Erwartungsbildung in Staaten durch positives Recht und der Ausbildung von Erwartungen in Organisationen durch Formalisierung ist bisher theoretisch unzureichend beleuchtet worden. Aus einer systemtheoretischen Perspektive werden in diesem Artikel die Gemeinsamkeiten und Unterschiede dieser „Rechtsbildung“ auf der Ebene des Staates und der Organisation näher untersucht. Anschließend an die Diskussion über die Frage der Verantwortung für Gesetzesverstöße aus Organisationen heraus, werden die unterschiedlichen Adressierungsversuche soziologisch eingeordnet. Dabei wird gerade im Gegensatz zur in der Literatur dominanten Annahme über Regeltreue in Organisationen argumentiert, dass es aufgrund der Verrechtlichung der modernen Gesellschaft nicht möglich ist, eine klare Trennung zwischen Verstößen gegen positivierte staatliche Gesetze und formalisierte organisationale Regeln vorzunehmen.

Abstract: The relationship between the formation of expectations in states through positive law and the formation of expectations in organizations through formalization has so far not been adequately examined theoretically. From a systemic perspective, this article examines the similarities and differences of these legal constructions at the level of the state and the organization. Following the discussion on the question of responsibility for legal violations from organizations, the different attempts at addressing these issues are discussed. In contrast to the dominant assumption in literature about compliance in organizations, it is argued that due to the legalization of modern society, it is not possible to make a clear distinction between violations of positive state laws and formalized organizational rules.

Keywords: Organizations – Useful Illegality – Formalization – Positive Law

Article Note: This article is based on chapter 2 of my book “Brauchbare Illegalität. Vom Nutzen des Regelbruchs in Organisationen” (Campus 2020).

***Korrespondenzautor:** Stefan Kühl, Universität Bielefeld, Fakultät für Soziologie, Postfach 100131, D. 33501 Bielefeld, E-Mail: stefan.kuehl@uni-bielefeld.de

Committing oneself to rule compliance and law abidance is part of the self-presentation of every organization member. It would cause consternation if the CEO of a company, head of a social welfare department, or commander of an infantry battalion publicly announced that compliance with state laws and formal directives was not a serious issue. It would be very surprising if a new employee told her superior that she had always struggled to follow rules and was therefore planning to continue her successful career as a rule-breaker in this organization as well.¹

A distinction is usually made in organizations between violations of state laws and violations “only” of the laws of the organization itself.² Violations of state laws may entail breaches of civil, administrative, or criminal law, but they may also involve a failure to comply with regulatory requirements (Clinard and Yeager 1980, p. 16).³ Violations of an organization’s laws entail small and large deviations from the organization’s formal programs, official communication channels, and established rules for hiring, transferring, and dismissing personnel.

At first glance, this distinction is convincing—after all, it makes a big difference whether organization members violate a law governing working hours or an organization’s internal rule for recording working hours. It clearly makes a difference whether the member of a political party ignores legally binding requirements for reporting large donations from abroad or simply violates internal party guidelines governing coordination between regional associations when drawing up a strategy paper.

But can violations of state law and violations of organizational law really be so clearly separated? What are the similarities and differences between these two types of “laws”? And how do they relate to each other?

¹ With respect to this, the ISO 26000 international quality standard demands that companies acknowledge that laws and rules should be followed; see Hahn 2013.

² I have repeatedly referred to this important distinction in my studies of organizational cultures; see, e. g., Kühl 2013, pp. 123 f.

³ See Bergmann 2016, p. 4. Because these offenses can also include violations of administrative or civil law, the term “criminality,” which encompasses only criminal violation, is too imprecise here; see Yeager 2007, p. 26.

How expectations can be fixed – The similarities and differences between positivization and formalization

States and organizations have one main thing in common: they use a very similar mechanism for formulating their expectations. They specify—usually in writing—what is permitted and what is not. Binding expectations are not developed in an evolutionary process; they are established by a decision that is applicable to everyone. In the context of state legislation, this is referred to as the positivization of legal expectations. In organizations, the same process is called the formalization of organizational expectations.⁴

Hidden behind the principle of the positivization of state laws and formalization of organizational expectations is a highly unusual development whose significance to the creation of modern society is impossible to overstate. When expectations are defined in the form of state laws or formal orders, it is possible to make decisions that establish very clearly specified demands with which everyone must comply and the violation of which can be punished (see Luhmann 2005b, p. 225).

Furthermore, the expectations enshrined in state laws and formal rules can be changed with the stroke of a pen—but this does not change the requirement for everyone to meet these new expectations just as they were obliged to comply with the previous ones. While norms changed slowly in most tribal societies, and even in many early high cultures, they can now be altered from one day to the next through a modified law, a new regulation, or a different directive. We can observe this in the constant stream of new instructions, modified rules, and rearranged reporting channels that organization members are expected to officially acknowledge.

The similarity between the mechanisms of positivization through state law and formalization through organizational rules was identified early on by organizational researchers (for example, see Luhmann 1964b, p. 393).⁵ Formal expect-

⁴ For an analysis of the mechanism of complexity reduction from the perspective of systems theory, see Luhmann 2020, pp. 440 ff.; regarding the field of law, see Luhmann 2005b, p. 227. In organizations, these expectations are often specified in writing, but they can also be communicated verbally. In states, by contrast, the expectations are always formulated in writing in the form of laws, decrees, or directives.

⁵ For a fundamental analysis, see Stinchcombe 2001; also see Schauer 1991, p. 12, who refers to rule-making principles outside of the legal system, in institutions such as churches and associations. Unfortunately, in his standard work on the function of rules, Schauer does not systematically address the difference between positivization and formalization. For a treatment of the question in a textbook, see Twining and Miers 2010, pp. 25–27.

tations are spoken of as a kind of “secondary law” that develops as a supplement and with reference to the “primary law” of state legislation. In this instance, law is formed not at the state level but at the organizational one, but in both cases the acceptance of normative expectations is assumed (Luhmann 2014, p. 197).⁶ This similarity between positivization and formalization explains why both infringements of an organization’s formal expectations and legal violations by organization members are referred to using the term “useful illegality” (see Luhmann 1964, pp. 304 ff.).⁷

What are the differences between how binding rules are created in a legal system and in an organization?

The differences between the positivization of legal expectations and formalization of organizational expectations

States and organizations fundamentally differ in one key aspect: namely, the mechanisms used to penalize deviations from expectations. States have a specific repertoire for this, including fines, imprisonment, and the death sentence. The behavioral norms stipulated by state laws are internalized by citizens so early on that there is no need for them to be familiar with the legal codes from which the behavioral norms stem. But in case of doubt, deviations from behavioral expectations codified by the state can be punished on the basis of such legal codes.

Organizations do not have the same repertoire of penalties available to them. It would certainly cause consternation if an organization member’s refusal to follow the instructions of the organization’s security service resulted in a trial before an internal court and imprisonment in the organization’s own jail located next to the warehouse. But it would also lead to considerable outrage if an organization not only withheld part of a member’s salary due to a rule violation, but also seized the member’s accounts and house for the damages caused, without involving a court.

⁶ Niklas Luhmann (2014, p. 197) uses the examples of “the law of the house of earlier high cultures” and the “corporation law” of the Middle Ages to point out that forms of “non-societal law” have emerged in all “differentiated” societies. However, he highlights “formal organization” as the characteristic specific of modern society.

⁷ The concept of “useful illegality” has been interpreted in conflicting ways. Some say that the very term “illegality” must refer to the legal system, while others argue that applying the concept of useful illegality to the legal system is not entirely unproblematic (see, e. g., Schröder 2019, S. 21). For an early formulation of the notion of useful illegality (though using different terms), see Busch 1933, 98 ff.

There are exceptions, however. Armies where conscription applies, companies with forced laborers, and construction crews with employees treated like slaves do not allow their members to leave the organization and must therefore, if necessary, enforce their behavioral expectations with mechanisms otherwise only available to states to force their citizens to comply with the law. In general, organizations are not “ruled with pistols” but rather with “threatened dismissal” (Luhmann 2002a, p. 56). In coercive organizations, however, it is worth noting that pistols are kept at the ready so that they can be used to enforce expectations if necessary (Kühl 2012, pp. 345 ff.). But the exceptional nature of these coercive organizations is apparent in the fact that this type of organization has become increasingly delegitimized in modern society.⁸

The reason for this delegitimization is simple. Organizations have an instrument that is much more effective than explicit violence for enforcing expectations on their members. They allow members to leave the organization if they no longer want to meet the organization’s expectations, and they give themselves the option of dismissing members if they fail to meet the expectations. This makes it possible to link membership to compliance with the organization’s behavioral expectations (see Luhmann 2014, p. 197). “Only those who acknowledge the rules may join. Those who no longer want to follow them must leave” (Luhmann 2005a, p. 50). As long as someone wants to remain a member of an organization, they must act within the “framework of the system of rules” that they “accepted upon joining” (see Mayntz 1963, p. 106).

The effect of this is that organizations can generally count on a high level of compliance from their members.⁹ Everything organizations need from their members—in terms of actions, attitudes, and self-presentation—are declared to be a condition of membership, thus enabling the organization to insist on such behavioral compliance. Furthermore, organizations can concretize or change their expectations even after a member has joined, and members can be forced to go along with these changes as well—at least as long as they want to remain members. This process is known as the formalization of expectations (Luhmann 2020, p. 431).

It is impossible to overestimate the associated potential to heighten the expectations placed on people. Expectations previously formulated on the state level through the positivization of laws, decrees, and directives are “activated again”

⁸ Regarding the phenomenon of modern slave labor, see the thorough analysis by O’Connell Davidson 2015; see also Crane 2013.

⁹ The degree to which expectations are enforceable obviously depends on whether the labor market is characterized by full employment or a high level of unemployment; regarding this, see the stimulus-contribution theory of March and Simon 1958.

by organizations, according to Niklas Luhmann (2014, p. 198). In this context, organizations can formulate behavioral expectations that states cannot demand of their members in many cases. For example, only in exceptional cases are states able to require their citizens to go to a specific place early each morning, perform the same actions at regular intervals, and spend hours enduring the insults of unpleasant peers. But organizations—at least the ones that pay their members—can fairly easily make these rather unusual behavioral expectations a condition of membership. By flagging up conditions for remaining in an organization, organizations—unlike states—can define and enforce “unnatural expectations [...] in the highest degree” (Luhmann 2014, p. 198).

What laws and regulations mean for organizations

Although organizations have many options for imposing their own detailed rules, the critical importance of state laws and regulations must not be underestimated. Organizations are founded when they are listed in a legally regulated register of associations or companies, or—in the case of public administrative bodies, police forces and armies—by means of state laws and regulations. Their refinancing options are governed by laws, regardless of whether the organization receives income from product sales, tax collection, or membership fees. Activities in companies and associations are precisely regulated by labor, health, and environmental laws, and the work of state organizations such as government departments, administrative bodies, police forces, and armies is defined down to the smallest detail by laws and regulations. The dissolution of organizations through insolvency, by order of state officials, or through the resolution of their members is also legally regulated. In brief, “modern organizations are immersed in a sea of law”—whether they like it or not.¹⁰

State laws and regulations play a key role in the behavior of organization members. In most organizations, all decisions are (officially) expected to be made within the framework of state laws and regulations. It would certainly be exceptional for an organization to stipulate when its members had to obey laws and when they could ignore them.¹¹ On the contrary, state guidelines are often care-

10 Quote from Edelman and Suchman 1997, p. 480. My description of the influence of the law is based on theirs. It is beyond the scope of this article to address the parallel differentiation of law as a functional system and organizations as a specific, membership-based system.

11 One example of such an exception is the varying sensitivity to compliance with legal norms in different countries. For example, some companies in developing countries take a more relaxed approach to the prevailing legal norms precisely because they believe these norms can only be

fully translated into organizational rules under the assumption that organization members would not be able to maintain an overview of the impact of fast-changing state laws and regulations on organizational decisions. Every month, stacks of new regulations are delivered to the legal departments of large organizations, where they are filed away and often translated into internal implementation guidelines.

Because the web of laws is so tightly woven, it is inevitable that organizations will sporadically violate laws and regulations. These occasional violations are not problematic in themselves. Criminological research has shown that minor infractions and offenses can even be committed by people who consider themselves law-abiding. Anyone who doubts this just needs to spend a week being carefully observed while driving or cycling. The point at which their many traffic infractions during the week would be considered a criminal offense often depends solely on whether one of these everyday transgressions results in a deadly accident or not. The situation is no different in organizations. Even organization members who are considered fairly conformist will commit numerous minor rule violations. The assertion that people in many professions are always “sailing close to the wind” merely shows that everyone is aware of these everyday transgressions.

The difference between organized and organizational criminality

In most cases, organizations take great care to ensure that the formal demands they make of their members are considered compliant with state laws and regulations. They would lose legitimacy if their formal requirements did not at least roughly correspond to the state’s legal requirements—or could be passed off as legally compliant with the help of a good lawyer. There is an interesting exception to this, however. Criminal organizations such as terrorist groups, mafia-style associations, and youth gangs expect their members to violate state laws. This clearly illustrates the fundamental difference between organized and organizational criminality.¹²

enforced in exceptional situations anyway. This attitude is generally not expressed as an official maxim, however, but tends to creep in more informally.

12 For a broad definition of criminal organizations encompassing political terrorist groups, organized street gangs, mercenaries acting illegally, and mafia-style organizations, see Albin 1971.

In the case of organized criminality, the state's entitlement to establish a legal framework and penalize deviations from it is fundamentally not accepted (see Levi 1998). Crime syndicates, mafia-like associations, and terrorist organizations would lose the basis of their "business" if they submitted to state laws. The violation of tax, criminal, and administrative laws is essentially part of the formal expectations these organizations place on their members (regarding this, see Dorn and Hoebel 2013, p. 90).¹³ If a member of a band of thieves, mafia group, or terrorist organization demanded compliance with the law, that member would probably be expelled from the organization. When criminal organizations are confronted with their own legal violations, they generally do not feign repentance but instead try to continue to exist as an organization despite the pressure of prosecution.

In the case of organizational criminality, by contrast, organizations formally accept the state's demand for compliance with the law, but they also informally expect their members to occasionally operate in the gray zone between legality and illegality, and to sometimes even violate laws in a controlled way (see Braithwaite 1984, p. 6; Baker and Faulkner 1993, p. 842). This type of organization follows state laws and regulations on the whole but occasionally displays an informally supported "criminal corporate attitude" (regarding this term, see Schünemann 1979, p. 22). Unlike criminal organizations, these organizations do not move all of their work underground if they are caught breaking the law; instead, after being convicted, they repent and promise to do better.¹⁴

Granted, the boundaries between organized criminality and organizational criminality are sometimes blurred. We need look no further than the army units in Mexico which always had a fairly casual relationship with the prevailing legal norms on account of their work against drug cartels, and which eventually moved entirely underground to become competing drug cartels themselves.¹⁵ Or think of the mafia-style associations which take the capital they acquire through racketeering, drug dealing, and prostitution and invest it in legal fields of business such

13 This is why it is a theoretical mistake to associate formality and legality, on the one hand, and informality and illegality, on the other. The relationship is more complex.

14 Jens Bergmann (2016, p. 7) has written an informative overview (with reference to Croall 2009, Lynch et al. 2004, and Kölbel 2014) which points out that, unlike the research on organized criminality, hardly any progress has been made in the research on organizational criminality.

15 Regarding Los Zetas in Mexico, for example, see Fernández Menéndez and Ronquillo 2010; Grayson and Logan 2012. A closer conceptual analysis is required to determine whether Los Zetas represent a case of an organization with a distinct culture of organizational criminality being transformed into an organization with clearly organized criminality, or a case of a new criminal association being established by members who had deserted from an elite state military unit.

as real estate speculation, arms dealing, and waste management, thus mutating into socially accepted organizations.¹⁶

In general, however, such transitions between organizational and organized criminality are fairly rare.¹⁷ This is partially because it is challenging for an organization that occasionally violates state laws and regulations to become a criminal organization. For example, it would be hard for an automotive company that was accused of violating environmental laws to avoid prosecution by moving its production plants underground. This mutation into a criminal organization would probably also lead to significant staff fluctuation, because many employees would have had a different idea of what their job entailed when they joined the company as an assembly worker, sales specialist, or marketing expert. The reverse situation is also fairly rare because law enforcement authorities generally do not readily accept the mutation of a criminal organization into a legalized one. Just as a thief can only mutate into an honest citizen after serving a sentence, a criminal organization would have to atone and profess its commitment to lawfulness in order to be legalized—if this were even possible in the first place.¹⁸

Sociologists have clearly established that the activities of organizations that place great value in legal compliance barely differ from those of criminal organizations that systematically ignore laws (for example, see Tilly 1985). Purely in terms of the activity itself, the execution of a traitor by a terrorist organization is very similar to the execution of a prisoner condemned by a Chinese, US, or Saudi Arabian court (regarding the similarity between violent organizations, see Kühl 2016, pp. 135 f.). The corporate pharmaceutical practice of getting patients “hooked” on drugs by aggressively prescribing opiate painkillers is no different from the strategy used by drug rings to acquire new long-term customers by offering them tasters (regarding these fluid boundaries, see McGreal 2018; Meier 2018). The international business of the Mafia is surprisingly similar to the practices of large companies (see Arlacchi 1986; Gambetta 1988; Gambetta 1993). The only difference—though it is a critical one—is whether the organization acknowledges the state’s entitlement to impose universally binding laws.

16 Regarding changes of form in the Mafia, see the early study by Catanzaro 1985. The role of the Mafia in legal industries is analyzed by Gambetta and Reuter 2016.

17 However, see the attempt by Anthony Schneider (2004) to portray Tony Soprano from the Mafia TV series “The Sopranos” as a successful role model for managers.

18 The case of FARC in Colombia is a recent example of a similar mutation with comparable difficulties on the organizational level (regarding this, see Guzman and Holá 2019, as well as Olasolo and Cantor 2019; five interesting interviews on the organization’s transformation can be found in Davalos et al. 2018).

How are legal violations handled when they are committed by organizations that actually strive to be more or less compliant with the law?¹⁹

Assigning responsibility for legal violations

When laws are violated, responsibility can be assigned to a variety of actors. Blame can be placed on the organization members who bore operational responsibility for the violation, or on their immediate superiors who did not ensure legal compliance, or on the head of the organization. The organization as a whole can also be held accountable, or all organizations in a particular field might be implicated, and even lobby organizations can be blamed for working so successfully that they make their member organizations blind to potential criminal prosecution. The finger of blame can additionally be pointed at the state for having formulated the laws that were violated.

Modern society has experienced an “expansion of attribution” if not an outright “explosion of attribution” (Lübbe 1998, p. 36). Granted, the assignment of responsibility must be plausible to some degree if it is to receive social support. There would be little support for someone seeking to assign responsibility to a herd of elephants with limited legal capacity, to the unfavorable position of the stars, or to an error of judgment on the part of a god who could not be put on trial in any case. Responsibility can only be assigned to entities in modern society who have the status of actors with the capacity to act—particularly individuals, organizations, and states (regarding the neo-institutionalist construct of the actor, see in particular Meyer and Jepperson 2000; also see Hwang and Colyvas 2011).²⁰

The difficulty of punishing organizations

It seems evident that, in cases of useful illegality, the organization as a whole needs to be addressed first. The global trend in jurisprudence is not just to prosecute individual organization members, but to indict entire organizations (see Geis 2007, p. 827). Even in the few states where offenses by organizations are treated

¹⁹ Regarding the difficulty of defining the “right guilty party,” also see Fisse and Braithwaite 1993; Green 2004; Wells 2005.

²⁰ Interestingly, responsibility is generally not assigned to the respective organizational units, as might be expected, unless they are differentiated as organizations with their own legal status. There appear to be only two options for punishment: either punishing the individual organization member or punishing the entire organization.

as misdemeanors—equivalent to parking illegally, playing music too loudly, or begging in a pedestrian zone—serious thought is now being given to introducing some form of organizational criminal law.²¹

The policy taking hold worldwide is that organizations can be prosecuted for crimes committed by their members if it can be proven that they did not take the necessary measures to prevent or at least hinder these crimes. An organization can be culpable even without formally demanding that its members engage in criminal activity, like a terrorist or criminal organization would. Punishment can be meted out as long as it is proven that the organization did not take measures to prevent its members from breaking the law.²²

This approach seems quite plausible. If a company systematically greases palms for years to win contracts, if armies tolerate the torture of prisoners of war, if religious organizations use sexual abuse as a cost-effective means of motivating their male members—it is obvious to ask why only the implicated people should be held responsible for the activities within the organization, and whether it would not be better to hold the organization itself responsible for the actions of its members (see Brown 2000, pp. 1317 ff.).

In practice, an organization can be punished in this way because—unlike a group of friends, a protest movement, or a large family—an organization is a clearly defined entity. Regulatory agencies, tax authorities, and the police know who to contact if they want to speak with a church, company, or association as an organization. And churches, companies, and associations know who to contact when, as an organization, they want to apply for permission to hold an event, request a tax refund, or get help dismissing a difficult member.

21 In this case, organizational criminal law specifically means corporate criminal law, because the criminal prosecution of state organizations such as police forces, armies, and government administrations has proven difficult on the whole. Regarding the discussion of corporate liability, see the comprehensive analyses by, e. g., Gobert and Punch 2003; Wells 2005. Because I am interested in fundamental arguments here, I do not take the route of treating legal violations by companies as administrative offenses rather than corporate criminal acts.

22 Regarding eight conditions for a compliance program, see Walsh and Pyrich 1994, pp. 685 f. In order to have a mitigating effect in case of doubt, a compliance program must (1) have been established for an appropriate length of time, (2) have been implemented by the top management, (3) also aim to prevent potential criminal behavior by organization members, (4) fit the culture of the organization, (5) express the organization's need for legal compliance, (6) be communicated to the organization members and (7) enforced as well as (8) regularly reviewed and revised. There is a wealth of literature on this subject; see, e. g., Stone 1980; Kraakman 1984; Pitt and Groskaufmanis 1989; Huff 1996; Laufer 1999; and Brown 2000. For a particularly comprehensive analysis, see Laufer 2006.

This is because a process has been at work through which organizations have—over many centuries and sometimes in the face of fierce protest—developed into addressable entities.²³ The reason that organizations—unlike groups of friends, protest movements, or large families—can be addressed through the positivized legal system in the first place is because they can define their conditions of membership via their formal structure and thus control and sanction the behavior of their members. This also creates a mechanism for enforcing expectations that is stable enough for the organization’s environment to accept the organization as a contractual partner.

In the course of this process, it has become clear that organizations are not all that different from individuals in terms of their legal capacity. This similarity is expressed in the fact that organizations are referred to as “legal persons” who, from the perspective of the legal system, can be addressed in many of the same ways as “natural persons.” In actor-centered sociology, organizations are also referred to as “corporative actors” who share a number of characteristics with “individual actors”—yet another indication of their similarity.²⁴

There are obvious advantages to the “legal fiction” of treating organizations like people so that long-term cooperative relationships can be established. When a “natural person” is recruited to work in a school, hospital, or public administrative body, their employment contract with the organization as a “legal person” will still hold even if the managers who hired them retire. This model also functions between two “legal persons.” When a service provider concludes a contract with a company, university, or army, it knows that the contract will be observed even if the people who negotiated it no longer work for the organization in question.

The condition, however, is that these cooperative relationships must exist in a relatively functional legal system. Before entering a relationship not just with a specific natural person but with a legal person, organization members must be confident that they can demand the payment of outstanding wages in court if necessary. And before agreeing to cooperate with an individual with whom it has

23 For an interesting theoretical analysis, see Teubner 1987b, and especially Barkan 2013. For more details, see the best study of the formation of the idea of the “legal person” in the USA by Matys 2011. For a readable historical study of the development of companies as corporative actors in the USA and in connection with legal violations, see Nace 2003. For studies of the development of the idea of the legal person in France, see Saleilles 2003; in Spain, Gómez Tomillo 2015; in Germany, Rotter 1968 and Ott 1977. For an early general overview, see Hallis 1978.

24 This process has been described from very different theoretical perspectives. Regarding the actor status of organizations in neo-institutionalism, see Meyer 1992. Regarding the concept of the corporative actor in the actor-centered institutionalism approach, see Mayntz and Scharpf 1995. Finally, regarding the concept of the collective actor, see Coleman 1982.

no personal ties of loyalty, an organization must be confident that it can legally enforce its demands.

The difficulty here is that while organizations can be fined and even dissolved as punishment, they cannot be sentenced to the radical penalty of imprisonment, like an individual could. There is no way to envision what kind of prison might be used to lock up an organization. “No soul to damn, no ass to kick”—this exclamation by Edward Thurlow, a former Lord Chancellor of England, describes the frustrating difficulty of penalizing organizations.²⁵

Organizational positions as internal mechanisms for assigning responsibility

Because it is hard to punish an organization, it has long been thought that only an organization’s member can effectively be punished. Organizations are said to be nothing more than a “legal fiction,” and “legal fictions” cannot be punished.²⁶ It has been argued that organizations have neither their own intentions nor any sense of guilt and therefore cannot be touched by criminal law (Fischel and Sykes 1996, p. 320).²⁷ This argument contends that it is the members of an organization who should face criminal prosecution, not the organization itself.

With the exception of criminal or terrorist organizations whose members can be prosecuted on the basis of their membership alone, it would be hard to justify prosecuting all members of an organization for a legal violation. A Mexican

²⁵ His exact words were apparently slightly different from this modernized version: “No soul to damn, no body to kick.” But there are doubts whether even this quote is exact. Other sources quote Edward Thurlow as having said: “Corporations have neither bodies to be punished, nor souls to be condemned; they therefore do as they like.” Regarding the meaning of Edward Thurlow’s statement in legal theory, see, e. g., Barrile 1993. Even though the statement is repeatedly used to prevent the establishment of some form of organizational criminal law (as criticized by Ortmann 2017, pp. 249 f.), this does not change the fact that, ever since the Lord Chancellor’s comment, no method has been found of subjecting organizations to corporal punishment or imprisonment as legal persons.

²⁶ In the field of sociology, the most prominent proponent of this position was Donald R. Cressey (1988) in his later years. Ultimately representing the sociological position of radical methodological individualism tempered by a certain pragmatism, Cressey demanded (1988, p. 34) that, for reasons of fairness, the “legal fiction” of the legal person should be maintained in jurisprudence. The first response to this came from Braithwaite and Fisse 1990. Also see the discussion by Geis 1995.

²⁷ Regarding this, see Wagner 2016, pp. 124 f. In terms of legal theory, this position is famously found in the *Vertretertheorie* or “representative theory” of Friedrich Carl von Savigny (1884), who further developed the idea of the “*persona ficta*.” Regarding this, see also Kindler 2008, pp. 24 f.

assembly-line worker in an automotive plant would be surprised to be sent to prison because a few German engineers had come up with a creative but illegal device for defeating a car's emissions control system when the car was not in a test state. And a civilian employee in a US Army kitchen would be perplexed to face a court and have to personally answer for the torture of Iraqi prisoners by members of the military police.

This is why responsibility for legal violations in organizations is assigned to specific members. A second aspect of the formalization of expectations in organizations comes into play here, namely the assignment of responsibility via a position defined in the organization's formal structure. A position formally determines which people must fulfill which tasks at which time, which rules they must observe when doing so, who they can take orders from, and to whom they can give orders. As a result of this, every decision in an organization can be attributed to people, so there are always individuals available who can be held responsible for problems in the organization (see Luhmann 1964, p. 177).

Responsibility can be formally assigned to a position both before and after a decision has been made. Based on their assignment to a position, organization members know fairly quickly which tasks they have to complete, which rules they have to observe while doing so, whose orders they have to follow, and which orders they have to give to others. This pertains to the acceptance of responsibility, because decisions in organizations are always made under conditions of uncertainty. But positions also make it possible to identify individuals if something goes wrong in an organization, so they can be held personally responsible for mistakes. If an organization faces a problem on account of a legal violation, it can determine what position was responsible for it, how the position is formally programmed, who holds the position, and which other position should have been monitoring it (see Luhmann 1964, pp. 178 f.).²⁸

But for all the effort to determine responsibility by means of positions, there is always a degree of uncertainty as to who can ultimately be held responsible for what. The division of labor in organizations means that attribution processes that function relatively well outside of organizations become much trickier inside them. Despite all attempts at formalization, the division of labor may not neces-

²⁸ Luhmann makes a conceptual distinction here between *Verantwortung* (responsibility), by which he means the "differentiation of decision-making jurisdiction according to exclusive competencies," and *Verantwortlichkeit* (accountability), meaning being "answerable for mistakes" (Luhmann 1964, pp. 178 f.). Regarding the tension between responsibility and accountability, see the early discussion by Luhmann 2018. Regarding the definition of responsibility as a contribution to the absorption of the uncertainty of decisions, also see Luhmann 2018, p. 156, and Luhmann 2002b, p. 43.

sarily lead to an “organized lack of responsibility,” but it often leads to an “organized diffusion of responsibility.”

This explains why mutual accusations usually fly when legal violations in an organization become a public scandal. In searching for the responsible party, one department might point out that it had simply followed the procedures specified by another department and assumed that they had been checked for legal compliance, while the other department might claim that the original complicated procedure had indeed been legally compliant and only resulted in a legal violation when it was put into practice by a different department. Subordinates might say they had only followed the more or less explicit instructions of their superiors, while superiors might say in return that they were not aware of the illegal actions of their organization members (regarding the assignment of guilt in organizations, see Laufer 2006, pp. 130 ff.).

The interplay of organizations and their members

When legal violations are revealed, it can be in the interest of both the organization and its members to mutually protect one another from punishment (regarding this risk strategy, see Laufer 1999, pp. 1382–1404). One strategy is for organizations to promise to pay their members a high settlement fee if they leave the organization and to cover any court-imposed fines if they do not make incriminating statements against the organization (regarding the question of who should pay fines, see Coffee 1980, pp. 456 ff.). This can be a good deal for organization members if the organization does not provide any incriminating information about them to the law enforcement authorities and they receive a generous financial settlement at the same time (see Kraakman 1984, pp. 858 f.).²⁹

This option offers organizations a relatively simple way to avoid criminal prosecution. It falls back on the overhasty personalization of responsibility when rules and laws are broken, and it takes advantage of the ability to exchange personnel in an organization. For this to be possible, the organization just needs to establish positions in legally sensitive areas that can be occupied by individuals who, in the event of a legal violation, can be swapped without causing major disruption in the organization, and it must set aside the financial reserves needed to compensate these sacrificial pawns. Developing extensive programs to prevent rule deviance and establishing compliance departments ultimately serves to shift

²⁹ Regarding the minimal retaliatory effect of criminal law aimed at individual organization members, see the early analysis by Busch 1933.

responsibility, in a legally watertight way, to organization members who are easy to remove.³⁰

In light of these options for personalizing responsibility, the current strategy of many law enforcement authorities—adopted with no thought for legal theory—is to prosecute both the organization and the responsible organization members, thus destroying the alliance between organizations under pressure from the law and organization members facing punishment.³¹ Organization members are promised a reduced sentence if they provide material that incriminates the organization, and the organization is offered the prospect of reduced fines if it delivers up the organization members responsible for the decisions.³²

Ultimately, these law enforcement authorities are playing through a more or less complex version of the prisoner's dilemma (see Rapoport and Chammah 1965). The accused—whether they are organization members in various positions or representatives of the entire organization—are communicatively separated from one another so they cannot coordinate their defense strategy. Then the prospect of a significant penalty reduction is held up if, by confessing to the offense, they deliver up not only themselves but also the other party. Because no one can be certain how the other party will react under pressure, the rational option is to help expose the offense that has been committed.

In this case, the law enforcement authorities are addressing both of the entities to whom responsibility can be assigned. They are taking advantage of the ability to address organizations as legal persons (which has been established through formal structures) so the organization as a whole can be held liable, and they are simultaneously taking advantage of the ability to attribute responsibility to individual positions (also possible thanks to formal structures) so they can prosecute individual organization members. An organization's formal structure diffuses responsibility—between organizations and their members, and between

30 This function behind the establishment of compliance departments and compliance systems was first described by William S. Laufer: "The purchase of compliance for purposes of liability shifting and cost internalization results in a redefinition of this deviance. Acts that were once held to be those of the firm, now remain those of individual employees. The evisceration of vicarious liability along with unbridled prosecutorial discretion in the intuitive evaluation of compliance effectiveness may be used to explain the steady increase in white-collar prosecution. Moral hazard theory reveals that certain compliance orientations have the counterintuitive effect of increasing white-collar deviance" (Laufer 1999, pp. 1415 f.).

31 Regarding this, see Gobert 2008, pp. 62f. For more on this approach, see the early analysis by Lee 1928.

32 For a critique of this strategy from a free-market liberal perspective, see Hasnas 2006, pp. 45–55.

members themselves—and this diffusion is used as a lever for uncovering and punishing individual legal violations.

Sensitivities and tolerance toward legal violations

The managers of many organizations tend to consider violations of state laws much more problematic and serious than violations of the organization's formal rules. Their view is that measures for enforcing rule compliance should focus on violations subject to criminal prosecution or fines because these not only carry special financial risks, they can also severely damage an organization's reputation.

Compliance officers thus focus not only on preventing classic legal violations such as corruption and cartel formation, but also and above all on environmental and export laws. Their attention has also increasingly turned to other rule violations that could potentially be prosecuted or fined, such as failing to prevent discrimination against individual organization members, employing people on the basis of false self-employment, and breaching health and safety regulations.

But does it make sense to announce different tolerance levels for violations of state laws and violations of an organization's formal rules? Is it plausible to declare a zero-tolerance policy toward violations of state laws—like many organizations do—while offering the prospect of a certain degree of tolerance for deviations from the organization's formal rules?

Allowances for tolerating legal violations

Some evidence suggests that it is easier for organizations to tolerate violations of the law than violations of their own formal regulations. Think of the threat or use of torture, which is prohibited in most countries but occasionally employed by the police nonetheless to coerce a kidnapper into revealing the location of a hostage, or of the manipulation of tachographs by haulage companies to illegally extend the driving times of their truckers, or of the prohibited bypassing of safety mechanisms with the help of wires so that production machines can continue to run even when they are defective.

In the perception of the organization—or at least the people at the head of the organization—internal rules serve to make organization members perform more effectively and efficiently, while external legal norms are often felt to be unnecessarily rigid. Officially accepting these legal norms is considered essential

to the perceived legitimacy of the organization, but the organization's internal communication will imply that the norms are often unsuited to the organization's everyday activities.

This is why organizations often exhibit a high degree of tolerance for deviations from the formal structures to meet the expectations of their environment (according to Meyer and Rowan 1977, p. 341). Deviations and violations are thought of as reasonable protective reactions to unnecessarily rigid laws, badly formulated decrees, and administrative decisions that only complicate matters. These are ultimately considered to be "imposed illegalities" (according to Luhmann 1964, p. 306) that must be accepted to a certain extent because organizations cannot change the legal framework itself.

Lack of containment mechanisms for legal violations

However, organizations also have good reason to be especially sensitive to legal violations. While violations of an organization's formal rules can be handled without involving a third party, and the responsible managers can decide for themselves whether to punish the violation, tolerate it, or even use it as an opportunity to change the relevant rule, this autonomy is largely lacking when it comes to violations of state laws.

Rule violations in the form of broken laws and ignored regulations are sensitive to being discovered. In principle, even the lowest-ranking member of an organization can report a legal violation to the law enforcement authorities and trigger a review process that the organization is unable to stop. Every customer and client—regardless of whether they are a product consumer, university student, medical patient, or prisoner—can complain to the police or public prosecutor and kick off an investigation from outside the organization itself.³³

When laws are broken in an organization, there is always a threat that external entities will be the ones to decide how the violation should be dealt with. If organization members try to bribe government employees to win big contracts for building warships, highways, or airports, they run a considerable risk of facing prosecution not from within the organization but from outside of it, if their violation is discovered. One could plausibly argue that when laws are broken, the violator is more or less at the mercy of the whims of the law enforcement authorities

³³ The options available to organization members are discussed much more thoroughly in the literature than the options available to customers and clients; regarding the figure of the whistleblower, see, e. g., Dozier and Miceli 1985; Glazer 1989; Near and Miceli 1987; Fred 2001.

and civil courts, so organizations should take special precautions to prevent such legal violations.

Another exacerbating factor is that the public pays much more attention to legal violations than to violations of an organization's formal rules. While no one outside an organization can be expected to take an interest in breaches of an organization's formal order—such as a company smoking ban—violations of state laws immediately attract attention far beyond the organization itself (Luhmann 2014, p. 197).

Fluid boundaries between violations of laws and formal structures

At first glance, it seems relatively plausible to distinguish between violations of state laws and formal rules. One could argue that organization members can tell from the cover of the rulebook alone whether they are dealing with state laws or an organization's formal rules. If the document is a cross-organizational set of rules produced by a parliament or public authority, one can be fairly certain that it is a state law or regulation, while any reference to the member's own organization on the cover could be taken as an indication that the document is a formal guideline with limited scope.

At second glance, however, the distinction between violations of state laws and formal rules is much more complicated. The establishment of “shadow warehouses” to ensure that production can continue even if a logistics chain fails is, on the surface, just a violation of a company's internal inventory rules. But it can soon lead to legal violations if the existence of large illegal warehouses distort the accounts of a listed company. If a government borrower from a developing country gives a gold necklace to the representative of a development bank, he might initially only be violating the formal rules of his own organization, but this can very quickly turn into a legally relevant corruption case.

Ultimately, everything that happens in an organization can be viewed as something potentially relevant in a court of law. If a soldier dies during a training exercise, there is no way to prevent a criminal or civil court from investigating lapses in the military organization. If a student gets a bad grade on a test, no one can stop the student or their parents from having the grading process reviewed by an administrative court. And if a bus driver causes an accident, the insurance company is free to try to hold the municipal transportation authority liable on account of “organizational errors”. In principle, everything that does or does not

happen in an organization can be construed as a decision after the fact and thus made legally relevant.

Difficulties in distinguishing between violations of state laws and formal rules

These difficulties in distinguishing between state laws and organizational rules stem from the expansion of state laws to cover organizations. The very principle of modern organizations is based on the legal regulation of the status of organization members. Joining or leaving an organization, transferring within an organization, and changing organizational requirements can all give rise to opportunities for labor law disputes. After all, no one is stopping an organization or (more importantly) an individual member from checking whether the requirements formally demanded of them are legal or not.

An important fact is that many legal requirements are only actualized and specified for organizations through the creation of formal rules. Organizations therefore cannot assume that their members will know the details of all the state laws and regulations relevant to their activities. Considering that the legal norms for regulating financial markets grow by tens of thousands of pages every year, it is clear that banks and insurance companies must first somehow translate these into formal structural requirements for their employees so the employees do not violate them “by mistake” (for a concise analysis of this, see Haldane 2012). In brief, organizations are perpetually concerned with concretizing general legal requirements for their members so that, if need be, they can say they did everything they could to enforce state legislation within the organization.

This situation is further exacerbated by the fact that, in principle, every event in an organization can be turned into an opportunity for dispute in a criminal, administrative, or civil court. Regulations governing the size of the gaskets required for new pipes may initially appear to be only internal work rules, but they immediately become relevant to criminal law if gas leaks from a pipe and leads to an explosion at a plant (for a classic analysis, see Perrow 1984). City administrators routinely permit organizations to hold events, but this everyday activity immediately becomes relevant to both administrative and criminal law if a mass panic takes place at a large gathering (regarding administrative disasters, see Seibel et al. 2017). Organizations are not protected against legal investigations into whether they bear any blame for disasters because they failed to take formal precautions (for a general overview, see Kette 2014).

The meaning of law in modern society

The manner in which the legal system can access organizations is not unusual. Ultimately, every conflict in a family, every encounter between the residents of a building, every argument on the street can become an occasion for legal intervention, and courts cannot avoid dealing with these incidents.³⁴ In social-scientific research, this process is referred to as juridification (for a general overview, see Teubner 1987a).

Parallels to this far-reaching access by the legal system can be found in the many expansion efforts of other subsets of society (see Kühl 2019b, pp. 26 ff.). The concept of the total economization of society sees the logic of the capitalist economy encompassing all aspects of life. The concept of the primacy of politics describes the possibility of every social relationship being subject to political regulation. The concept of scientification describes how a scientific expertocracy is increasingly striving to colonize all aspects of life. The complexity requirements of organizations arise largely from the fact that organizations are encompassed in parallel by opposing processes of juridification, economization, politicization, and scientification.

For organizations, the fact that juridification takes place parallel to economization, politicization, and scientification in modern society is not very comforting. In fact, it means that organizations must keep an eye not only the economic, political, and scientific consequences of their decisions, but also on the legal ones. Ultimately, every organizational decision can become an opportunity for a dispute about the legality or illegality of the practices that result from it. The boundaries between the organization's formal expectations and the state's legal expectations are therefore much more fluid than they might appear at first glance.

Literature

- Albini, Joseph L. (1971) *The American Mafia. Genesis of a Legend*. New York: Appleton-Century-Crofts.
- Arlacchi, Pino (1986) *Mafia Business. The Mafia Ethic and the Spirit of Capitalism*. London: Verso.
- Baker, Wayne E.; Faulkner, Robert R. (1993) *The Social Organization of Conspiracy: Illegal Networks in the Heavy Electrical Equipment Industry*. In: *American Sociological Review* 58, p. 837–860.

³⁴ Regarding the prohibition of the denial of justice in modern legal systems, see Luhmann 1990, pp. 467 f.

- Barkan, Joshua (2013) *Corporate Sovereignty. Law and Government under Capitalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Barrile, Leo G. (1993) A Soul to Damn and A Body to Kick: Imprisoning Corporate Criminals. In: *Humanity & Society* 17 (2), p. 176–199. DOI: 10.1177/016059769301700204.
- Bergmann, Jens (2016) Corporate Crime, Kriminalitätstheorie und Organisationssoziologie. In: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 99, p. 3–22.
- Braithwaite, John (1984) *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Braithwaite, John; Fisse, Brent (1990) On the Plausibility of Corporate Crime Theory. In: William S. Laufer (Ed.): *Advances in Criminological Theory. Volume Two*. New Brunswick, London: Transaction Publishers, p. 15–38.
- Brown, Darryl K. (2000) Street Crime, Corporate Crime, and the Contingency of Criminal Liability. In: *University of Pennsylvania Law Review* 149, p. 1295–1360.
- Busch, Richard (1933) *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbaende*. Leipzig: Weicher.
- Catanzaro, Raimondo (1985) Enforcers, Entrepreneurs, and Survivors. How the Mafia Has Adapted to Change. In: *British Journal of Sociology* 36, p. 34–57.
- Clinard, Marshall B.; Yeager, Peter C. (1980) *Corporate Crime*. New York: Free Press.
- Coffee, John C. (1980) Corporate Crime and Punishment. A Non-Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions. In: *American Criminal Law Review* 17, p. 419–476.
- Coleman, James S. (1982) *The Asymmetric Society*. New York: Syracuse University Press.
- Crane, Andrew (2013) Modern Slavery As A Management Practice: Exploring the Conditions and Capabilities for Human Exploitation. In: *Academy of Management Review* 38 (1), p. 49–69.
- Cressey, Donald R. (1988) Poverty of Theory in Corporate Crime Research. In: *Advances in Criminological Theory* 1, p. 31–56.
- Croall, Hazel (2009) Editor's Introduction. Corporate Crime: Cases and Explanations. In: Hazel Croall (Ed.): *Corporate Crime. Volume 2 Corporate Crime: Cases and Explanations*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore: Sage, p. vii–xvi.
- Davalos, Jorge; Delgado, Mónica; Alban, Jacobo (2018) *Guerrillereas. Testimonios de cinco combatientes de las FARC*. San Sebastián de Buenavista: Nodo des saberes populares Orinoco-Magdalena.
- Dorn, Christopher; Hoebel, Thomas (2013) Mafias als organisierte Dritte. In: *Behemoth* 6, p. 74–97.
- Dozier, Janelle Brinker; Miceli, Marcia P. (1985) Potential Predictors of Whistle-Blowing: A Prosocial Behavior Perspective. In: *Academy of Management Review* 10 (4), p. 823–836.
- Edelman, Lauren B.; Suchman, Mark C. (1997) The Legal Environments of Organizations. In: *Annual Review of Sociology* 23, p. 479–515.
- Fernández Menéndez, Jorge; Ronquillo, Víctor (2010) *De los maras a los Zetas. Los secretos del narcotráfico, de Colombia a Chicago*. 3. Aufl. México City: Debolsillo.
- Fischel, Daniel R.; Sykes, Alan O. (1996) Corporate Crime. In: *Journal of Legal Studies* 25, p. 319–349.
- Fisse, Brent; Braithwaite, John (1993) *Corporations, Crime, and Accountability*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fred, Alford C. (2001) *Whistleblowers. Broken Lives and Organizational Power*. Ithaca: Cornell University Press.
- Gambetta, Diego (1988) Fragments of an Economic Theory of the Mafia. In: *European Journal of Sociology* 29, p. 127–145. DOI: 10.1017/S0003975600005610.

- Gambetta, Diego (1993) *The Sicilian Mafia*. Cambridge: Harvard University Press.
- Gambetta, Diego; Reuter, Peter (2016) *Conspiracy among the Many. The Mafia in Legitimate Industries*. In: Nigel G. Fielding, Alan Clark und Robert Witt (Ed.): *The Economic Dimensions of Crime*. London: Palgrave Macmillan, p. 100–121.
- Geis, Gilbert (1995) *A Review, Rebuttal and Reconciliation of Cressey and Braithwaite and Fisse on Criminological Theory and Corporate Crime*. In: Freda Adler und William S. Laufer (Ed.): *The Legacy of Anomie Theory. Advances in Criminological Theory Volume 6*. New Brunswick, London: Transaction Publishers, p. 399–428.
- Geis, Gilbert (2007) *Crime, Corporate*. In: George Ritzer (Ed.): *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*. Malden: Blackwell, p. 826–828.
- Glazer, Myron (1989) *The Whistleblowers. Exposing Corruption in Government and Industry*. New York: Basic Books.
- Gobert, James (2008) *The Evolving Legal Test of Corporate Criminal Liability*. In: John Minkes und Leonard Minkes (Ed.): *Corporate and White Collar Crime*. London, Thousand Oaks: Sage, p. 61–80.
- Gobert, James J.; Punch, Maurice (2003) *Rethinking Corporate Crime*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gómez Tomillo, Manuel (2015) *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 3. Aufl. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Grayson, George W.; Logan, Sam R. (2012) *The Executioner's Men. Los Zetas, Rogue Soldiers, Criminal Entrepreneurs, and the Shadow State They Created*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Green, Stuart P. (2004) *Moral Ambiguity in White Collar Criminal Law*. In: *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 18, p. 502–519.
- Guzman, Lily Rueda; Holá, Barbora (2019) *Punishment in Negotiated Transitions: The Case of the Colombian Peace Agreement with the farc-ep*. In: *International Criminal Law Review* 19 (1), p. 127–159.
- Hahn, Rüdiger (2013) *ISO 26000 and the Standardization of Strategic Management Processes for Sustainability and Corporate Social Responsibility*. In: *Business Strategy and the Environment* 22 (7), p. 442–455. DOI: 10.1002/bse.1751.
- Haldane, Andrew G. (2012) *The Dog and the Frisbee. Jackson Hole: Speech at the Economic Policy Symposium*.
- Hallis, Frederick (1978) *Corporate Personality. A Study in Jurisprudence*. Aalen: Scientia Bonnensis.
- Hasnas, John (2006) *Trapped. When Acting Ethically is Against the Law*. Washington, D.C.: Cato Institute.
- Huff, Kevin. B. (1996) *The Role of Corporate Compliance Programs in Determining Corporate Criminal Liability. A Suggested Approach*. In: *Columbia Law Review* 96, p. 1152–1298.
- Hwang, Hoky; Colyvas, Jeannette A. (2011) *Problematizing Actors and Institutions in Institutional Work*. In: *Journal of Management Inquiry* 20, p. 62–66.
- Kette, Sven (2014) *Diskreditiertes Scheitern. Katastrophale Unfälle als Organisationsproblem*. In: Jens Bergmann, Matthias Hahn, Antonia Langhof und Gabriele Wagner (Ed.): *Scheitern – Organisations- und wirtschaftssoziologische Analysen*. Wiesbaden: Springer VS, p. 159–181.
- Kindler, Steffi (2008) *Das Unternehmen als haftender Täter. Ein Beitrag zur Frage der Verbandsstrafe im deutschen Strafrechtssystem: Lösungswege und Entwicklungsperspektiven de lege lata und de lege ferenda*. Baden-Baden: Nomos.

- Kölbel, Ralf (2014) Corporate Crime, Unternehmenssanktion und kriminelle Verbandsattitüde. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11, p. 552–557.
- Kraakman, Reinier H. (1984) Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls. In: *Yale Law Journal* 93, p. 857–898.
- Kühl, Stefan (2011) Organisationen. Eine sehr kurze Einführung. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Kühl, Stefan (2012) Zwangsorganisationen. In: Maja Apelt und Veronika Tacke (Ed.): *Handbuch Organisationstypen*. Wiesbaden: Springer VS, p. 345–358.
- Kühl, Stefan (2019) *Work. Marxist and Systems-Theoretical Approaches*. London, New York: Routledge.
- Laufer, William S. (1999) Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance. In: *Vanderbilt Law Review* 52, p. 1341.
- Laufer, William S. (2006) *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago, London: University of Chicago Press.
- Lee, Frederic P. (1928) Corporate Criminal Liability. In: *Columbia Law Review* 28, p. 1–28.
- Levi, Michael (1998) Perspectives on Organised Crime: An Overview. In: *Howard Journal of Criminal Justice* 37, p. 335–345.
- Lübbe, Hermann (1998) Kontingenzerfahrung und Kontingenzbewältigung. In: Gerhart Graevenitz und Odo Marquard (Ed.): *Kontingenz*. Fink: Wilhelm Fink, p. 35–48.
- Luhmann, Niklas (1964) *Funktionen und Folgen formaler Organisation*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Luhmann, Niklas (1972) *Rechtssoziologie*. Reinbek: Rowohlt.
- Luhmann, Niklas (1990) Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem. In: *Rechtstheorie* 21, p. 459–473.
- Luhmann, Niklas (2002a) *Das Erziehungssystem der Gesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (2002b) *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (2005a) Allgemeine Theorie organisierter Sozialsysteme. In: Niklas Luhmann (Ed.): *Soziologische Aufklärung 1. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, p. 48–62.
- Luhmann, Niklas (2005b) Positives Recht und Ideologie. In: Niklas Luhmann (Ed.): *Soziologische Aufklärung 1. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, p. 224–255.
- Luhmann, Niklas (2014) *A Sociological Theory of Law*. Second edition. Oxford: Routledge. [*Rechtssoziologie*, 1972]
- Luhmann, Niklas (2018) “Verantwortung und Verantwortlichkeit” [1961] in: Ernst Lukas and Veronika Tacke (Ed.): *Schriften zur Organisation 1: Die Wirklichkeit der Organisation*, Wiesbaden: Springer VS, p. 47–58.
- Luhmann, Niklas (2020) Organization, Membership and the Formalization of Behavioural expectations. In: *Systems Research and Behavioral Science* 37, p. 425–449. [First five chapters of *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 1964]
- Lynch, Michael J.; McGurrin, Danielle; Fenwick, Melissa (2004) Disappearing Act. The Representation of Corporate Crime Research in Criminological Literature. In: *Journal of Criminal Justice* 32 (5), p. 389–398.
- March, James G.; Simon, Herbert A. (1958) *Organizations*. New York: John Wiley & Sons.
- Matys, Thomas (2011) *Legal Persons – „Kämpfe“ und die organisationale Form*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Mayntz, Renate (1963) *Soziologie der Organisation*. Reinbek: Rowohlt.

- Mayntz, Renate; Scharpf, Fritz (1995) Der Ansatz des akteurzentrierte Institutionalismus. In: Renate Mayntz und Fritz W. Scharpf (Ed.): *Gesellschaftliche Selbstregulung und politische Steuerung*. Frankfurt a.M., New York: Campus, p. 39–72.
- McGreal, Chris (2018) *American Overdose. The Opioid Tragedy in Three Acts*. New York: PublicAffairs.
- Meier, Barry (2018) *Pain Killer. An Empire of Deceit and the Origin of America's Opioid Epidemic*. 2. Aufl. New York: Random House.
- Meyer, John W. (1992) Institutionalization and the Rationality of Formal Organizational Structure. In: John W. Meyer und W. Richard Scott (Ed.): *Organizational Environments. Ritual and Rationality*. Newbury, London, New Delhi: Sage, p. 261–283.
- Meyer, John W.; Jepperson, Ronald L. (2000) The „Actors“ of Modern Society. The Cultural Construction of Social Agency. In: *Sociological Theory* 18, p. 100–120.
- Meyer, John W.; Rowan, Brian (1977) Institutionalized Organizations. Formal Structure as Myth and Ceremony. In: *American Journal of Sociology* 83, p. 340–363.
- Nace, Ted (2003) *Gangs of America. The Rise of Corporate Power and the Disabling of Democracy*. San Francisco: Berrett-Koehler Publishers.
- Near, Janet P.; Miceli, Marcia P. (1987) Whistle-blowers in Organizations. Dissidents or Reformers? In: *Research in Organisational Behavior* 9, p. 321–368.
- O'Connell Davidson, Julia (2015) *Modern Slavery. The Margins of Freedom*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Olasolo, Héctor; Cantor, Jannluck Canosa (2019) The Treatment of Superior Responsibility in Colombia. Interpreting the Agreement Between the Colombian Government and the FARC. In: *Criminal Law Forum* 30 (1), p. 61–107.
- Ortmann, Günther (2017) Für ein Unternehmensstrafrecht. Sechs Thesen sieben Fragen, eine Nachbemerkung. In: *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht* 6, p. 241–251.
- Ott, Claus (1977) *Recht und Realität der Unternehmenskorporation. Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person*. Tübingen: Mohr.
- Perrow, Charles (1984) *Normal Accidents*. New York: Basic Books.
- Pitt, Harvey L.; Groskaufmanis, Karl A. (1989) Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability: A Second Look at Corporate Codes of Conduct. In: *Georgetown Law Journal* 78, p. 1559–1654.
- Rapoport, Anatol; Chammah, Albert M. (1965) *Prisoner's Dilemma. A Study in Conflict and Cooperation*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Rotter, Frank (1968) *Zur Funktion der juristischen Person in der Bundesrepublik und in der DDR*. Karlsruhe: Moeller.
- Saleilles, Raymond (2003) *De la personnalité juridique. Histoire et théories*. Paris: Éditions la Mémoire du droit.
- Savigny, Friedrich Carl von (1840) *System des heutigen Roemischen Rechts*. Band 2. Berlin: Veit.
- Schauer, Frederick F. (1991) *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*. New York, Oxford: Clarendon Press; Oxford University Press.
- Schneider, Anthony (2004) *Tony Soprano on Management. Leadership Lessons Inspired by America's Favorite Mobster*. New York: Berkley Books.
- Schröder, Thomas (2019) Corporate Crime, the Lawmaker's Options for Corporate Criminal Laws and Luhmann's Concept of „Useful Illegality“. In: *International Journal of Law, Crime and Justice* 57, p. 13–25.

- Schünemann, Bernd (1979) Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantes Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Köln: Heymanns.
- Seibel, Wolfgang; Klamann, Kevin; Treis, Hannah (2017) Verwaltungsdesaster. Von der Loveparade bis zu den NSU-Ermittlungen. Frankfurt, New York: Campus Verlag.
- Stinchcombe, Arthur L. (2001) *When Formality Works. Authority and Abstraction in Law and Organizations*. Chicago: University of Chicago Press.
- Stone, Christopher D. (1980) The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Conduct. In: *Yale Law Journal* 90, p. 1–77.
- Teubner, Gunther (1987a) Juridification – Concepts, Aspects Limits, Solution. In: Gunther Teubner (Ed.): *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*. Berlin: de Gruyter, p. 3–48.
- Teubner, Gunther (1987b) Unternehmenskorporatismus. New Industrial Policy und das „Wesen“ der Juristischen Person. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2, p. 61–85.
- Tilly, Charles (1985) War Making and State Making as Organized Crime. In: Peter B. Evans, Dietrich Rueschemeyer und Theda Skocpol (Ed.): *Bringing the State Back In*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, p. 169–186.
- Twining, William L.; Miers, David (2010) *How to do Things with Rules. A Primer of Interpretation*. 5. Aufl. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wagner, Gerhard (2016) Sinn und Unsinn der Unternehmensstrafe. Mehr Prävention durch Kriminalisierung. In: *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 45, p. 112–152.
- Walsh, Charles J.; Pyrich, Alissa (1994) Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save Its Soul. In: *Rutgers Law Review* 47, p. 605–691.
- Wells, Celia (2005) *Corporations and Criminal Responsibility*. 2. Aufl. Oxford: Oxford University Press.
- Yeager, Peter Cleary (2007) Understanding Corporate Lawbreaking. From Profit Seeking to Law Finding. In: Henry N. Pontell und Gilbert Geis (Ed.): *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*. New York: Springer Science + Business Media, p. 25–49.

Michael Wutzler*

Zwischen Absicherung, Irrelevanz und Infragestellung der Liebe: Deutungen heiratender Paare in der Thematisierung und Aushandlung von Eheverträgen

Between prevention, irrelevance and questioning of love: interpretations of married couples in the discussion and negotiation of prenuptial agreements

<https://doi.org/10.1515/zfrs-2021-0006>

Zusammenfassung: Emotionalisierung und Rationalisierung sind elementare Prozesse westlich-moderner Gesellschaften. Eindrücklich lässt sich dies anhand von Paarbeziehungen nachzeichnen, deren Transformation im Übergang in die Moderne zugleich von der Autonomisierung der emotionalen Bindungen und der Verrechtlichung dieser Bindungen gekennzeichnet ist. Die den Paarbeziehungen zugrundeliegende emotionalen Bindungen folgen einer anderen Logik als die Formalisierung des Rechts und zugleich unterliegt jede intime Beziehung rechtlichen Rahmenbedingungen. Die individuelle emotionale Vergemeinschaftung über Höchstrelevanz und Nicht-Austauschbarkeit steht der Sachlichkeit, Vertragsförmigkeit und Austauschbarkeit des Rechts gegenüber. Die Individualisierung und Deinstitutionalisierung intimer Beziehungen haben die rechtliche Normierung des Intimen nicht aufgelöst. Rechtliche Regulierungen üben nicht nur Zwang aus, sondern geben auch die Möglichkeit, intime Beziehung zu gestalten. Es obliegt den Individuen in Paarbeziehungen dieses Spannungsverhältnis von zugleich emotionaler und rechtlicher Handlungsaufforderung auszuhandeln. Die Aneignung von Recht und das Bewusstsein für dessen Effekte auf die eigene Paarrealität setzen konkretes Wissen oder Annahmen über rechtliche Regularien voraus. Im Artikel wird auf Basis der Analyse von Paarinterviews der Thematisierung von Eheverträgen durch kurz vor ihrer Eheschließung stehender Paare und der Frage nachgegangen, wie Paare die Ambiguität von emotionaler Bindung und Verrechtlichung

*Korrespondenzautor: Michael Wutzler, Adolf-Reichwein-Str. 2, 57068 Siegen, Michael.Wutzler@uni-siegen.de, +49 (0) 17623969469

der Beziehung verhandeln. Eheverträge stellen eine Möglichkeit dar, zwischen der bestehenden Rechtslage und der Paarrealität zu vermitteln. Anhand empirischer Beispiele werden vier zentrale Deutungsmuster von Eheverträgen beschrieben.

Schlüsselwörter: Eheverträge, Paarbeziehungen, Emotionalisierung, Rationalisierung, narrative Paarinterviews, Liebe und Recht

Abstract: Emotionalization and rationalization are elementary processes of modern Western societies. Subjects are shaped by the “romantic model” as well as by economization, scientification and juridification. The modern transformation of couple relationships is characterized by independent emotional relations and the juridification of these relations. The emotional bonds of couple relationships function differently from the formalization of law, and yet at the same time, every intimate relationship is subject to law. The forming of an emotional relationship is based on a maximum relevance and non-exchangeability of the bond, this conflicts with the objectivity, contractual form and exchangeability of the law. Individualization and deinstitutionalization of intimate relationships have not simply dissolved the legal standardization of intimate relations. Legal regulations not only exert coercion, they also provide the possibility to shape intimate relationships. It is up to the individuals in couple relationships to negotiate this conflict between emotional and legal demands. However, the appropriation of law and the awareness of its effects on the couple’s reality require concrete knowledge or assumptions about legal regulations. On the basis of joint couple narrative interviews, the article explores the discussion of prenuptial agreements by couples who are about to get married. How do couples negotiate the contradictions of emotional attachment and legalization of the relationship? Prenuptial agreements allow the mediation between existing laws and the reality of the couple. With reference to empirical examples, four central patterns of interpretation of prenuptial agreements can be described.

Keywords: prenuptial agreements, intimate relationship, emotionalization, rationalization, narrative joint couple interviews, love and law

Der Film *Marriage Story* erzählt eine Liebesgeschichte ausgehend von ihrem Ende, so dass nicht einfach der Abbruch der emotionalen Bindung, sondern der Wandel der Beziehung im Zuge der Scheidung insbesondere in Konfrontation mit der sich neu etablierenden Realität und der rechtlichen Auseinandersetzung im Mittelpunkt steht. In einzelnen Episoden werden emotionale Übergänge des sich trennenden Paares nachempfindbar. Der Film beginnt mit retrospektiven Beschreibungen der/des Ex-Partner*in, in denen zwar über biografisches Wissen, dem

Umgang mit dem gemeinsamen Kind, Solidaritäten, Wertschätzungen und Idiosynkrasien die Höchstrelevanz und Einzigartigkeit der intimen Bindung gezeigt werden, die während der Auflösung der Beziehung jedoch nicht mehr offen artikuliert werden können. Im Verlauf des Films wird die anfängliche Einmütigkeit, eine gemeinsame und für beide zufriedenstellende Auflösung der Paarbeziehung zu finden, aufgebrochen und die Aushandlung des neu zu findenden Miteinanders zunehmend durch das Recht dominiert. Dadurch gewinnt die Aushandlung eine Eigendynamik, die das Verhalten sowie die familialen Beziehungen entscheidend bestimmt. So werden vertrauliche Aussagen oder Ereignisse rechtlich ausgenutzt, persönliche Absprachen in die juristischen Verhandlung einbezogen oder über eine Gutachterin die familialen Beziehungen zu Maskeraden. Gerade der Versuch des Ex-Paars, aus dem emotional belastenden Rechtsstreit auszusteigen, illustriert die differenten Zukunftsvorstellungen und macht sichtbar, dass es keine gemeinsame Basis mehr gibt. Vielmehr führt dieser Versuch der Entschärfung zur erneuten Eskalation. Erst nach der gerichtlichen Klärung können beide schließlich wieder aufeinander zugehen.

Zwar werden nur „eheliche“ Absprachen aber keine Eheverträge¹ thematisiert und damit ebenso wenig illustriert, wie Eheverträge die rechtlich dominierte Eigendynamik der Scheidung kanalisieren können; *Marriage Story* verdeutlicht jedoch eindrucksvoll das Verhältnis und die Irritationen von emotionaler und rechtlicher Rationalität in intimen Beziehungen. Das Verhältnis von Paarbeziehungen und Recht ist spannungsgeladen: Einerseits da die den Paarbeziehungen zugrundeliegende emotionalen Bindungen einer anderen Logik folgen als die Formalisierung des Rechts und zugleich jede intime Beziehung rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegt.² Die individuelle emotionale Vergemeinschaftung über Höchstrelevanz und Nicht-Austauschbarkeit steht hier der abstrakten Vergemeinschaftung von Personen und Beziehungen, der Sachlichkeit, Vertragsförmigkeit und Austauschbarkeit gegenüber (Schneider et al. 2010: 216; Burkart 2014: 73 f.). Andererseits da das Recht als Herrschaftsinstrument die Anerkennung von Paarkonstellationen sichert, zugleich jedoch verschleiert, wie dies reglementiert

1 Wenn ich im Folgenden von Eheverträgen spreche, ist damit in der Regel nicht die Eheschließung als vertragliche Beziehung gemeint (vgl. Burkart 2014: 76), sondern ein zusätzlich dazu zu vereinbarenden Vertrag zwischen den Eheleuten. Außerdem thematisiere ich weder Partnerschafts- oder Scheidungsverträge noch spezifisch religiöse Eheverträge, wie bspw. die jüdische *Ketubba* (Maybruch et al. 2017) oder islamische Eheverträge, noch andere sich rechtlich unterscheidende Eheschließungen, wie bspw. die *Covenant Marriage* (Baker et al. 2008).

2 Ersichtlich wird dies bspw. am Sexualstrafrecht, am Sorgerecht, am Inzestverbot, im Mietrecht, aber auch im Sozialrecht, wenn es darum geht, welche Beziehung als Bedarfsgemeinschaft aufgefasst wird (zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften vgl. u. a. Grziwotz 2014). Auch ein Verlöbnis hat bereits rechtliche Folgen (§§ 1298 ff BGB).

ist und bestimmte Formen des Intimen pathologisiert, ausgrenzt oder missachtet (Brown 2011: 469).

Emotionalisierung und Rationalisierung sind elementare und auf den ersten Blick gegensätzliche Prozesse westlich-moderner Gesellschaften (u. a. Becker 2009: 211 ff.; Sauer 2016: 152; Burmeister 2017). Das Recht besitzt „als ein wesentliches gesellschaftliches Interaktionsmedium entscheidenden Einfluss auf die Subjektkonstitution [...]: Rechtsformen affizieren ganz grundsätzlich die Weise, wie wir uns selbst, zur Welt und zu anderen verhalten“ (Loick 2017: 12). Gleichwohl gilt die Erkundung der eigenen Emotionalität als elementare Basis sowohl von Autonomie sowie Authentizität als auch intimer Bindungen. Das Verhältnis von Emotionalität zu Rationalisierung wurde und wird jedoch vielfach auf Affektkontrolle und Emotionsmanagement reduziert (vgl. u. a. Neckel 2005: 419; Becker 2009), ohne die je lokalen Aushandlungen dieses Spannungsfeldes differenziert zu rekonstruieren. Emotionssoziologische Arbeiten zeigen dagegen, dass Emotionen konzeptionell in der Soziologie nicht nur lange Zeit vernachlässigt oder zu Unrecht anderen sozialen Prozessen untergeordnet wurden, sondern dass das Verhältnis von Rationalisierung und Emotionalisierung komplexer ist, als dies Tendenzen der affektkontrollierenden Entzauberung suggerieren (Neckel 2005: 420).

Eindrücklich lässt sich dies anhand von Paarbeziehungen nachzeichnen, deren Transformation im Übergang in die Moderne zugleich von einer Autonomisierung der emotionalen Bindungen (vgl. Burkart 2018: 40) und der Verrechtlichung (vgl. u. a. Honneth 2000) dieser Bindungen geprägt ist. Neben der Hervorhebung der individuellen Emotionalität wurden Paarbeziehungen über die staatliche Ehe zugleich im rechtlich verankerten Ideal der Kleinfamilie sozial eingeeht (Wutzler 2021: 17). Steht auf der einen Seite die Vergemeinschaftung über die individuelle emotionale Höchstrelevanz und die Einzigartigkeit der Personen, steht dem die abstrakte Vergesellschaftung und der Schutz der individuellen Autonomie über das Recht gegenüber.

Der Artikel folgt der Frage, wie Paare die Verknüpfung von emotionaler Bindung und Verrechtlichung verhandeln und auf welches persönliche Wissen über die Rechtslage dabei zurückgegriffen wird. Prozesse der Individualisierung und Deinstitutionalisierung intimer Beziehungen haben die rechtliche Normierung des Intimen nicht einfach aufgelöst, sondern verschoben und zum Teil intensiviert (Lauer & Yodanis 2010: 63). Rechtliche Regulierungen üben jedoch nicht nur Zwang aus, sondern geben die Möglichkeit, intime Beziehung zu gestalten. Sei es bezüglich des eigenen Begehrens und Lust, der Sorge um Kinder oder der Eheschließung, es obliegt den Individuen in Paarbeziehungen (vgl. Schneider et al. 2005) dieses Spannungsverhältnis von zugleich emotionaler und rechtlicher Handlungsaufforderung in der Paarpraxis reziprok auszuhandeln (Wutzler & Klesse 2019). Empirische Rekonstruktionen solcher Aushandlungsprozesse und

der mit ihnen einhergehenden Deutungsmuster sind jedoch rar. Im Artikel wird dieser Forschungslücke anhand der Rekonstruktion der Sinnzuschreibungen kurz vor ihrer Eheschließung stehender heterosexueller Paare hinsichtlich der Thematisierung von Eheverträgen nachgegangen.

Zunächst werden die wesentlichen Diskussionsstränge zum Spannungsfeld von Recht und Emotionalität aufgearbeitet (1). Anschließend werde ich mein methodisches Vorgehen skizzieren (2). Im Zentrum stand die Analyse von Paarinterviews. Zwar gibt es konzeptionell unterschiedliche Beschreibungen, empirische Analysen der paarspezifischen Aushandlungen des Spannungsfelds lassen sich jedoch kaum finden. Soziologische Arbeiten, die empirisch Eheverträge thematisieren, sind spärlich. Im empirischen Teil werde ich anhand unterschiedlicher Beispiele vier zentrale Deutungsmuster von Eheverträgen beschreiben (3), um schließlich zentrale Aspekte zusammenzufassen (4). Die Sinngestaltungen Heiratender in Bezug auf Eheverträge sind nicht auf eine Dichotomie zwischen Romantik und Individualismus oder Emotionalität und Recht zu reduzieren. Vielmehr zeigen sich auf Basis der je eigenen Rechtskenntnis teils hybride Bewertungen von Eheverträgen.

Emotionale Bindung oder Recht?

Paarbeziehungen werden über rechtliche Regularien mitgestaltet (Bethmann 2013: 203). Ungeachtet dessen werden intime Bindungen weniger als Rechtsinstitution, sondern vor allem in ihrer romantisch-symbolischen Dimension reflektiert (Schutter 2014: 37). Recht wird von Paaren dann meist erst in Krisen oder im Scheitern als relevant wahrgenommen. Dies betrifft nicht nur Scheidungen, sondern bspw. auch sexualisierte Gewalt (Mängel 2016; Sanyal 2016; Loick 2020) oder die Regulierung von Migration (Gutekunst 2019).

Das Spannungsfeld von Recht und emotionaler Bindung in Paarbeziehung lässt sich insbesondere über drei Diskussionsstränge entfalten: hinsichtlich a) der Paarbeziehungsideale, b) der moralischen Orientierung der Individuen-im-Paar und c) dem Recht als Herrschaftsgefüge. Schließlich kann in gewisser Weise quer zu diesen Diskussionssträngen stehend die Rechtskenntnis Heiratender fokussiert werden (Rehbinder 1972; Lautmann 1980; Lucke & Schwenk 1992). Die Wahrnehmung von Ambivalenzen, die Aneignung von Recht und das Bewusstsein für dessen Effekte auf die eigene Paarrealität setzen konkretes Wissen oder Annahmen über rechtliche Regularien voraus.

a) Tyrell (1988: 154 f.) beschreibt romantische Paarbeziehungen als einen gesellschaftliche Anerkennung und Inklusion versprechenden „Sinn- und Ver-

weisungszusammenhang [...], der Liebe, Ehe, [...] Sexualität und Familienbildung plausibel ‚unter einem Dach‘ vereinigt“ (vgl. auch Lenz & Scholz 2014: 98 f.). Das *romantische Liebesideal* geht mit der reziproken Höchstrelevanz der Partner*innen einher, welche Tyrell (1987: 578) zufolge eine Reaktion auf Individualisierungs- und Differenzierungsprozesse sei und die in der Reduktion auf zwei Personen die individuelle Einzigartigkeit ungeachtet der Notwendigkeit des sich wechselseitigen Ergänzens der Partner*innen sicherstelle. Das romantische Ideal der Höchstrelevanz, Exklusivität und Einzigartigkeit gehe mit sexueller Anziehung, Spontanität und (instrumenteller) Interessenlosigkeit einher, hebt Illouz (2007: 134) hervor, weshalb sie schlussfolgert, dass eine rechtliche Vertragsschließung insbesondere mit ihrer verallgemeinernden Formalität der Spontanität, Einzigartigkeit sowie der individuellen Interessenlosigkeit entgegenstehe und die romantische Idee somit konterkariere. Die Hinzuziehung des Staats durchbricht zudem die selbstgenügsame Exklusivität der emotionalen Bindung. Diesbezüglich werden die inneren Logiken der romantischen Liebe und der staatlichen Ehe von einigen Autoren als grundlegend widersprechend und unvereinbar verstanden (u. a. Kuchler & Beher 2014: 36). Die reziproke Einzigartigkeit der Partner*innen geht traditionell jedoch zugleich in der staatlichen Eheschließung auf, welche die gesellschaftliche Einbindung der individuellen emotionalen Beziehung sicherstellt (Wutzler 2021: 17). Darüber hinaus dokumentiert sie diese Einzigartigkeit, denn es ist nur möglich, genau eine andere Person zu heiraten. Die Freisetzung intimer Beziehungen vom vormodernen verwandtschaftlichen Allianzregime geht traditionell mit der bürgerlichen Inklusion und rechtlichen Standardisierung einher (Nassehi 2009: 280 f.). Im romantischen Liebesideal wird über die öffentliche Bekundung der Einzigartigkeit der/des Partner*in und der Dauerhaftigkeit der Beziehung über die staatliche Eheschließung eine Brücke geschlagen von der emotionalen Idiosynkrasie des Paares zur formellen Vergesellschaftung über das Recht.

Im Zuge der Individualisierung (Beck & Beck-Gernsheim 1990), der Emanzipationsprozesse und Deinstitutionalisierung (Lauer & Yodanis 2010) intimer Beziehungen wird die Subsumtion emotionaler Bindung in Paarbeziehungen unter das romantische Liebesideal aufgebrochen. Die Gestaltungsmöglichkeiten, die Motive und Formen des intimen Miteinanders haben sich seit Mitte des 20. Jahrhundert vervielfältigt (Wutzler 2021). Infolge der Zurückdrängung sozialer Vorgaben bedarf es zunehmend der Aushandlung der Paarbeziehungspraktik und des Verständnisses über die gemeinsame Beziehung (Burkart 2014: 72; Pateman 1988). Individualisierungstheoretisch rekonstruieren Leupold und Giddens mit der *partnerschaftlichen Liebe* bzw. der *pure relationship* alternative Beziehungsideale (Leupold 1983; Giddens 1992). Dabei gehe die Individualität der Partner*innen nicht allein in der Paarbeziehung auf und die Einzigartigkeit

der Personen wird auf die Einzigartigkeit der Beziehung verschoben, die an die individuellen und kollektiven Bedürfnisse gebunden wird (vgl. Burkart 1998: 26). Giddens zufolge zeichne sich die *pure relationship* durch eine hohe Selbstreflexion, die Erfüllung individueller Wünsche und die Demokratisierung der Paarbeziehung über symmetrische Positionen aus (Giddens 1992: 58). Koppetsch (2001) versteht das romantische Liebesideal als spontanen wie bedingungslosen Gabentausch einer langfristigen Ökonomie der Dankbarkeit und Zuneigung und das Partnerschaftsideal als Äquivalententausch kurzfristiger sowie unmittelbarer Reziprozität persönlicher Interessen. Das Partnerschaftsideal relativiere sowohl den Exklusivitätsanspruch, die Idealisierung als auch den absoluten Bindungsgrad des romantischen Liebesideals und stehe vertraglichen Vereinbarungen nicht fundamental gegenüber. „In einer partnerschaftlichen Beziehung müssen also die Bedingungen der Arbeitsteilung und der Zusammenarbeit zwischen den beiden Partnern ausgehandelt werden“, schlussfolgert Burkart (2014: 82). Dies grenzt die *Partnerschaft* vom romantischen Liebesideal ab, in dem Gleichheit, Gerechtigkeit und Vernunft eher untergeordnet sind (Burkart 2014: 82). In der alltäglichen Beziehungspraxis, so argumentiert Burkart (2014: 82 f.) sei der Anspruch des Partnerschaftsideals jedoch wenig und vor allem bei bildungsbürgerlichen Paaren bedeuten, es sei konzeptionell daher eher zu individualistisch gedacht.

Rechtlich wurden in den vergangenen Jahrzehnten zunehmend heteronormative und patriarchale Schranken abgebaut, aber zugleich an anderen Stellen die rechtliche Rahmensetzung detailliert oder bspw. mit der „Ehe für alle“ weitere Paarbeziehungen rechtlich neu erfasst und schrittweise gleichgestellt. Das Gelingen intimer Beziehungen wird inzwischen konzeptionell stärker an das reziproke Aushandeln des konkreten Miteinanders gebunden und damit das wechselseitige *Doing* oder *Feeling* der Partner*innen, also die Praxis der gemeinsamen Paarrealität hervorgehoben (u. a. Smart 2007: 10; Bourdieu 2005: 189). Es sei demnach eine Entstandardisierung und Individualisierung nachzuzeichnen, die dazu führe, dass es in intimen Beziehungen zunehmend zu Aushandlungsprozessen komme (Burkart 2014: 86). Bauman (2003) beschreibt dies als *liquid love*, da Paarbeziehungen gezwungen seien, zwischen den widersprüchlichen Anforderungen an die permanente Überprüfung individueller Bedürfnisbefriedigung sowie dem Wunsch nach stabiler Dauerhaftigkeit und Zugehörigkeit in Bindung abwägen zu müssen.

Im Zuge der Individualisierung und Deinstitutionalisierung, so könnte man also vermuten, greifen Paare vermehrt auf individuell verhandelte Verträge zurück oder passen die bestehende Rechtslage an eigene Bedürfnisse und gefundene Praktiken an, anstatt sich vorgegebenen (rechtlichen) Normen zu unterwerfen, diese zu ignorieren oder hinzunehmen. Nicht nur folgt aus den rechtlichen Freiheiten eine Notwendigkeit dahingehend und individualisierend ein Bedürfnis

dazu, sondern mit dem Fokus des partnerschaftlichen Ideals auf die Einzigartigkeit der Beziehung ist dies leichter emotional zu integrieren, da der/die Partner*in nicht unbedingt nur als einzigartige Person angesprochen werden muss. Illouz sieht darin jedoch eine zunehmende Rationalisierung, Objektivierung und Entzauberung emotionaler Bindungen (Illouz 2011: 306).³ Auch Loick (2020: 412) kritisiert hinsichtlich des *Nein-heißt-Nein*, dass die rechtlich-vertragliche Regulierung des Intimen weder die notwendige Achtsamkeit noch die individuelle Verletzlichkeit des intimen Miteinanders ausreichend anerkenne.⁴

b) Standards der Gerechtigkeit in intimen Beziehungen können auf zwei grundlegende Prinzipien zurückgeführt werden (u. a. Honneth 2000; Loick 2019): das Rechtsmodell und das Gefühlsmodell. Im *Rechtsmodell* steht die individuelle (rechtlich verankerte) Autonomie des einzelnen Subjekts im Zentrum normativer Entscheidungen, welche zugleich mit Beziehungsidealen verknüpft ist. Recht wird dabei als konstitutiv freiheitsverbürgend verstanden, denn es schützt das Individuum vor nicht-rechtlichen Zusammenhängen, welche die individuelle Autonomie infrage stellen (vgl. Loick 2019: 858; Honneth 2000). Die Partner*innen werden als voneinander unabhängige (Rechts-)Personen verstanden, „welche wechselseitig Ansprüche erheben müssen, um zu ihren individuellen definierten Zielen zu gelangen. [...] Nach dem Rechtsmodell wird mithin das, was [...] Gerechtigkeit heißen kann, als kontextspezifische Anwendung eines allgemeinen Moralprinzips vorgestellt“ (Honneth 2000: 204 f). Das moralische Fundament bildet hierbei die Anerkennung und rechtliche Absicherung persönlicher Autonomie sowie Integrität über die (staatliche) Durchsetzung individueller (als universell verstandener) Rechte.

Im *Gefühlsmodell* sind affektive Bindungen, wechselseitige Fürsorge und die bedürfnisorientierte Zuwendung der Partner*innen zueinander zentral. Auch wenn im Gefühlsmodell die Bedürfnisse der einzelnen Subjekte elementar sind, kann es genau dann zu Einschränkungen der individuellen Rechte kommen, wenn es erforderlich wird, auf die eigenen Bedürfnisse und Interessen zugunsten der/des Partner*in (zumindest temporär) zu verzichten bzw. diese einzuschränken (Honneth 2000: 206). Intime Beziehungen, so Honneth, bewegen sich in einer prekären Balance zwischen Selbstständigkeit und abhängiger Bindung und

³ Gleichwohl hält Illouz (2012) in einem Kommentar zur Popularität des Romans *Shades of Grey* fest, dass ein Vertrag zwischen Partner*innen als „Alternative zur komplizierten und stets ergebnisoffenen Beziehungsarbeit“ plausibel sei, da er in einer sich permanent wandelnden Welt Verbindlichkeit schaffen könne.

⁴ Dies steht im Kontext Loicks (2017: 288) genereller Kritik, dass das gegenwertige Recht die freie Entfaltung verhindere und die Dominanz des Rechts die Bedingungen eines guten und gelingenden (Zusammen-)Lebens untergrabe.

zugleich zwischen rechtlicher Rahmensetzung und individueller Emotionalität. Partner*innen müssen sich wechselseitig sowohl als Rechtsperson als auch als einzigartiges Subjekt anerkennen (Honneth 2000: 209). Für Honneth steht deshalb fest, dass die beiden normativen Modelle komplementär zu verstehen sind und auf zwanglose Weise im Paar immer wieder gemeinsam ausgehandelt werden müssen (Honneth 2000: 215; vgl. auch Loick 2019: 849). Eheverträge können dann als Möglichkeit angesehen werden, beide Prinzipien miteinander auszubalancieren. Wird kein Gleichgewicht gefunden, so versteht Honneth dies jedoch als pathologisch und impliziert normativ damit zumindest eine Minimalvorstellung eines idealen Zustands intimer Beziehungen (vgl. Loick 2019: 860). Zudem verliert Honneth die patriarchalen sowie heteronormativen Strukturen und damit die Herrschafts- und Gewaltverhältnisse des Rechts aus dem Blick, an die die Sicherung individueller Autonomie gebunden ist, kritisiert Loick (2019: 861).

c) Das Recht besitzt nicht nur Schutz- und Gerechtigkeitsfunktionen, sondern geht mit Ordnungs- und Herrschaftsansprüchen einher. Rechtliche Regelungen legitimieren einige, marginalisieren, erschweren und pathologisieren andere Formen intimer Beziehungen (u. a. Butler 2009; Mesquita 2011). Insbesondere feministische und queere Studien rekonstruieren und kritisieren die Effekte des Rechts als Herrschaftsinstrument. Kritisiert wird der individualisierende und androzentristische Charakter (u. a. Loick 2019; Baer & Sacksofsky 2018) sowie die heteronormative (u. a. Mesquita & Nay 2013), patriarchale (u. a. Baer & Sacksofsky 2018; Elsuni 2020) und mononormative (Pieper & Bauer 2014) Herrschaft, die mit dem Recht einhergeht. Derart werden intimen Beziehungen normativ Grenzen gesetzt und der Zugang zu gesellschaftlichen Privilegien reguliert. Pateman (1988; 1996) hält fest, dass der moderne Gesellschaftsvertrag nicht nur einer der individuellen Freiheit sei, sondern auch einer der weiblichen Unterwerfung unter männliche Herrschaft. Die Ehe und Eheverträge können in einer patriarchalen Gesellschaft demnach keine Verträge zwischen freien Menschen und ebenbürtigen Parteien sein (Lacey 1998: 114). Auch wenn bereits vielfältige Weisen intimer Beziehungen gelebt werden, Heteronormativität und Mononormativität sind weiterhin in sozialen Strukturen objektiviert und mentalen Strukturen sowie individuellen Praktiken eingeschrieben (Bourdieu 1997: 159). Es bestehen zudem weiterhin (rechtliche) Anerkennungs- und Verwirklichungs-Hürden verschiedener intimer Beziehungsformen.

Brown (2011: 269) hebt hervor, dass das Recht die Anerkennung und Geltung als Individuum sichere, zugleich jedoch innerhalb normativer Zusammenhänge situiert sei, die es paradoxerweise zugleich verschleierte. „Die Paradoxie liegt also darin, dass Rechte, die eine Bestimmung unserer Leiden, Verletzungen oder Ungleichheiten einschließen, uns in eine Identität einschließen, die durch Unter-

ordnung definiert ist; wohingegen Rechte, die solche Bestimmtheiten vermeiden, nicht nur die Unsichtbarkeit unseres Unterworfenenseins aufrechterhalten, sondern sie sogar noch verstärken können“ (Brown 2011: 459). Paarbeziehungen gehen in ihrer Praxis und den alltäglichen Auseinandersetzungen jedoch nicht in der theoretischen Dichotomisierung zwischen normativer Assimilation in begehrte Institutionen und (subversivem) Antinormativismus auf (vgl. Nay 2015; Love 2019; Eribon 2018: 230 f.; Weibel 2021; Newerla 2021).

Paare treffen nicht erst mit Ehe- oder auch Partnerschaftsverträgen gemeinsame Abmachungen. Zwischen der staatlich hoch-institutionalisierten rechtlichen Ordnung und der Spontaneität emotionaler Bindungen haben die Aushandlungsprozesse der alltäglichen Paarbeziehungspraktik mehr oder weniger explizit „tendenziell *kontraktuellen* Charakter, weil sie zu bestimmten Festlegungen und expliziten Vereinbarungen führen“ (Burkart 2014: 71). Einzig die Sanktionsinstanzen unterscheiden sich. Ehe- und Partnerschaftsverträge nehmen darüber hinaus im Spannungsfeld von Emotionalität und Recht jedoch eine besondere Stellung ein, denn sie können als intermediär beschrieben werden: „Sie vermitteln zwischen gesetztem Recht einerseits und den Interessen und Präferenzen der involvierten Personen andererseits“ (Lanzinger et al. 2010: 20). Ehe- und Partnerschaftsverträge stellen eine Möglichkeit dar, zwischen der bestehenden Rechtslage und der Paarrealität bzw. paarspezifischen Absprachen zu medieren sowie zwischen den Individuen im Paar zu moderieren. In relationaler Verpflichtung erhöhen Verträge den Bestimmtheitsgrad des wechselseitigen Verhaltens in konkreten (zukünftigen) Situationen (vgl. u. a. Raiser 2011). In einem gewissen Rahmen kann rechtlich Unbestimmtes bestimmt und rechtlich Bestimmtes sowie Vorgegebenes individuell angepasst werden. Eine ehevertragliche Aneignung des Rechts setzt Rechtskenntnis voraus. Zugleich wirken sich die Rechtskenntnis und das Bewusstsein für die Effekte des Rechts auch auf die persönlichen und paarspezifischen moralischen Orientierungen, die Bewertung gesellschaftlicher Paardeale und die Vermittlung von emotionaler und rechtlicher Rationalität aus. Der deinstitutionalisierten Ehe muss hinsichtlich ihrer rechtlichen Bedingungen unabhängig von den individuellen Heiratsmotiven bei der Eheschließung von Paaren Sinn verliehen werden. An der Schnittstelle von Paarbeziehungspraxis und Recht, so die Annahme, wird über die Rekonstruktion der Deutungen von Eheverträgen beispielhaft deutlich, wie Paare die Spannung zwischen emotionaler Bindung und Recht verhandeln und auf welche persönliche Rechtskenntnis sie dabei zurückgreifen.

Methodische Grundlagen und Beschreibung des Materials

Die hier präsentierten Ergebnisse beruhen auf der Analyse von 34 mit einem Leitfaden kombinierten, narrativen Paarinterviews (Wimbauer & Motakef 2017). Diese wurden mit heterosexuellen Paaren geführt, die kurz vor ihrer Eheschließung standen. Die Interviews wurden für das an der Universität Siegen angesiedelten DFG-Projekt „Der Ernst der Ehe“ (2017–2021)⁵ erhoben und sind bis zu zweieinhalb Stunden lang. Paarbeziehungen basieren auf narrativen und interaktiven Prozessen. Dabei beziehen sich die Partner*innen in ihrer Paarbeziehungspraxis und dessen Deutung reziprok aufeinander. Der Übergang in die Ehe beschreibt ein Spannungsverhältnis zwischen den gesellschaftlich dominierenden, auf Individualisierung und Autonomie angelegten Beziehungskonzepten, den alltagspraktischen Herausforderungen und dem rechtlich-überindividuellen Fundament der Ehe, das von den Individuen-in-Paaren (vgl. Schneider et al. 2005) deutend bearbeitet werden muss. Über die Thematisierung und Verhandlung von Eheverträgen kann dieses Spannungsverhältnis in den Narrativen der Paare im Interview explizit gemacht werden. Eheschließungen können dabei weder als rechtlich die Paarpraxis determinierend noch auf die Emotionalität im Paar reduziert verstanden werden.

Die Relevanzstrukturen und Sinnsysteme der Heiratenden können mittels der Erhebungsform des Paarinterviews offen zur Entfaltung kommen. Narrative Paarinterviews decken Aushandlungen und die Interaktion sowie die Orientierungen der Paare auf. Über die reziproke Orientierung der Partner*innen in den Interviews wird die soziale Wirklichkeit des aufeinander bezogenen Miteinanders auf der Paarebene beobachtbar und kann in die Analyse einbezogen werden (Ruiner 2010: 77; Hirschauer et al. 2015). Im Rahmen des Interviews wurde den Befragten Raum für die Entfaltung ihrer subjektiven Perspektiven auf das Geschehen gegeben. Auf Basis dieser Offenheit können sich im Erzählen die inneren Zusammenhänge, Prozessstrukturen sowie Dynamiken zeigen und zugleich ist der/die Erzählende gezwungen, seiner/ihrer Erzählung eine innere Logik zu geben. Das Paarinterview wurde mit einem flexibel angewandten Leitfaden kombiniert. Dies gestattet es, hinsichtlich bestimmter Themen in Bezug auf die Eheschließung – wie bspw. Eheverträge oder die Bestimmung des Ehenamens (Wutzler 2020) – Vergleichbarkeit und den Anschluss an die jeweiligen Teilerzählungen zu sichern (Strübing 2013: 92).

⁵ DFG-Geschäftszeichen: LU 486/9–1.

Es wurden ausschließlich Erstheiratende befragt, damit konnte für den Vergleich der Paare sichergestellt werden, dass die Rechtskenntnis nicht aufgrund von Scheidungserfahrungen differiert (Kupka et al. 1995). Die Paare wurden über Standesämter zur Teilnahme aufgerufen. Um ein kontrastives Sample zu erhalten, wurden Paare interviewt, die im groß-, kleinstädtischen oder ländlichen Raum leben. Da wir die Paare nur indirekt akquirieren konnten, waren wir auf deren Rückmeldung angewiesen, auf Basis derer wir systematisch die weitere Auswahl kontrastiver wie auch homologer Fälle treffen konnten (Schittenhelm 2009: 16). Die Altersspanne liegt zwischen 20 und 41 Jahren für die Frauen sowie 22 und 43 Jahren für die Männer. Im Schnitt waren die Frauen im Vergleich 2,4 Jahre jünger als ihre Partner. Die Beziehungsdauer der Paare zum Zeitpunkt des Interviews lag zwischen 0,5 und 13,5 Jahren. Im Interview wurden die Paare offen danach gefragt, ob sie bisher über einen Ehevertrag gesprochen haben.

Im Rahmen des Projekts haben wir 26 der Paare nach dem ersten Ehejahr erneut befragt. Die Deutungen der Paare bezüglich der Eheverträge veränderten sich im Vergleich zur ersten Befragung kaum. In der folgenden Darstellung werden Sequenzen aus den Interviews der zweiten Erhebungsphase ausschließlich dann herangezogen, wenn sie einen Aspekt vertiefend oder kontrastiv verdeutlichen.

Die entsprechenden Sequenzen der Interviews wurden sequenziell (u. a. Maiwald 2005) hinsichtlich der Deutungsmuster von Eheverträgen themenfokussiert im Stil der Grounded-Theory-Methodologie analysiert (Strauss 1998; Strauss & Corbin 1996). Derart war es möglich, die Sinngehalte bezüglich Eheverträgen zu rekonstruieren, die von den Individuen-im-Paar reziprok konstruiert werden. Deutungsmuster dienen Individuen dazu, eigene Erfahrungen zu ordnen; sie geben Orientierung im Handeln und Wahrnehmen, indem sie handlungsleitend Unbekanntes in bekannte Sinnstrukturen übersetzen und integrieren (Pfister 2020: 154 f.). Mit Hilfe des Codierens wurden in Bezug auf die Fragestellung relevante Sinneinheiten ausgelotet und die sich in den Narrativen entfaltenden Deutungen schrittweise kategorisiert sowie deren Charakteristika und Dimensionen aufgespürt (Strauss 1998: 56).

Deutungsmuster von Eheverträgen

Eheverträge sind privatrechtliche Verträge mit denen die vor allem im BGB festgehaltenen rechtlichen Grundlagen der Eheführung in einem gewissen Rahmen individuell modifiziert werden können. Alle befragten Paare unseres Samples äußern sich spätestens auf Nachfrage zu Eheverträgen. Dreizehn Paare wollten keinen Ehevertrag abschließen und haben Eheverträge vor dem Interview auch

nicht explizit thematisiert. Zehn weitere Paare haben Eheverträge zwar thematisiert, sind sich aber sicher, dass sie keinen abschließen möchten. Vier Paare sind sich noch unsicher und sieben weitere Paare planen, einen Ehevertrag abzuschließen.

Aus einer Studie des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend aus 2012 geht hervor, dass zwar 37 % der Frauen und 23 % der Männer in Deutschland darüber nachdenken, einen Ehevertrag abzuschließen, jedoch 93 % der verheirateten Paare keine ehevertraglichen Vereinbarungen getroffen haben, insbesondere da sie dafür keine Notwendigkeit gesehen haben oder weil sie falsche Vorstellungen über den gesetzlichen Güterstand hatten (BMFSFJ 2012: 13). Das begrenzte Wissen über die Möglichkeiten von Eheverträgen gilt auch für US-amerikanische Paare. Mahar (2003: 7) hält fest, dass verheiratete Paare systematisch die Möglichkeiten von Eheverträgen und die Scheidungswahrscheinlichkeit unterschätzen. Zudem vermeiden Paare die Thematisierung von Eheverträgen, da „each person might believe that initiating the conversation would signal uncertainty about the success of the marriage and would conflict with the romance of courtship“ (Mahar 2003: 7). Als Vorteile von Eheverträgen nennt Mahar, dass Scheidungen durch Eheverträge zeitlich, finanziell und psychisch weniger belastend sein können. Burkart (2014: 83) hebt diesbezüglich hervor, „dass eine Neigung zu Verträgen in persönlichen Beziehungen eine Art strukturelles Misstrauen zum Ausdruck bringe, das die Grundlage solcher Beziehungen unterhöhlt“. Mahar schätzt die Häufigkeit von Eheverträgen in den USA auf unter 10 % (ebd.: 1). Atwood und Bix (2012: 313 f.) halten aufgrund der zunehmenden Individualisierung für die USA einen leichten Anstieg der Anzahl von Ehepaaren mit Ehevertrag fest. Ein soziologischer Forschungsstand zu Eheverträgen ist darüber hinaus jedoch quasi nicht existent. In der Analyse der Interviews unseres Samples wird differenziert deutlich, dass die Deutungen der Paare über Unwissen, Irrelevanz und romantische Infragestellung hinausgehen.

Um eine Belehrung über die Inhalte eines Ehevertrags sicherzustellen, muss dieser nach § 1410 BGB bei „gleichzeitiger Anwesenheit“ der Partner*innen notariell beglaubigt werden.⁶ Ein Ehevertrag kann zu jedem Zeitpunkt vor der Ehe bis zur Scheidung vereinbart werden. Eheverträge können zeitlich auf den Zeitraum der Beziehung bzw. Ehe, die Scheidung bzw. die naheheliche Zeit oder auf den Todesfall eines/einer Partner*in bezogen sein. Eine bedeutende rechtliche Umgestaltung der Scheidungsfolgen erbrachte 1976 die Ersetzung des Schuld- durch das Zerrüttungsprinzip bei Scheidung (Milzer & Langenfeld 2019: 1). Damit änderten sich auch die vertraglichen Möglichkeiten von Eheverträgen wesentlich.

⁶ Eine bevollmächtigte Stellvertretung ist dabei möglich.

Formale Grenzen der Vertragsfreiheit (§ 1408 BGB) ergeben sich insbesondere aus den Rechten Dritter (bspw. der gemeinsamen Kinder), der Verhältnismäßigkeit, der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), dem Verstoß gegen gesetzliche Verbote (§ 134 BGB) und der Formgültigkeit (§ 125 BGB).⁷ Die rechtliche Durchsetzung von Eheverträgen unterliegt der richterlichen Inhalts- und Ausübungskontrolle (§ 242 BGB). Ehevertragliche Vereinbarungen dürfen nicht zu einer einseitigen Lastenverteilung führen, sondern müssen beiden Ehegatt*innen zumutbar sein und den Bedürfnissen beider gerecht werden. Einer Scheidung darf weder zugestimmt, noch darf sie ehevertraglich ausgeschlossen oder erschwert werden.

Der inhaltliche Bezug von Eheverträgen kann im Wesentlichen in vier Bereiche unterschieden werden:⁸ 1. Bezugspunkte können Objekte und Räumlichkeiten sein, hierbei betreffen Vereinbarungen insbesondere den Hausrat (§ 1568b BGB) oder die Ehwohnung (§ 1568a BGB); 2. Es können Vereinbarungen über die Rechtsgrundlage bzw. den Rechtsstand der Ehe beschlossen werden, wenn eine*r der Heiratenden eine nicht-deutsche Staatsbürgerschaft innehat; 3. Vereinbarungen können sich auch auf die Beziehungen der Partner*innen oder auf die Beziehung zu den Kindern beziehen (bspw.: Eheverständnis,⁹ Familienplanung, Sorgerecht, Umgangsregelungen, Ehe- bzw. Familienname, Geschäfte zur Deckung des Lebensbedarfs nach § 1357 BGB); 4. in Eheverträgen können finanzielle Aspekte bzw. die vermögensrechtliche Beziehung der Ehegatt*innen geregelt werden (bspw.: Unterhalt, Erbe, Güterstand, Versorgungsausgleich¹⁰).

Es kann während der Ehe rechtlich weder auf Familienunterhalt (§ 1360a BGB) noch auf Trennungsunterhalt verzichtet werden (§ 1614 BGB). Für die Zeit nach der Scheidung kann man dagegen vollständig oder teilweise auf Unterhalt verzichten. Dies betrifft nicht den Kindsunterhalt. Auch der Vorsorgeausgleich kann teilweise oder ganz ausgeschlossen werden, solange dies nicht sittenwidrig

7 Nach § 313 BGB können ehevertragliche Vereinbarungen zudem unwirksam werden, wenn die Geschäftsgrundlage des Ehevertrags sich verändert oder weggefallen ist.

8 Im Folgenden können die möglichen inhaltlichen Aspekte und die rechtlichen Grenzen der Individualisierung und Anpassung der rechtlichen Grundlagen der Ehe in Eheverträgen nur grob skizziert werden (ausführlich vgl. u. a. Milzer & Langenfeld 2019; Schnitzler 2020).

9 Es lassen sich über die Regelungen des BGB hinaus keine persönlichen Ehepflichten oder ehelichen Lebensplanungen einklagbar vereinbaren. Auf das gemeinsame Eheverständnis kann jedoch bspw. im Fall einer Scheidung als Bezugspunkt des Scheiterns der Ehe (§ 1565 BGB) Bezug genommen werden.

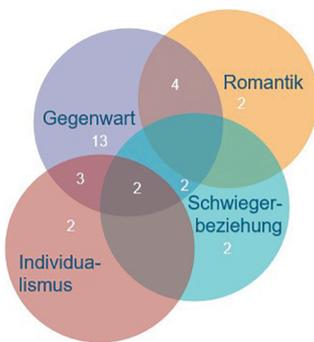
10 Dies betrifft im Sinne des § 2 Abs. 1 Versorgungsausgleichsgesetz „im In- oder Ausland bestehende Anwartschaften auf Versicherungen und Ansprüche auf laufende Versicherungen, insbesondere aus der gesetzlichen Rentenversicherung, aus anderen Regelsicherungssystemen wie der Beamtenversorgung oder der berufsständischen Versorgung, aus der betrieblichen Altersversorgung oder aus der privaten Alters- und Invaliditätsvorsorge“.

ist, bspw. wenn einem/einer der Partner*innen nach der Scheidung keine hinreichende Altersversorgung (mehr) zur Verfügung steht oder er/sie diese nicht mehr aufbauen kann (Schnitzler 2020: 1376). Der gesetzliche Güterstand der Ehe ist die Zugewinngemeinschaft (§ 1363 Abs. 1 BGB). Mit einem Ehevertrag kann auch die Gütertrennung (§ 1414 BGB)¹¹, eine modifizierte Zugewinngemeinschaft oder die Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff. BGB)¹² vereinbart werden. Für die Zugewinngemeinschaft gilt nach § 1363 Abs. 2 BGB: „Das jeweilige Vermögen der Ehegatten wird nicht deren gemeinschaftliches Vermögen; dies gilt auch für Vermögen, das ein Ehegatte nach der Eheschließung erwirbt. Der Zugewinn, den die Ehegatten in der Ehe erzielen, wird jedoch ausgeglichen, wenn die Zugewinngemeinschaft endet“. Für die persönlichen Schulden des/der Partner*in haftet man im Falle einer Zugewinngemeinschaft oder der Gütertrennung grundsätzlich nicht. Als Gütergemeinschaft oder bei gemeinsamen Verbindlichkeiten haftet man kollektiv als Schuldner*in. Hinsichtlich einer Modifizierung der Zugewinngemeinschaft ist es möglich, bestimmte Teile des Vermögens (bspw. Wertgegenstände) oder Verbindlichkeiten konkret zu bewerten oder aus dem Zugewinn herauszunehmen. Zudem können Bewertungsmaßstäbe festgelegt sowie Regelungen zum Anfangs- und Endvermögen getroffen werden. Außerdem wird im BGB darüber hinaus zwischen Sondergut (§ 1417 BGB) und Vorbehaltsgut (§ 1418 BGB) unterschieden, die vom Gesamtgut ausgeschlossen sind. „Sondergut sind die Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können“ (§ 1417 Abs. 2 BGB) (bspw. Nießbrauchrechte). Ehevertraglich können Gegenstände zum Vorbehaltsgut erklärt werden. Darüber hinaus sind Gegenstände Teil des Vorbehaltsguts, wenn diese von Todes wegen erworben werden, sie ein Vorbehaltsgut ersetzen oder wenn sie von Dritten unentgeltlich erworben werden und der/die Dritte bestimmt, dass diese Gegenstände als Vorbehaltsgut gelten sollen (§ 1418 Abs. 2 BGB). Schenkungen und individuelles Erbe bleiben deshalb – ausgenommen deren Wertsteigerung während der Ehe – unabhängig ihres Zeitpunktes individuelles Vorbehaltsgut. Im Falle des Todes des/der Partner*in kann ein Wechsel des Güterstandes vereinbart werden, bspw. von Gütertrennung zur Zugewinngemeinschaft, da dann der Anteil am Erbe des/der Partner*in im Vergleich zu den Kindern höher ist. Ebenso kann vertraglich geregelt werden, wie während der Ehe erbrachte unentgeltliche Zuwendungen im Falle einer Scheidung bewertet werden. Schließlich kann auch die Verfügungsbeschränkung (§ 1365 BGB) für das beiderseitige Vermögen ausgeschlossen werden.

11 Das Vermögen der Ehegatt*innen bleibt in diesem Fall in der Ehe und nach der Scheidung getrennt. Es wird weder gemeinschaftlich verwaltet, noch gibt es im Falle einer Scheidung einen Wertausgleich.

12 In diesem Fall wird ein eheliches Gesamtvermögen gebildet.

Im analysierten Material konnten vier Deutungsmuster von Eheverträgen ausgemacht werden: a) ein Ehevertrag spricht gegen romantische Ideale (*Romantik*), b) ein Ehevertrag wird auf Basis gegenwärtiger Einschätzungen über die Beziehung und persönliche Einstellungen bewertet (*Gegenwart*), c) ein Ehevertrag klärt – insbesondere finanziell – die Beziehungen zu den Schwiegereltern oder zu anderen Mitgliedern der Verwandtschaft (*Schwiegerbeziehung*) oder d) ein Ehevertrag wird individualistisch gedeutet (*Individualismus*). Die Ansprüche an Individualismus und Romantik schließen sich gegenseitig aus. Ansonsten können die Muster sich ergänzen. In folgender Grafik sind die jeweiligen Fallzahlen festgehalten. Vier Paare konnten nicht zugeordnet werden, da ihre Aussagen im Interview keine Interpretation zuließen oder die Deutungen im Paar nicht einmütig waren.



Grafik 1: Überblick der Deutungsmuster und Fallzahlen

Die Paare, die überlegen oder planen einen Ehevertrag abzuschließen, zeigen häufig die Muster *Schwiegerbeziehung* oder *Individualismus*.¹³ Im Folgenden werde ich exemplarisch die Muster in ihren Facetten und Ausprägungen charakterisieren.¹⁴ Dabei werden auch Besonderheiten der Fälle sichtbar, wie bspw. Überschneidungen der Muster oder konfligierende Positionen der Partner*innen.

13 Für Paare, die über einen Ehevertrag nachgedacht haben oder diesen geplant haben (fünf dieser Paare konnten leider kein zweites Mal befragt werden), zeigt sich in den Nachfolgeinterviews, dass sich für zwei Paare ein Ehevertrag (noch) nicht lohne, drei Paare einen Ehevertrag weiterhin planen und ein Paar einen Ehevertrag abgeschlossen hat. Für ein Paar, das keinen Ehevertrag geplant hatte, hat sich die Situation derart geändert, dass sie einen abgeschlossen haben (jedoch ohne notarielle Beglaubigung). Für 19 Paare kommt der Abschluss eines Ehevertrags weiterhin (noch) nicht infrage.

14 Die ausgewählten Zitate wurden zugunsten der Lesbarkeit von mir geglättet. Dafür wurden Pausen, Wortabbrüche, Wortwiederholungen, langgezogene Wörter und Ähms gestrichen.

Romantik

Für das Muster *Romantik* können vier Aspekte ausgemacht werden, mit denen Paare argumentieren, dass ein Ehevertrag gegen romantische Ideale spricht und die für sie Zweifel an der Paarbeziehung wecken. Ein Ehevertrag irritiert die romantischen Ansprüche an die Zweisamkeit, da durch eine vertragliche Regelung a) die Dauerhaftigkeit der Beziehung infrage gestellt, b) das Vertrauen untereinander angezweifelt, oder c) die Individualitäten der Partner*innen hervorgehoben wird. Außerdem gehen einige Paare des romantischen Musters davon aus, dass d) das Miteinander als Paar sich nicht vertraglich regeln lasse. Die sich aus der emotionalen Bindung spontan ergebende Alltäglichkeit und Lebenspraxis könne nicht vertraglich strukturiert werden, so die Annahme.

Kai versteht einen Ehevertrag ausschließlich als Möglichkeit, individuelle Sphären abzustecken und derart individualisierend zu wirken:

Kai: Wir tragen eigentlich jetzt bereits beide unsern Teil in die Ehe mit nei und alles was dann daraus resultiert [aus der Eheschließung], soll auch dann auch uns beiden gehören auf jeden Fall. /Katja: Joa/ Wir haben uns bewusst dagegen entschieden eigentlich.

Konkret spricht Kai das (gemeinsame) Eigentum an. Beide bringen individuell etwas in die Ehe ein, das zum Gemeinsamen wird und in der Ehe erworbenes Eigentum soll praktisch beiden als Paar gemeinsam zustehen. Entgegen Kais Annahme wäre es in Abweichung zum gesetzlichen Standard der Zugewinnngemeinschaft möglich, nicht nur individualisierend eine Gütertrennung zu vereinbaren, sondern über die Gütergemeinschaft auch eine gesteigerte finanzielle Gemeinschaft zu verankern. Da er sich hier auf das Resultat der Eheschließung bezieht, entspricht die Zugewinnngemeinschaft zumindest zum Teil seinem Ansinnen. Eigentum, das in die Ehe eingebracht wurde, gehört dagegen nicht zwangsläufig beiden, vielmehr bleibt es zunächst individuelles Eigentum. Dies wird von Kai nicht gewusst oder nicht beachtet, spielt in der Paarpraxis jedoch anscheinend keine Rolle.

Lukas und Lisa haben die Möglichkeit, einen Ehevertrag abzuschließen zwar thematisiert, jedoch um sich gegenseitig zu versichern, dass sie beide keinen Ehevertrag wünschen. Lukas bewertet Eheverträge im Zuge einer Eheschließung als widersinnig.

Lukas: Da brauch isch auch net heiraten zu gehen, ne. Wenn isch über sowat nachdenke, also wenn isch heiraten gehe, dann geh isch zumindest davon aus, dat dat, wat man sisch da verspricht auch ne Gültigkeit hat und dann brauch isch [...] keinen Vertrag dafür.

Hier wird die besondere Konstellation deutlich, dass das heiratende Paar Eheverträge mit dem Argument ablehnt, dass auf diese Weise ihre emotionale Bindung zu sehr verrechtlicht würde. Damit geht zumindest partiell die Annahme einher, dass die Paarbeziehung als frei von rechtlichen Regelungen wahrgenommen wird. Der Ehevertrag wird hier einerseits als Redundanz beschrieben. Andererseits wird ihm zugesprochen, dass mit ihm zugleich das unterminiert wird, was man sich mit der rechtlichen Eheschließung verspricht. Ein Ehevertrag stelle in diesem Sinne die Gültigkeit der beabsichtigten Versprechen infrage. Inhaltlich wird Lukas nicht explizit, jedoch kann man der Aussage entnehmen, dass die eheliche Gemeinschaft auf dem gegenseitigen Vertrauen in gemeinsame Versprechen basiere. Ein Ehevertrag bedeutet für Lukas dann, das Vertrauen auf Basis der emotionalen Bindung untereinander durch eine dritte Instanz zu ersetzen. Die staatliche Eheschließung als Vertragsschluss wird nicht gleichermaßen bewertet.

Neben finanziellen Aspekten hebt Lukas hervor, dass das Miteinander in ihrer Paarbeziehung nicht vertraglich vorgegeben werden könne.

Lukas: Wo isch denk, wenn du dat net selber geregelt kriegst, dann hilft auch kein Vertrag dabei, weil wat bringt dat, ne. Dann [...] zeig isch ihr den Wisch und sach, wir haben gesacht, dreimal die Woch hast du hier dat und dat zu machen und du machst et net. Wat is die Konsequenz: also Scheidung.

Die Gemeinschaft und Koordination des Alltäglichen kann für Lukas nur aus der emotionalen Bindung und dem gegenseitigen Vertrauen erwachsen und nicht präskriptiv vertraglich festgehalten oder auf Basis vertraglicher Regelungen sanktioniert werden. Er begründet dies hier mit einer überspitzt festgehaltenen Beschreibung von Tätigkeiten im Haushalt, deren Erledigung nicht mit der Androhung von Sanktionen eingefordert werden könne.

Laura hebt hervor, dass ein Ehevertrag dem Versprechen auf Dauerhaftigkeit der Beziehung mit ihrem Partner Luis entgegenstehe.

Laura: Ich hab nur ma irgendwie so aus Witz so gesagt, machen wir. [...] Ich finde, wenn man sowas vorher abschließt, dann setzt man dem Ganzen ja irgendwie schon so n bisschen ja wir trennen uns ja sowieso irgendwann und dann ham wir das ja schon geregelt, wie das läuft. Also für mich is das irgendwie so n /Luis: Ja./ auch so n bisschen so n doofes Hintertürchen, find ich. Also [...] für mich hat das irgendwie nur was Negatives.

Lauras Aussage zeigt, dass die Thematisierung von Eheverträgen als Witz oder Spaß es ermöglicht, überhaupt über Eheverträge zu sprechen. Dies geht auch daraus hervor, dass Eheverträge für sie pejorativ besetzt sind. Für Laura, Luis stimmt ihr zu, setzt ein Ehevertrag bereits ein Enddatum der Paarbeziehung oder regelt zumindest, wie die Auflösung der Beziehung abläuft. Aus dieser Perspek-

tive betrachtet und thematisch reduziert, beenden Eheverträge bereits die emotionale Bindung des Paares. Als „Hintertürchen“ stelle der Ehevertrag die Möglichkeit dar, vom gemeinsam getroffenen Versprechen einseitig abzuweichen und das gemeinsame Ehegebäude, nachdem die Ehe „geschlossen“ wurde, doch noch zu verlassen.

Gegenwart

Im Muster *Gegenwart* werden Eheverträge nicht als die Paarbeziehung per se infrage stellend gedeutet, jedoch auf Basis von sechs Argumenten abgelehnt oder unter der gegenwärtigen Betrachtung der gegebenen Umstände als irrelevant bewertet. Ein Ehevertrag sei nicht relevant, da a) geplant sei, dauerhaft zusammenzubleiben, b) man daran glaube, sich ggf. konfliktfrei zu trennen, c) die gegebene Rechtslage (in Bezug auf die gegenwärtige Zukunftsplanung) als passend eingestuft wird, d) man nicht aufeinander angewiesen sei oder e) es kein Vermögen, Einkommen oder Besitz gibt, um den man sich streiten könne bzw. f) die eigene Einstellung zu Geld, Eigentum und finanziellen Werten als gleichgültig beschrieben wird.

Ian und Ina halten einmütig mehrere Facetten des Musters *Gegenwart* fest.

Ian: Es hat auch keiner von uns jetzt irgendwie sooo viel Vermögen, dass da ne unglaubliche Schieflage besteht. /Ina: Ja./ Du hast vielleicht n bisschen mehr gespart, aber das is jetzt nich so, dass man da irgendwie n Prozess anstreben könnte und sich da auf Millionen verklagen könnte.

Inhaltlich wird der Ehevertrag von Ian auf finanzielle Aspekte, hier das Vermögen der beiden, begrenzt. Geht aus Ians Aussage noch nicht eindeutig hervor, ob er vom eingebrachten Vermögen, das bei einer Zugewinnngemeinschaft individualisiert bleibt, oder der möglichen Wertsteigerung des Vermögens während der Ehe spricht, das gemeinsames Vermögen wird, so wird aus Inas Aussage ersichtlich, dass sie davon ausgeht, dass das eingebrachte Vermögen zum gemeinschaftlichen Gut wird, dass bei einer Scheidung wieder aufgeteilt werden müsste. Zudem lässt Ians Aussage zunächst den Schluss zu, dass bei einem finanziellen Ungleichgewicht zwischen den beiden eine Absicherung des eigenen Vermögens durchaus Sinn ergebe, da das individuell zustehende Vermögen von der/dem Partner*in beansprucht werden könnte. Jedenfalls gehen sie davon aus, dass in ihrem Fall gegenwärtig kein ausreichendes Vermögen bestehe, über das sie sich zukünftig ggf. streiten könnten. Auch Ian bringt seinen Einwand in überspitzter Form ein. Der Bezug auf das nicht-vorhandene Vermögen ermöglicht es zugleich, sich zu

distanzieren, denn dadurch bestehe für ihn die Notwendigkeit überhaupt nicht sich mit Eheverträgen zu beschäftigen.¹⁵

Ina geht davon aus, dass man in Falle einer Scheidung immer noch einen fairen Umgang miteinander und gerechte Regelungen finden werde, die man nicht vorab vertraglich festhalten müsse.¹⁶

Ina: Abgesehen davon, glaub ich auch, dass auch wenn jetzt der schlimmste Fall eintreffen würde, dass man trotzdem irgendwie noch so miteinander umgehen würde, dass man das auch wieder fair aufteilen würde.

Im Gegensatz zu anderen Paaren können Ian und Ina die Gegenwartsbezogenheit dieser Einschätzung reflektieren. Wenngleich sie die prognostische Bewertung mit Selbstcharakterisierungen untermauern.

Ian: Das werden wahrscheinlich alle sagen. Wird ja wahrscheinlich keiner sagen, wenns soweit is, @dann mach ich dich fertig@¹⁷, /Ina: @./@/ aba ich glaube, da sind wir auch einfach zu rational für.

Ina: Ja. Genau. Und auch zu fair, beide eigentlich.

Empfindet Ian die Rationalisierung der Beziehung durch einen Ehevertrag als überflüssig, da er sie beide als bereits ausreichend rational einschätzt – ein Ehevertrag würde in diesem Sinne die Irrationalität der/des Einzelnen ausgleichen –, so glaubt Ina, auch im Falle der Trennung gerechte Maßstäbe im Umgang miteinander anlegen zu können. Sie schätzen sich beide als Personen ein, die ihr Handeln im Falle einer Scheidung nicht durch emotionale Verletzungen und gegen den/die Ex-partner*in gerichtet bestimmt sehen, sondern auch in diesem Fall überlegt und achtsam agieren würden. Sie gehen also von einer konfliktfreien und rücksichtsvollen Trennung aus, bei der sie sich von den Umständen distanzieren (Ian) bzw. einseitige Ansprüche und Befindlichkeiten ausgleichend zurückstellen (Ina) können. Wenngleich in der Aussage nicht nur offen bleibt, was sie unter „fair“ verstehen, sondern auch, ob die Kriterien dessen konstant bleiben.

Schließlich führt Ian an, dass die beiden finanziell selbstständig sind und nicht darauf angewiesen seien, ihren Lebensunterhalt über den/die Partner*in

¹⁵ Eine Distanzierung zeigt bspw. auch Emilie, die die Relevanz von Eheverträgen öffentlichen Personenkreisen zuspricht: „sowas in den Medien kam, bei reicheren Leuten.“

¹⁶ In gewisser Weise ist dies auch eine Art Vertrag, der stillschweigend Bestandteil der Beziehung ist: das romantische Versprechen, noch im Falle des Auseinandergehens bereit zu sein, die eigenen Ansprüche auch zum Wohl des anderen zurückzustellen.

¹⁷ @ kennzeichnet Lachen oder lachende Äußerungen.

abzusichern. Aus der Aussage wird auch die perspektivische Lebensplanung des Paares deutlich.

Ian: Es is keiner auf den andern angewiesen. /Ina: Ja./ Also s gibt keiner sein Job auf und hat zwanzig Jahre lang nich gearbeitet und hat dann Probleme, irgendwie in den Arbeitsmarkt zurückzukommen und is dann auf Unterhalt angewiesen.

Die Individualität und finanzielle Sicherheit der Partner*innen muss demnach nicht über einen Ehevertrag vorausschauend sichergestellt sein, sondern ist dies bereits über die gegenwärtigen Umstände und (geplante) berufliche Lebensgestaltung.

Nina und Nino schließen einen Ehevertrag auf Grundlage der gegenwärtig beabsichtigten Dauerhaftigkeit der Beziehung aus, jedoch ohne dies explizit für sich thematisieren zu müssen.

Nino: Da sind wir uns stillschweigend einig, dass wir keinen wolln, weil wir sowieso davon ausgehn, dass unsre Ehe nich enden wird oder erst mit dem Tod. [...]

Nina: Ich wusste auch gar nich, dass es das gibt, bis ich von einem meiner skeptischen Freunde davon gehört hab, dass er das niemals machen würde, ohne einen Ehevertrag und dann war das auch Gesprächsthema.

Ninas Aussage unterstreicht, dass nicht sie selbst es waren, die Eheverträge thematisiert haben, sondern, dass sie erst durch einen Dritten darauf gebracht wurden. Von allein hätten sie sich nicht explizit mit Eheverträgen beschäftigt. Dieser Dritte wird zugleich abgrenzend und abwertend als Skeptiker charakterisiert. Nino und Nina ignorieren in dieser Sequenz zudem die bestehende Wahrscheinlichkeit einer Scheidung. Der Unterschied zum Muster *Romantik* liegt darin, dass Eheverträge nicht als etwas angesehen werden, das die Beziehung infrage stellt oder die Trennung antizipiert, sondern als eine Vereinbarung, die schlichtweg aufgrund der gemeinsamen Absichten zum Zeitpunkt der Eheschließung für das Paar einfach nicht notwendig erscheint. Dies kann mit dem Paar Hanna und Henrik untermauert werden, die im ersten Interview auf Basis ähnlicher Argumente einen Ehevertrag zunächst ausschließen, zum Zeitpunkt des zweiten Interviews dann jedoch einen nicht notariell beglaubigten Vertrag in Bezug auf den gemeinsamen Kauf eines Hauses abschließen. Unter veränderten Umständen wird der Abschluss eines Ehevertrags also ggf. relevant.

Auch Paula und Paul sehen aufgrund der verfolgten Dauerhaftigkeit keine Notwendigkeit für einen Ehevertrag.

Paul: Also in dem Moment geht man nicht davon aus, dass man auseinander geht, aber ansonsten gibts dort ne rechtliche Sache und die regelt das im Notfall. [...]

Pia: Für mich is das einfach so selbstverständlich mit uns, dass ich da eigentlich überhaupt keinen Gedanken an sowas verschwendet hab.

Hierbei werden zwei weitere Aspekte deutlich. Nicht nur der Entschluss, dauerhaft zusammen zu bleiben spielt eine Rolle, sondern auch die Sicherheit innerhalb der Paarbeziehung. Einerseits hält Paul eine Passung der Rechtslage fest, sodass er glaubt, keine individualisierte Lösung zu benötigen, da die gegebene Rechtslage strittige Fragen ausreichend kläre.¹⁸ Seine Aussage ist jedoch einerseits begrenzt auf den Aspekt Scheidung und andererseits diesbezüglich unspezifisch formuliert, was rechtlich geregelt sei. Pia fühlt sich zudem so bedenkenlos sicher in der Beziehung mit Paul, dass ein Ehevertrag der Thematisierung nicht wert sei. Eheverträge werden auch aus ihrer Sicht nur mit Blick auf eine mögliche Scheidung geschlossen. Darüber hinaus erklären sie Streitigkeiten über einzelne Gegenstände, wie Kissen, Sofas oder Ähnliches zu Albernheiten. Paul: „Muss ich nicht sagen, dass hier das Kissen, das die Pia kriegt und das andre krieg ich“.¹⁹ Implizit grenzen sie sich damit von konflikthaften Trennungen ab, die sich an Gegenständen, die als eher wertlos, oder Themen, die als absurd eingestuft werden, entfachen.

Erik begrenzt Eheverträge auf finanzielle Vereinbarungen, weshalb er aufgrund seiner Einstellung zu Eigentum und Finanzen keine Notwendigkeit für einen Ehevertrag sieht. Im Konfliktfall, so beschreibt er nüchtern, würde er alles seiner dann Ex-partnerin überlassen bzw. würde es auch zukünftig nichts geben, um das es ihm wert wäre, streiten zu müssen.

Erik: Ich hab generell kein großen Bezug zu Dingen oder so wat, [...] das sind halt Dinge, wenn se kaputt sind, kann man se neu kaufen, aber dat is jetzt nich so, dass dat matriellen Wert hat. [...] Deswegen werd ich kein großen Besitz oder sonst wat aufbauen. Wenn wir en Haus kaufen oder so, gehört dat ihr, fertig.

Nur wenige Paare beschreiben die bestehende Rechtslage explizit als für ihre Paarkonstellation passend. Eine Ausnahme bilden Sabrina und Steffen, die dies bezüglich der von ihnen geplanten traditionellen Arbeitsteilung festhalten.

18 Im Kontrast dazu stehen Zoe und Zacharias, die im zweiten Interview festhalten, dass man eine Scheidung mit einem Ehevertrag gar nicht adäquat regeln könne: „Zoe: [...] ist das auch schwierig, jetzt etwas festzulegen, weil die Situation ja in dem Falle so verkappt sein würde, [...] man kann das ja nicht pauschalisieren“. Auch eine teilweise Regelung, die die Scheidung eventuell erleichtern könnte, wird damit zumindest angezweifelt.

19 Ähnlich wird dies von Torben im zweiten Interview festgehalten: „Nicht wer kriegt das Auto oder das Haus, sondern wer kriegt die Katze.“

Nachdem Sabrina die geplante Arbeitsteilung als für sie bewusste Entscheidung charakterisiert, fügt ihr Partner Steffen an:

Steffen: Sie will das auch und deswegen wärs natürlich schon so, dass im Fall einer Scheidung ja in zwanzig Jahrn oder so, natürlich schon dann bei ner Zugewinnngemeinschaft sie einiges von dem Geld, das ich in der Zeit im Prinzip verdient hab, dann auch kriegen würde, aber das is ja auch gerecht.

Die Bewertung der Rechtslage als passend oder auch gerecht kann mit einem differenzierten Wissen des Paares oder zumindest eines/einer Partner*in einhergehen, sie kann jedoch auch, wie in diesem Fall, auf einen Aspekt, hier den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, begrenzt sein. Über den entfernten Zeitpunkt „zwanzig Jahre“ wird zudem eine Distanzierung deutlich.

Schwiegerbeziehung

Im Deutungsmuster *Schwiegerbeziehung* werden Eheverträge als Möglichkeiten charakterisiert, um die insbesondere finanziellen Beziehungen zu den Schwiegereltern oder Schwäger*innen zu klären (meist das Erbe). Dies geht im Sample entweder a) von den (Schwieger-)Eltern oder b) dem Paar aus.²⁰ Thematisch ordnen sich die Fälle nach drei Aspekten: der Grenzen der Beziehung, der Sicherheit oder des individuellen Schutzes und der Selbstdarstellung.

Denis wünscht sich einen Ehevertrag, damit gegenüber seinem zukünftigen Schwiegervater ausgeschlossen werden kann, dass er Daniela nur des Geldes wegen heiratet. Denn Danielas Eltern führen ein eigenes Unternehmen und das damit einhergehende Vermögen könnte sie erben.

Daniela: Dass s nich heißt, der heiratet mich, um ans Geld zu kommen. [...]

Denis: Ich würdes gerne machen, einfach nur ma w-

Daniela: Um n Zeichen zu setzen.

Möchte Daniela auf Forderungen ihrer Eltern warten, so ist es Denis mittels des Ehevertrags möglich, die Bedeutung der Beziehung zu Daniela gegenüber den Schwiegereltern explizit zu vermitteln. Der Ehevertrag wird in Denis' Selbstdarstellung derart zum Symbol seiner Ernsthaftigkeit und guten Absichten.

²⁰ Zu denken wäre hier u. a. auch an die Geschwister als Ausgangspunkt, die dies einfordern, dies kommt im untersuchten Sample aber nicht vor.

Ist es für Denis wichtig, dass seine Schwiegereltern ein positives Bild von ihm bekommen, geht es im Fall von Vera vor allem darum, sich selbst und die Beziehung mit Valentin finanziell zu schützen. Der mögliche Ehevertrag steht hier jedoch als Möglichkeit nicht für sich, sondern er stellt eine Alternative dar, eine finanzielle Absicherung zu gewährleisten.

Vera: Weil das bei seinen Eltern sehr unübersichtlich ist, was da geerbt wird irgendwann. Und wieviel Schulden vor allem. [...] Ich werde nicht schlecht erben. [...] Und ich hab immer gesagt, mein Erbe wird definitiv nicht die Schulden von deiner Seite auffangen, das will ich nicht. Demnach was das angeht, hätten wir n Ehevertrag machen müssen oder halt Gütertrennung von vornherein. [...] Sonst hab ich gesagt, möchte ich, dass seine Eltern noch ein Testament machen, wo genau aufgeteilt wird, was seine Schwester bekommt, was er bekommt. [...] Auch damit's keinen Streit mit seiner Schwester gibt.

Der Ehevertrag wird vorbeugend thematisiert. Dabei wird der merkbliche Unterschied im zukünftigen Vermögen auf Basis des potenziellen Erbes kenntlich. Diskrepanzen werden jedoch nicht nur quantitativ antizipiert, sondern auch in der schwierigen Informationslage darüber, was überhaupt konkret geerbt wird. Valentins Eltern besitzen Häuser und Grundstücke in Italien und ein Bistro in Deutschland. Zwar könnte Valentin das Erbe potenziell ausschlagen, jedoch kann das Paar noch gar nicht taxieren, was davon geerbt wird und wie finanziell belastet das Erbe ist. Sie können es schlichtweg nicht einschätzen und fordern, dies über ein Testament von den Eltern aufzuklären. Das Erbe Veras soll demnach ggf. über einen Ehevertrag vor einem finanziellen Schaden geschützt werden. Vera müsste rechtlich zugleich gar nicht für die Schulden ihres Ehemanns haften. Indem sie die Gütertrennung anspricht, unterstreicht sie, dass sie dies auch in jedem Fall ausschließen möchte. Die möglichen Unterhaltspflichten gegenüber ihrem Partner sind damit natürlich nicht ausgeschlossen. Zugleich zeigt Vera in ihrer Aussage, dass ein Ehevertrag ihr Klärungsbedürfnis nur begrenzt stillen kann. Der Ehevertrag könnte nicht klären, was Valentins Eltern an wen vererben und damit allein Konflikte mit Valentins Schwester auch nicht vermeiden. Im Fall dieses Paares überschneiden sich unterschiedliche Muster. Einerseits hält Vera, in dem sie explizit und wiederholt äußert „Das ist halt mein Erbe“ und dies darüber hinaus mit einer Sorgeleistung gegenüber ihren Eltern fundiert, ihre individualistische Perspektive fest. Andererseits gehen beide zugleich auch davon aus, dass sie sich gegebenenfalls konfliktfrei scheiden lassen und sich dabei nicht „wixxerich“ verhalten würden. Unsicherheiten und Konfliktpotenzial resultieren in diesem Fall aus verwandtschaftlichen Beziehungen, die über das Paar hinausgehen.

Bei den Paaren Oskar und Olivia sowie Antonia und Andreas geht die Begrenzung der verwandtschaftlichen Beziehung von den Schwiegereltern aus. In beiden

Fällen betrifft es das mögliche Erbe. Die Beziehungen zu den Schwiegersöhnen sollen finanziell begrenzt werden, auch wenn von beiden Paaren in den Interviews die Beziehungen zu den Schwiegereltern ansonsten positiv beschrieben werden. Zugleich wird den Töchtern nicht freigestellt, eigens darüber zu entscheiden, wie sie mit ihrem Erbe umgehen. Zwischen dem Erbe und der Beziehung des Paares wird von den Vätern der Ehegattinnen eine klare Unterscheidung getroffen. Äußert Olivias Vater explizit, dass sie mit Oskar einen Ehevertrag abschließen soll, geht es Antonia und Andreas vor allem darum, Antonias Vater die Angst zu nehmen. Oskar und Andreas äußern, dass sie damit keine Probleme haben.

Olivia: Ihm [Olivias Vater] ist halt wichtig, dass ich erbe und nicht wir. [...] Er sagt halt immer, Olivia ich weiß nicht, wenn ich jetzt morgen sterbe und ihr zwei trennt euch übermorgen, dann hat mein Erbe halt nicht das erfüllt, was es sollte, nämlich, dass du halt irgendwie was hast, womit du leben kannst.

Antonia: Es geht einfach darum, dass mein Vater noch am Leben is und da [Antonias Haus] noch sehr viel Geld reinsteckt grade und ich ihm einfach diese Sorge nehmen möchte, weil er heiratet ja nicht, er gewinnt einfach nur ein Schwiegersohn. [...] Hat er halt so'n bisschen Angst und da komm wir ihm halt entgegen und nehmen ihm die Angst und sagen, ja, wir machen einen Ehevertrag dann über das Haus.

Die finanziellen Investitionen der Eltern sollen im Falle einer Scheidung auch nur den Personen zustehen, für die diese gewünscht waren. Zwar gehört das Erbe nach § 1374 BGB zum Vorbehaltsgut (§ 1418), die Wertsteigerung ist damit jedoch nicht ausgenommen, da diese rechtlich als Zugewinn bewertet wird. Ersichtlich wird die Bedeutung der Wertsteigerung vor allem für das Haus von Antonia, dessen Ausbau ihr Vater auch nach der Eheschließung weiter mit finanziert.

Olivias Vater trifft die Zuweisung des Erbes individualisierend. Die Eheschließung des Paares berühren seine Absichten nicht. Die Partner*innen werden in finanzieller Hinsicht weiter als Einzelpersonen angesehen, die auch bei zukünftigen Ereignissen als solche bewertet werden. Die Wirkung der rechtlichen Schwägerschaft bleibt damit im Vergleich zur biologischen Verwandtschaft (temporär) begrenzt. Noch deutlicher wird dies in Antonias Aussage. Sie hält explizit fest, dass nur sie heiratet und nicht ihr Vater. Da es nicht seine Entscheidung ist, soll er auch nicht von den Folgen dieser Entscheidung betroffen sein, sofern er dies nicht selbst wünscht. Die gewonnene Schwiegerbeziehung wird nur als ideelle Beziehung verstanden, die mit keinen (finanziellen) Pflichten einhergeht. Die vergemeinschaftende Wirkung der Eheschließung wird in Bezug auf die Verwandtschaftsbeziehungen von den Vätern individualisierend begrenzt und kann sich vom Recht aus nur eingeschränkt auswirken. Die Bindung zu den Schwiegersöhnen besteht nur solange, wie dies auch rechtlich über die Ehe festgehalten ist

und geht zeitlich nicht darüber hinaus. Thematisch werden Eheverträge auf die Wünsche bzw. finanzielle Betroffenheit der Schwiegerväter beschränkt. Darüber hinaus wird das Recht möglichst ignoriert. So formuliert Oskar: „wat in dem blöden Gesetzbuch steht, interessiert uns, glaub ich, relativ wenig“.

Individualismus

Im Muster *Individualismus* soll über einen Ehevertrag a) die (finanzielle) Individualität der Partner*innen sichergestellt werden (auch Schulden) oder b) die Partner*innen wollen sich im Trennungsfall wechselseitig schützen. Innerhalb des Samples zeigt sich die Bewertung von Eheverträgen bei den Paaren, die diesem Muster zugeordnet werden können, als am divergierendsten und konfliktreichsten.

Bianca möchte nicht generell einen Ehevertrag abschließen, aber ihren Partner Barrie vor möglichen Schulden im Falle einer fehlgeschlagenen beruflichen Selbstständigkeit schützen.

Bianca: Angenommen ich mach mich irgendwann mal selbstständig und würde dann quasi mit [...] insolvent gehen, und wenn wir keinen Ehevertrag haben, hängst du mit drin. Und sonst kann man das einfach ausklammern.

Ein Ehevertrag ist in einer bestimmten Situation für Bianca eine zukünftige Möglichkeit. Bianca will nicht, dass Barrie für ihre Schulden bürden müsste. Schulden sind rechtlich jedoch bereits aus dem gemeinsamen Vermögen ausgeklammert, solange keine Gütergemeinschaft oder gemeinsame vertragliche Verbindlichkeiten bestehen. Für die Schulden des/der Partner*in muss man nicht haften. Dies gilt jedoch nicht für die ehelichen Unterhaltsverpflichtungen, die im Falle einer beruflichen Insolvenz eventuell notwendig wären.

Fiona und Filip wollen sich gegenseitig vor einer konflikthafter Trennung schützen. Thematisiert wird ein Ehevertrag inhaltlich als „möbeltechnisch und finanziell“ (Fiona). Die Initiative ergreift hier wie auch im Falle von Bianca, aber im Unterschied zu den meisten anderen Fällen, die Frau. Untereinander wurden bereits Regelungen getroffen. Aufgrund des finanziellen Aufwands verzichteten sie jedoch auf die notarielle Beglaubigung der Vereinbarung.

Fiona: N Schutz für uns beide. [...] Weil wir hamn ersma für uns jetzt aufgesetzt. Und dann wollten wirs noch halt vom Anwalt richtig machen lassen, aber [...] der wollte fürn Larifari-Schreiben [...] sechshundert Euro. Wo ich dann gesacht hab, nööö, nich fürn Stück Zettel.

Nicht nur wird der rechtlich bindende Ehevertrag in der Kosten-Nutzen-Rechnung zurückgestellt, dessen Bedeutung wird zugleich als „Stück Zettel“ relativiert. Der Wille, sich gegenseitig abzusichern wird in diesem Fall durch die rechtlich vorgegebenen formalen Anforderungen konterkariert.

Auch Yuna und Yannis wollen einen Ehevertrag abschließen, um finanziell eine klare Grenze zueinander zu ziehen. Dabei zeigt sich jedoch explizit eine unverkennbar Differenz in der Bewertung von Eheverträgen. Nicht nur geht die Initiative einseitig von Yannis aus:

Yannis: Das wolln wir aber noch jetzt relativ kurzfristig wahrscheinlich vor der Hochzeit machen. [...] Ich find, das is schon irgendwie ganz angenehm.

Yuna: Ich war am Anfang, wenn ich das gehört hatte, war sauer, weil ich hatte so gedacht, /Yannis: @.@/ dass er schon vor dem Heiraten schon Trennung gedacht hatte, weil das is-

Yannis: Ja, das eine hat ja nichts mit dem andern zu tun

Yuna: Das war. Ja, Yanni kann, lass mich ma ausreden, /Yannis: Ja, sorry/ danke. Weil /

Yannis: @.@/ dieser Ehevertrag, das würde wirksam oder das is so eine Versicherung für falls man trennt. Also das ist ja schon immer in Kopf in den Trennung was hat. Aber, ja. [klatscht in die Hände] Was solls? Wenn das machen sollte, dann muss man machen. [...]

Yannis: Gütertrennung halt, das is wo s dann eigentlich drum geht. Konkret ham wa da jetzt noch nix formuliert.

Yuna: [...] Was man vor der Trauung gehört hat, bleibt dann noch /Yannis: Genau/ zu dem Partner gehört. Also dann du kriegst nur leere Wohnung.

Es scheint als beuge Yuna sich ihm in dieser Angelegenheit. Steht ein Ehevertrag für Yuna im romantischen Sinne für eine bereits geregelte Trennung, die die Beziehung infrage stellt und die Dauerhaftigkeit der Beziehung damit relativiert, lässt sie sich von Yannis mit seiner individualistischen Perspektive (hier die finanziellen Aspekte betreffend) schließlich überreden, einen Ehevertrag abzuschließen. Yannis möchte die ehevertragliche Absicherung und die konkrete Gefahr einer Scheidung strikt voneinander unterschieden wissen. Gleichwohl wird Yunas Missbehagen und zudem deutlich, dass sie nicht gleichgültig einlenkt. Dies steht im Gegensatz zu Yannis, auf den der Ehevertrag eine beruhigende Wirkung hat. Ob der Ehevertrag wirklich notwendig ist, ist hinsichtlich der Erklärung Yunas jedoch fraglich, da die von ihr ausgeführte Regelung auch bei einer Zugewinngemeinschaft derart zutreffen würde. Im Gegensatz zu ihrer Unterordnung in Hinblick auf den Ehevertrag erkämpft Yuna sich in dieser Sequenz die Möglichkeit ihre Perspektive zu äußern. Yannis verharrt nicht auf seinem Widerspruch. Yuna macht sich über die geplante Regelung lustig und kann hervorheben, dass in Bezug auf die Einrichtung der Wohnung nur sie profitieren und Yannis leer ausgehen würde. Im zweiten Interview zeigt sich ein identisches Bild. Die beiden haben inzwischen einen Ehevertrag abgeschlossen und Yuna formuliert ihr Unbehagen explizit: „Ich bin damals gezwungen wurden [...] und war nur total aggressiv“.

Auch bei Anna und Alexander, die sich bereits juristisch beraten ließen, liegt die Bewertung eines Ehevertrags noch auseinander. Für Anna sind die beiden weiterhin unentschlossen, Alexander äußert dagegen den expliziten Wunsch, einen Ehevertrag abzuschließen.

Anna: Wir wissen jetzt auch noch nicht, ob wir noch n Ehevertrag machen oder nicht. [...]

Alexander: Ich würd eigentlich schon noch n Ehevertrag, weils im schlimmsten Fall halt einfach so viel Ärger erspart irgendwie.

Anna: Also eigentlich gehts ja nur um den den Unterhaltsverzicht uns beiden gegenüber. [...]

Alexander: Genau, dass jeder sein eigenes Leben aufbaut. [...]

Anna: Wir ham noch keine Kinder, da brauchen ma auch nix klären. [...]

Alexander: Ich fänds jetzt zum Beispiel nicht gut, wenn Anna jetzt sagen würde, ich bleib jetzt für immer zu Hause. Und Anna würds wahrscheinlich auch nicht gut finden, wenn ich sagen würde, alles klar, ich bleib jetzt zu Hause und leb von dem, was ich von der Bank kriege. Und, keine Ahnung, spiel den ganzen Tag Computer oder sowas.

Das Thema Kinder wird unkonkret angesprochen, jedoch als noch nicht relevant zurückgestellt. Einerseits bringt Alexander ein, dass der Ehevertrag vor einer konflikthaften Auseinandersetzung schützt; „schlimmster Fall“ deutet an, dass dies auf eine Scheidung bezogen ist, ohne dies explizit aussprechen zu wollen. Die weiteren Ausführungen begrenzen den Bezug jedoch nicht eindeutig. Bedeutend ist die Beibehaltung der individuellen finanziellen Verantwortung als Einzelperson. Sie wollen auf den gegenseitigen Unterhalt verzichten, was jedoch während der Ehe nicht möglich ist (§ 1360 BGB). Finanziell habe, äußert Alexander, jede*r weiterhin für sich die Verantwortung für das eigene Leben. Praktisch wollen sie die Pflicht zum Familienunterhalt anscheinend ignorieren.

Alexander hat ein hohes Einkommen und konnte deshalb über die Jahre ein finanzielles Vermögen (Aktien) aufbauen, von dem er potenziell unabhängig leben könnte. Anna war dies als Promovendin nicht gleichermaßen möglich. Alexander versteht dies mit einer gewissen Offenheit für gemeinsame Investitionen klar als Vermögen, das der Realisierung seiner eigenen Ziele dient:

Alexander: Eigentlich is was für uns beide, aber es eben meins. Es is halt n mixed Ding an der Stelle. Es is was für uns beide, aber mein Ziel ist es, dass ich nicht mehr arbeiten muss, dass ich frei bin, aber trotzdem is es für uns beide. Also wenn wir jetzt n Haus davon kaufen zum Beispiel, dann wars für uns beide ausgelegt ausgegeben. Dann muss ich halt irgendwie, wie ich meine, wie ich mein Ziel halt trotzdem erreiche.

Das Vermögen gehöre ihm und kann gegebenenfalls kollektiv für das Paar eingesetzt werden. „Für uns beide“ heißt nicht, dass es für die beiden Individuen bestimmt ist, sondern für die Einheit des Paares. Die finanzielle Unabhängigkeit, die er sich erarbeitet hat, erwartet er auch von seiner Partnerin. Deshalb würde er

sich wünschen, diese finanzielle Unabhängigkeit in einem Ehevertrag festhalten zu können. Mit der Eheschließung wird die Wertsteigerung seines Vermögens während der Ehe jedoch rechtlich zum Zugewinn. Ob dies und der Familienunterhalt ggf. zukünftig von Anna auch eingefordert werden, kann an dieser Stelle nicht geklärt werden. Eine Gütertrennung wird vom Paar nicht angesprochen.

Rica und Raphael schließen zwar gegenwertig einen Ehevertrag noch aus, halten jedoch fest, dass sich die finanzielle Situation derart ändern könnte, dass ein Ehevertrag potenziell adäquat wäre. Ein Ehevertrag, so äußert Rica außerdem, kann aus der dahinter stehenden Logik auch eine positiv bewertete Individualisierung bewirken.

Rica: Na gut, solltest du im Lotto gewinnen, dann machen wir nochmal sowas [...]

Raphael: Plötzlich reich werden oder so, dann. /Rica: Ja./ Aber ich weiß auch gar nicht genau, was der eigentlich regelt, aber ich glaub, es sind solche Sachen irgendwie.

Rica: Ich ich fands auch irgendwie ne sympathische Idee, so einen Vertrag da zu haben. [...] Das is so ne Art Unabhängigkeit, die man sich dann behält auf so ne komische Art und Weise.

Raphael: Aber da s dann die Frage auch, was dann alles geklärt is, irgendwie n tausendseitiger Vertrag so jede vernünftige Vertragspartei einigt sich darauf, irgendwie so jeden zweiten Mittwoch die Spülmaschine auszuräumen oder sowas @1@.

Ungeachtet der rechtlichen Vergemeinschaftung über die Eheschließung und unabhängig der konkreten Inhalte, kann mit einem Ehevertrag für Rica eine gewisse Individualität der Partner*innen erhalten werden.²¹ Zwar konkretisieren sie dies hier nicht, aber auch an anderen Äußerungen im Interview wird der Anspruch deutlich, Individualität und Unabhängigkeit in der Ehe zu behalten. Bspw. entscheiden sie sich dafür, jeweils ihren Nachnamen beizubehalten. Raphael fährt spaßend und überspitzt formuliert fort, dass sie ja auch konkrete Verhaltensregeln festhalten könnten, und dies in einem detaillierten und langen Vertrag. Er versucht dann jedoch auch ernst zu werden. Der Wechsel zwischen Spaß und Ernsthaftigkeit macht das Unwissen und die Abgrenzung zum Thema ersichtlich. Er zeigt damit eingängig die Spannung zwischen Recht und Emotionalität. Der Ernst des Rechtes ermöglicht den Erhalt von Unabhängigkeit gegenüber dem Verschmelzungsideal der romantischen Liebe. Aus der Perspektive der Liebe kann man sich dagegen nur lustig machen über tausendseitige Dokumente, die mit großen und abstrakten Kategorien aufwarten und Nichtigkeiten regeln. In Bezug auf konkrete Inhalte bleiben Rica und Raphael jedoch unsicher. Die konflikthafter Trennungen ihrer Eltern werden zwar in beiden Interviews ausgeführt, sie reichen als Erfahrung jedoch nicht dafür, Eheverträge als eine Möglichkeit

²¹ Dies ist das einzige Interview, in dem damit annähernd feministisch argumentiert wird.

anzusehen, für sich selbst dies präventiv zu vermeiden. Vielmehr wird auch im zweiten Interview versucht, ironisch auf Distanz zu gehen: „Diesen krassen Ernst irgendwie, der dann so in das eigene Leben tritt, [...] man kann sich auch n bisschen lustig darüber machen“ (Raphael).

Das Kleingedruckte einer Eheschließung?

Die vorgestellte Analyse konnte die Facetten der Deutung von Eheverträgen durch heiratende Paare aufschließen. Dabei wurde ein Blick auf die paarspezifischen Vermittlungen von Recht und emotionaler Bindung geworfen. Ambivalenterweise zeigt sich eine weitgehend sichere und einmütige Positionierung der Paare bei zugleich teils falschen Vorstellungen oder zumindest begrenztem Wissen über das Eherecht und die Möglichkeiten von Eheverträgen. Es besteht bei den befragten Paaren kaum der Wunsch, einen Ehevertrag abzuschließen. Insbesondere aus traditioneller Selbstverständlichkeit, romantischer Selbstbezüglichkeit und gegenwartsbezogener Genügsamkeit werden Eheverträge verneint. Infolge können sie nicht als vermittelnd angeeignet werden.

Realisiert werden Eheverträge von den Paaren nur vereinzelt. Die Ablehnung von Eheverträgen wird in den wenigsten Fällen mit konkret-rechtlichem Bezug begründet. Gleichwohl wurde in manchen Fällen diese Bezugnahme – auf einzelne Aspekte begrenzt – hergestellt und als passend bewertet. In der Gesamtschau wurden von den Paaren vielfältige Themen angesprochen, die in einem Ehevertrag geregelt werden können. Mit Blick auf die Einzelfälle blieben die Kenntnisse dagegen äußerst begrenzt. Zugleich wurde auch nachvollziehbar, dass nicht alle Vorstellungen der Heiratenden korrekt waren und Eheverträge mehrheitlich hinsichtlich finanzieller Aspekte und einer Trennung bzw. Scheidung gedeutet wurden. Dies spielt eine entscheidende Rolle bei der Ablehnung von Eheverträgen, denn neben den unterschiedlichen Überlappungen der Muster wurde ebenso die oppositionelle Stellung der Romantiker*innen und Individualist*innen deutlich. Werden Eheverträge im Deutungsmuster *Romantik* als die Beziehung in ihren Grundfesten irritierend zurückgewiesen, so werden Eheverträge im Deutungsmuster *Individualismus* affirmativ schützend oder als die eigene Autonomie bewahrend angesehen. In der Anpassung der Rechtslage wirken die Eheverträge bei Einmütigkeit im Paar in diesen Fällen stabilisierend. Beispielhaft konnte jedoch auch gezeigt werden, wie sich diese unterschiedlichen Perspektiven innerhalb eines Paares konfliktuell äußern können.

Viele der befragten Paare haben Eheverträge (noch) gar nicht thematisiert, sie werden selbstverständlich als irrelevant verstanden, die Paare schieben sie dis-

tanzierend von sich weg oder de-thematisieren rechtliche Aspekte. Im Deutungsmuster *Romantik* ergibt sich dies aus der inneren Logik der Bewertung von Eheverträgen, die dadurch nicht einmal verhandelbar sind. Derart wird jedoch auch die Ambivalenz der romantischen Deutung nachvollziehbar, die darin besteht, die Ehe als rechtlichen Vertrag zu schließen, jedoch eine eigene rechtliche Aneignung über einen paarspezifischen Ehevertrag als die Paarbeziehung zu stark verrechtlichend zu verstehen. Das Verhältnis von Recht und emotionaler Bindung mutet widersprüchlich an, wenn rechtliche Folgen größtenteils im Hintergrund stehen, bei gleichzeitig hohem Bedürfnis, die eigene Paarbeziehung in eine rechtliche Institution umzusetzen. Man kann behaupten, dass das *Kleingedruckte* der Eheschließung, also deren rechtlicher Rahmen, ignoriert oder zumindest de-thematisiert wird. Die Anrufung des Staates beruht dann auf unreflektierter Selbstverständlichkeit oder einer offiziellen Beglaubigung der emotionalen Bindung als Ehe. Gegebenes Recht wird damit implizit anerkannt, ohne es sich explizit bewusst zu machen oder bewusst machen zu wollen.

Im Sinne des romantischen Liebesideals können die Höchstrelevanz und Einzigartigkeit nur über die Eheschließung als allgemeiner Vertrag wechselseitig verdeutlicht werden, denn man kann eben nur eine Person heiraten. Nicht möglich ist dies jedoch über einen individuellen Vertrag, der über die explizite Thematisierung der rechtlichen Vergemeinschaftung und die damit einhergehende innere kontraktuelle Logik als die Beziehung verallgemeinernd und die Partner*innen individualisierend – und nicht vermittelnd – verstanden, sowohl die Höchstrelevanz infrage stellt, als auch die Einzigartigkeit der Paarbeziehung sowie des/der Partner*in entwertet und herabwürdigt. Bei der Eheschließung, so suggeriert dies, wird das Recht in Anspruch genommen, ohne es explizit anzueignen. Die Bedeutung des Rechts wird damit ausgeblendet oder relativiert. Der explizite Bezug auf das Recht oder eine ehevertragliche Aneignung des Rechts würde die bestehende Ambiguitätstoleranz der Paare hinsichtlich der Spannung von emotionaler Bindung und Verrechtlichung der Paarbeziehung in diesen Fällen sprengen. Zugleich spielen für viele Paare aber die rechtlichen Möglichkeiten der Eheschließung, wie das gemeinsame Sorgerecht oder der gemeinsame Familienname, eine bedeutende Rolle (Wutzler 2020). Das Recht steht aus dieser Perspektive zur Liebe dann nicht im Widerspruch, wenn es die Gemeinschaft als Paar oder Familie unterstreicht.

Im Deutungsmuster *Gegenwart* wird hinsichtlich einer nicht vorstellbaren Zukunft unter den gegenwärtigen Voraussetzungen der Paarbeziehungen einem Ehevertrag die Relevanz abgesprochen. Auch in diesem Fall geschieht dies mit einem meist begrenzten rechtlichen Bezug. Schlechte Erfahrungen oder Zukunftsmöglichkeiten des Scheiterns werden ausgeblendet. Ungeachtet der langfristigen gemeinsamen Lebensplanung werden im Muster *Gegenwart* Eheverträge nicht

als Möglichkeit angesehen, langfristig zu planen. Wurden Eheverträge thematisiert, dann wird dies zum Teil externalisierend auf die Eltern, Freund*innen und Kolleg*innen geschoben oder auf Hochzeitsplaner, mediale Berichterstattungen, den/die Standesbeamt*in oder Eheseminare zurückgeführt. Für das Deutungsmuster *Schwiegerbeziehung* ist die Realisierung eines Ehevertrags vor allem extrinsisch motiviert. Derart können Eheverträge thematisiert und das Spannungsverhältnis von emotionaler und rechtlicher Rationalität überbrückt werden, ohne das Paar direkt betreffen zu müssen. Distanzierung wird zudem über scherzendes oder überspitzt formulierendes Sprechen hergestellt, indem bspw. der entscheidende Konfliktwert auf die gemeinsame Katze reduziert wird. So ist es den Paaren möglich, über Eheverträge zu sprechen, ohne von diesen wirklich berührt zu werden bzw. ohne Betroffenheit oder konkreten eigenen Bezug zu suggerieren.

Die Zurückweisung des Rechts kann in einer lebenspraktischen Konfrontation mit konkreten rechtlichen Fragen (bspw. bei Krankheit oder Todesfall eines/einer Partner*in oder schlicht einer Steuererklärung) durchbrochen werden bzw. eine Aneignung des Rechts durch das Paar zwangsweise daraus folgen. Rechtskenntnis und die Auseinandersetzung mit rechtlichen Regularien folgen dann aus Betroffenheit und der persönlichen (paar-)biografischen Erfahrung (vgl. auch Lucke & Schwenk 1992: 191). Da eine Distanzierung hierbei oft nur begrenzt möglich ist, ordnet das Recht intime Beziehungen in diesen Fällen insbesondere über die Betroffenheit der Paarbeziehung.

Fragt man danach, welche Rolle das Partnerschaftsideal spielt, muss festgehalten werden, dass die individualistische Deutung zwar vorkommt, jedoch kaum als Anspruch auf eine individuelle Aneignung oder Anpassung der Rechtslage. Vielmehr geht es den Paaren in diesen Fällen darum, Eigenständigkeit und Unabhängigkeit zu sichern. Derart zeigt sich, wie über einen Ehevertrag persönliche Autonomie und emotionale Bindung ausbalanciert werden. Über die Geschlechterverhältnisse kann keine gesicherte Aussage getroffen werden und feministische Argumentationen sind in den Interviews nicht präsent. Es gab sowohl Fälle, in denen die Frau, als auch Fälle, in denen der Mann eher den Wunsch festhielt, einen Ehevertrag abzuschließen. Eheverträge werden im untersuchten Sample nicht als Möglichkeit der Gleichstellung angesehen.

Es zeigten sich also ein hohes Unwissen oder nur selektives Wissen sowohl hinsichtlich des rechtlich bestehenden Rahmens des Ehelebens als auch der Möglichkeiten von Eheverträgen (vgl. Lucke & Schwenk 1992: 190) und meist eine Ablehnung von Eheverträgen, bei vereinzelt begrenzten individuellen Aneignungen der Rechtslage. Viele der befragten Paare äußern, sich kaum mit den rechtlichen Hintergründen auseinandergesetzt zu haben und sehen dafür keine Notwendigkeit, auch wenn es sich um offensichtliche Regelungen ihres intimen Miteinanders und nicht nur um *Kleingedrucktes* handelt.

Literatur

- Atwood, Barbara A. & Bix, Brian H. (2012) A New Uniform Law for Premarital and Marital Agreements. *Family Law Quarterly* 46(3): 313–344.
- Baer, Susanne & Sacksofsky, Ute (Hrsg.) (2018) *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen*. Baden-Baden: Nomos.
- Baker, Elizabeth H., Sanchez, Laura A., Nock, Steven L. & Wright, James D. (2008) Covenant Marriage and the Sanctification of Gendered Marital Roles. *Journal of Family Issues* 30(2): 147–178.
- Bauman, Zygmunt (2003) *Liquid Love: On the Frailty of Human Bonds*. Cambridge: Polity Press.
- Beck, Ulrich & Beck-Gernsheim, Elisabeth (1990) *Das ganz normale Chaos der Liebe*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Becker, Patrick (2009) What makes us Modern(s)? The Place of Emotions in Contemporary Society, S. 195–219 in Hopkins, Debra R., Kleres, Jochen, Flam, Helena & Kuzmics, Helmut (Hrsg.), *Theorizing Emotions. Sociological Explorations and Applications*. Frankfurt a. M. und New York: Campus.
- Bethmann, Stephanie (2013) *Liebe. Eine Soziologische Kritik der Zweisamkeit*. Weinheim/Basel: Beltz Juventa.
- BMSFSJ (2012) *Partnerschaft und Ehe – Entscheidungen im Lebenslauf. Einstellungen, Motive, Kenntnisse des rechtlichen Rahmens*. Abrufbar unter: www.bmfsfj.de/blob/94440/671bcfbffe9ee1104122fc759de71b0b/partnerschaft-und-ehe-data.pdf, zuletzt abgerufen 14.12.2018.
- Bourdieu, Pierre (2005) *Die männliche Herrschaft*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Bourdieu, Pierre (1997) Die männliche Herrschaft, S. 153–217 in Dölling, Irene & Kraus, Beate (Hrsg.), *Ein alltägliches Spiel. Geschlechterkonstruktionen in der sozialen Praxis*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Burkart, Günter (1998) Auf dem Weg zu einer Soziologie der Liebe, S. 15–50 in Hahn, Kornelia & ders. (Hrsg.), *Liebe am Ende des 20. Jahrhunderts. Studien zur Soziologie intimer Beziehungen*. Opladen: Leske + Budrich.
- Burkart, Günter (2014) Paarbeziehung und Familie als vertragsförmige Institutionen? S. 71–91 in Steinbach, Anja, Hennig, Marina & Arránz Becker, Oliver (Hrsg.), *Familie im Fokus der Wissenschaft*. Wiesbaden: VS.
- Burkart, Günter (2018) *Soziologie der Paarbeziehung. Eine Einführung*. Wiesbaden: VS.
- Burmeister, Christoph T. (2017) Emotionen als Kompetenz. Über das Regieren der kindlichen (und erwachsenen) Seele in der Spätmoderne, S. 37–54 in Fangmeyer, Anna & Mierendorff, Johanna (Hrsg.), *Kindheit und Erwachsenenheit in sozialwissenschaftlicher Forschung und Theoriebildung*. Weinheim/Basel: Beltz.
- Butler, Judith (2009) Ist Verwandtschaft immer schon heterosexuell?, S. 167–214 in dies., *Die Macht der Geschlechternormen und die Grenzen des Menschlichen*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Brown, Wendy (2011) Die Paradoxien der Rechte ertragen, S. 454–473 in Menke, Christoph & Raimondi, Francesca (Hrsg.), *Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Elsuni, Sarah (2020) Feministische Rechtstheorie, S. 225–242 in Buckel, Sonja, Christensen, Ralph & Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*. Tübingen: Siebeck.

- Eribon, Didier (2018) *Grundlagen eines kritischen Denkens*. Wien/Berlin: Turia+Kant.
- Giddens, Anthony (1992) *The Transformation of Intimacy. Sexuality, Love & Eroticism in Modern Societies*. Cambridge: Polity Press.
- Grziwotz, Herbert (2014) *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*.
- Gutekunst, Miriam (2019) *Grenzüberschreitungen – Migration, Heirat und staatliche Regulierung im europäischen Grenzregime. Eine Ethnographie*. Bielefeld: transcript. München: C. H. Beck.
- Hirschauer, Stefan, Hoffmann, Anika & Stange, Annekathrin (2015) Paarinterviews als teilnehmende Beobachtung. Präsenze Abwesende und zuschauende DarstellerInnen im Forschungsgespräch. *FQS* 16(3): Art. 30.
- Honneth, Axel (2000) Zwischen Gerechtigkeit und affektiver Bindung. Die Familie im Brennpunkt moralischer Kontroversen, S. 193–215 in Ders., *Das Andere der Gerechtigkeit*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Illouz, Eva (2007) *Gefühle in Zeiten des Kapitalismus*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Illouz, Eva (2011) *Warum Liebe weh tut. Eine soziologische Erklärung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Illouz, Eva (2012) Regelwerk für Lust und Leid. *Spiegel* vom 06.07.2012. Abrufbar unter: www.spiegel.de/kultur/literatur/eva-illouz-die-soziologin-analysiert-sado-maso-in-shades-of-grey-a-842741.html [13.01.2019].
- Koppetsch, Cornelia (2001) Die Pflicht zur Liebe und das Geschenk der Partnerschaft. Paradoxien in der Praxis von Paarbeziehungen, S. 219–239 in Huinink, Johannes, Strohmeier, Klaus P. & Wagner, Michael (Hrsg.), *Solidarität in Partnerschaft und Familie. Zum Stand familiensoziologischer Theoriebildung*. Würzburg: Ergon.
- Kuchler, Barbara & Beher, Stefan (2014) Einleitung: Soziologische Theorien der Liebe, S. 7–52 in Dies. (Hrsg.), *Soziologie der Liebe. Romantische Beziehungen in theoretischer Perspektive*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Kupka, Peter, Ostner, Ilona & Raabe, Cerstin (1995) Wege in die Ehe: Bilanzierungen bei Spätheiratenden, S. 419–436 in Nauck, Bernhard & Nave-Herz Rosemarie (Hrsg.), *Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung*. Rosemarie Nave-Herz zum 60. Geburtstag gewidmet. Neuwied: Luchterhand.
- Lacey, Nicola (1998) Unspeakable subjects, impossible rights. Sexuality, integrity, and criminal law, S. 98–124 in Dies., *Unspeakable subjects. Feminist essays in social and legal theory*. Oxford: Hart.
- Lanzinger, Margarethe, Barth-Scalmani, Gunda, Forster, Ellinor & Langer-Ostrawsky, Gertrude (2010) *Aushandeln von Ehe. Heiratsverträge der Neuzeit im europäischen Vergleich*. Köln u. a.: Böhlau.
- Lauer, Sean & Yodanis, Carrie (2010) The deinstitutionalization of marriage revisited: A new institutional approach to marriage. *Journal of Family Theory & Review* 2(1): 58–72.
- Lautmann, Rüdiger (1980) Negatives Rechtsbewusstsein. Über Geschlechtsdifferenzierungen in der juristischen Handlungsfähigkeit. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1(2): 165–208.
- Lenz, Karl & Scholz, Sylka (2014) Romantische Liebesemantik im Wandel?, S. 93–116 in Steinbach, Anja, Hennig, Marina & Arránz Becker, Oliver (Hrsg.), *Familie im Fokus der Wissenschaft*. Wiesbaden: VS.
- Leupold, Andrea (1983) Liebe und Partnerschaft: Formen der Codierung von Ehen. *Zeitschrift für Soziologie* 12(4): 297–327.
- Loick, Daniel (2017) *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*. Berlin: Suhrkamp.

- Loick, Daniel (2019) Verrechtlichung und Politik, S. 857–872 in Bittlingmayer, Uwe H., Demirović, Alex & Freytag Tatjana (Hrsg.), *Handbuch Kritische Theorie*. Wiesbaden: VS.
- Loick, Daniel (2020) „as if it were a thing“. A Feminist Critique of Consent“. *Constellations* 27(3): 412–422.
- Love, Heather (2019) Playing for Keeps. *GLQ* 25(2): 257–272.
- Lucke, Doris & Schwenk, Otto G. (1992): Rechtsbewusstsein als empirisches Faktum und symbolische Fiktion. Methoden- und modernisierungskritische Anmerkungen zur Erfassung der Rechtskenntnis und Einstellung zum Recht. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 13(2): 185–204.
- Mahar, Heather (2003) Why Are There So Few Prenuptial Agreements? *Harvard Discussion Paper* 436.
- Maiwald, Kai-Olaf (2005) Competence and Praxis: Sequential Analysis in German Sociology. *FQS* 6(3): Art. 31.
- Mängel, Annett (2016) Sexualisierte Gewalt: Nein heißt Nein! *Blätter für deutsche und internationale Politik* 61(2): 9–12.
- Maybruch, Chana, Weissman, Shlomo & Pirutinsky, Steven (2017) Marital Outcomes and Consideration of Divorce Among Orthodox Jews After Signing a Religious Prenuptial Agreement to Facilitate Future Divorce. *Journal of Divorce & Remarriage* 58(4): 276–287.
- Mesquita, Sushila (2011) *Ban Marriage! Ambivalenzen der Normalisierung aus queer-feministischer Perspektive*. Wien: Zaglossus.
- Mesquita, Sushila & Nay, Eveline Y. (2013) We are Family!? Eine queere feministische Analyse affektiver und diskursiver Praxen in der Familienformenpolitik, S. 193–218 in Bannwart, Bettina, Cottier, Michelle, Durrer, Cheyenne, Kühler, Anne, Küng, Zita & Vogle, Annina (Hrsg.), *Keine Zeit für Utopien? Perspektiven der Lebensformenpolitik im Recht*. Zürich/St. Gallen: Dike.
- Milzer, Lutz & Langenfeld, Gerrit (2019) *Handbuch Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*. München: Beck.
- Nassehi, Armin (2009) *Der soziologische Diskurs der Moderne*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Nay, Yv E. (2015) Queerfeministische Politiken affektiv strukturierter Paradoxien. *Femina Politica* 24(1): 52–64.
- Neckel, Sighard (2005) Emotion by design. Das Selbstmanagement der Gefühle als kulturelles Programm. *Berliner Journal für Soziologie* 15(3): 419–430.
- Newerla, Andrea (2021) Love Struggles: Intime Beziehungen in Zeiten mobilen Datings, S. 46–73 in Wutzler, Michael & Klesse, Jacqueline (Hrsg.), *Paarbeziehungen heute: Kontinuität und Wandel*. Weinheim/Basel: Beltz Juventa.
- Pateman, Carole (1988) *The Sexual Contract*. Cambridge: Polity Press.
- Pateman, Carole (1996) Feminismus und Ehevertrag, S. 174–219 in Nagl-Docekal, Herta & Pauer-Studer, Herlinde (Hrsg.), *Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Pieper, Marianne & Bauer, Robin (2014) Polyamorie: Mono-Normativität – Dissidente Mikropolitik – Begehren als transformative Kraft? *Journal für Psychologie* 22(1): Art. 3.
- Pfister, Sandra Maria (2020) Deutungsmuster als forschungsheuristisches Konzept. Erkenntnisse aus der Rekonstruktion von deutungsmustern der Katastrophe. *Sozialer Sinn* 21(1): 149–183.
- Raiser, Thomas (2011) Soziologie des Vertrags und des Vertragsrechts zu Beginn des 21. Jahrhunderts, S. 190–206 in Ders., *Beiträge zur Rechtssoziologie*. Baden-Baden: Nomos.

- Rehbinder, Manfred (1972) Rechtskenntnis, Rechtsbewusstsein und Rechtsethos als Problem der Rechtspolitik, S. 25–46 in Ders. & Schelsky, Helmut (Hrsg.), *Zur Effektivität des Rechts*. Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag.
- Röthel, Anne (2012) Regelungsaufgabe Paarbeziehung und die Instrumente des Rechts. In: *Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, S. 17–33 in *Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht 9* Frankfurt a. M.: Metzner.
- Ruiner, Caroline (2010) *Paare im Wandel. Eine qualitative Paneluntersuchung zur Dynamik des Verlaufs von Paarbeziehungen*. Wiesbaden: VS.
- Sanyal, Mithu M. (2016) *Vergewaltigung. Aspekte eines Verbrechens*. Hamburg: Nautilus.
- Sauer, Birgit (2016) Affektive Gouvernementalität. Eine geschlechtertheoretische Perspektive, S. 147–162 in Greco, Monica, Mixa, Elisabeth, Pritz, Sarah & Tumeltshammer, Markus (Hrsg.), *Un-Wohl-Gefühle. Eine Kulturanalyse gegenwärtiger Befindlichkeiten*. Bielefeld: transcript.
- Schittenhelm, Karin (2009) Qualitatives Sampling: Strategien und Kriterien der Fallauswahl. S. 1–29 in Maschke, Sabine & Stecher Ludwig (Hrsg.), *Enzyklopädie Erziehungswissenschaften Online. Fachgebiet Methoden der empirischen erziehungswissenschaftlichen Forschung*. Weinheim: Juventa.
- Schneider, Werner, Hirsland, Andreas, Ludwig-Mayerhofer, Wolfgang & Allmendinger, Jutta (2005) Macht und Ohnmacht des Geldes im Privaten – Zur Dynamik von Individualisierung in Paarbeziehungen. *Soziale Welt* 56(2–3): 203–224.
- Schneider, Werner, Hirsland, Andreas, Allmendinger, Jutta & Wimbauer, Christine (2010) Jenseits des männlichen Ernährermodells? Geldarrangements im Beziehungsaltag von Doppelverdienerpaaren, S. 213–229 in Berghahn, Sabine (Hrsg.), *Unterhalt und Existenzsicherung. Recht und Wirklichkeit in Deutschland*. Baden-Baden: Nomos.
- Schnitzler, Klaus (2020): *Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht*. München: C. H. Beck.
- Schutter, Sabina (2014) Nichteheliche Lebensgemeinschaft zwischen romantischer Himmelsmacht und rechtsfreiem Raum. *Sozialwissenschaften und Berufspraxis* 37(1): 30–43.
- Schutter, Sabina (2016) „Hier wie da wird geliebt“: Liebe als universales Phänomen in Verhandlungen zum Familienrecht. *GENDER* 8(1): 58–64.
- Smart, Carol (2007) *Personal Life. New directions in sociological thinking*. Cambridge: polity.
- Strauss, Anselm L. (1998) *Grundlagen qualitativer Sozialforschung*. München: Fink.
- Strauss, Anselm & Corbin, Juliet M. (1996) *Grounded Theory. Grundlagen Qualitativer Sozialforschung*. Weinheim: Beltz.
- Strübing, Jörg (2013) *Qualitative Sozialforschung. Eine komprimierte Einführung für Studierende*. München: Oldenbourg.
- Tyrell, Hartmann (1987) Romantische Liebe – Überlegungen zu ihrer ‚quantitativen Bestimmtheit‘, S. 570–599 in Baecker, Dirk, Markowitz, Jürgen, Stichweh, Rudolf, Tyrell, Hartmann & Willke, Hartmann (Hrsg.), *Theorie als Passion*. Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Tyrell, Hartmann (1988) Ehe und Familie – Institutionalisierung und Deinstitutionalisierung, S. 145–156 in Lüscher, Kurt (Hrsg.), *Die „postmoderne“ Familie. Familiäre Strategien und Familienpolitik in einer Übergangszeit*. Konstanz: UVK.
- Weibel, Fleur (2021) „Müsst ihr jetzt noch heiraten?“ Eine Betrachtung der besonderen Situation von homosexuellen Brautpaaren in der Schweiz, S. 100–123 in Wutzler, Michael

- & Klesse, Jacqueline (Hrsg.), *Paarbeziehungen heute: Kontinuität und Wandel*. Weinheim/Basel: Beltz Juventa.
- Wimbauer, Christine & Motakef, Mona (2017) Das Paarinterview in der soziologischen Paarforschung. Method(olog)ische und forschungspraktische Überlegungen. *FQS* 18(2): Art. 4.
- Wutzler, Michael (2020) „Für mich war das schon immer klar, dass wir eigentlich den Namen von meinem Mann an-nehmen“ – Inwiefern verhandeln heterosexuelle Paare die Bestimmung ihres Ehenamens? *FQS* 21(3): Art. 10.
- Wutzler, Michael (2021) Einleitung: Paarbeziehungen heute, S. 7–45 in Wutzler, Michael & Klesse, Jacqueline (Hrsg.), *Paarbeziehungen heute: Kontinuität und Wandel*. Weinheim/Basel: Beltz Juventa.
- Wutzler, Michael & Klesse, Jacqueline (2019) Übergänge in die Ehe: Paare zwischen Eigenständigkeit und familialer Bindung, in *Kongressband des 39. des DGS-Kongress 2019* „Komplexe Dynamiken globaler und lokaler Entwicklungen“.

Rezensionessay

Inga Markovits, Diener zweier Herren. DDR-Juristen zwischen Recht und Macht, Berlin: Verlag Ch. Links, 2020, 239 S., 20,-€

Besprochen von: **Hubert Rottleuthner**

<https://doi.org/10.1515/zfrs-2021-0007>

Bei der Beschäftigung mit dem Recht der DDR nach 1990 stand und steht die Justiz im Zentrum der Aufmerksamkeit. Das hängt wohl auch mit den zahlreichen Prozessen wegen Rechtsbeugung gegen Richter und Staatsanwälte der DDR zusammen. Weniger medial Aufregendes haben Rechtswissenschaft und Rechtswissenschaftler der DDR zu bieten. Aber so wie die Waldheimer Prozesse (1950) den Tiefpunkt in der Justizgeschichte der DDR markieren, so hat auch die Rechtswissenschaft in Gestalt der Babelsberger Konferenz (2./3. April 1958) ein absolutes Negativum in der Rechtsgeschichte der DDR zu bieten. Bei dieser Gelegenheit wurden die Rechtswissenschaftler auf Parteilinie gebracht.

Zu und von DDR-Rechtswissenschaftlern liegen (wenige) biographische und autobiographische Arbeiten vor. Was sie inhaltlich getrieben und publiziert haben, wurde z. T. aufgearbeitet (z. B. Heuer 1995 – und speziell zur Methodenlehre J. Schröder 2016). Dabei bleibt allerdings der politische Kontext einer Parteidiktatur ausgespart. Dem hat sich vor allem Karl A. Mollnau, selbst betroffener Akteur, nach 1990 zugewendet. Nun wartet I. Markovits mit einem originellen Ansatz auf. Unter der Schwelle politischer Steuerung taucht sie in die Welt der Akten der rechtswissenschaftlichen Fakultät/Sektion der Humboldt Universität zu Berlin (HUB) ein, um in der Atmosphäre des akademischen Alltags etwas über Systemtreue oder Widerständigkeit der dortigen Rechtswissenschaftler herauszufinden. Mit ihrem Buch konnte sie Außergewöhnliches erleben: Gleich zwei Rezensionen in der FAZ! Am 28. Juli 2020 von Uwe Wesel und am 20. Oktober 2020 von Anna Kaminsky. Jedoch übergehen diese Rezensionen zahlreiche sachliche Fehler und inhaltliche Mängel, die man nicht einfach ignorieren kann. Sie sollen im Folgenden detailliert dargestellt werden. Dem Buch hätte ein inhaltliches Lektorat gutgetan, wie ich in einem Anhang zu diesem Essay zeige.

Inhaltliche und methodische Vorbemerkungen

Die Verf. erhebt zwar Anspruch auf Wissenschaftlichkeit (9), sie verzichtet aber auf ein Literaturverzeichnis und eine Chronik; immerhin konnte der Verlag ihr ein Personenverzeichnis abgewinnen. Es gibt Endnoten mit Belegen. Für die meisten Behauptungen werden aber überhaupt keine Belege geliefert, insbesondere hat sie die Signaturen der Archivmaterialien, auf die sie ihre Untersuchung stützt, für sich behalten. Sie allein weiß, was passt (18).

Schauen wir uns zunächst ihre *Fragestellungen* an. Allgemein geht es darum, wie sich akademische Juristen in der DDR gegenüber den Erwartungen des SED-Regimes verhalten haben. Zur Beantwortung stellt Markovits drei „Erzählungen“ zusammen:

1. eine über Anpassung und willige Unterwerfung unter die Parteibeschlüsse (21–76),
2. eine zweite (77–130) über „mürrischen juristischen Eigensinn“ (20); im späteren Text (77) heißt es dann aber „mürrischen Gehorsam“ – was denn nun?
3. und schließlich (131–198) eine darüber, woran die Juristen an der HUB eigentlich glaubten – mit der These vom „Verschleiß des politischen Glaubens an den Sozialismus“ (131).

Dies seien „drei verschiedene Perspektiven“ (20). Es sind aber nicht drei Erzählungen über dieselben Ereignisse – also nicht „in Rashomon-Manier“ (19), wie sie meint, geschrieben –, sondern es geht um jeweils unterschiedlich ausgewählte Ereignisse. Nur selten taucht dasselbe Ereignis in mehreren Erzählungen auf: S. 39–88 (zur Kontrollmanie der SED); S. 59–104 (zur 3. Hochschulreform); S. 63–129 (zum Verhalten von A. Grandke).

Im letzten Teil (199–221) soll es um „*Schlussfolgerungen*“ gehen. Nur werden hier keine „Schlüsse“ aus dem Vorangehenden gezogen. Vielmehr wird nun der NS einbezogen, aber nicht die Rechtswissenschaftler im „Dritten Reich“, sondern vor allem die Justiz. Die DDR-Rechtswissenschaftler werden noch einmal aufgerufen in der Frage, ob sie einem Unrechtsstaat gedient haben (201). Dem Gebrauch dieses „Schimpfwortes“ schließt sich Markovits nicht an (201): „Jedenfalls war die DDR, auch als Nicht-Rechtsstaat, kein Staat, der Recht und Gerechtigkeit mit Füßen trat“ (202). Die DDR „bewegte sich auf den Rechtsstaat zu“ (211). Das wird bei einigen Unmut erzeugen, andere werden sich verstanden fühlen und ganz wenige werden vielleicht meinen Beitrag zum „Unrechtsstaat“ lesen ... (Rottleuthner 2020a). Das Bindeglied zur Betrachtung der akademischen DDR-Juristen besteht vielleicht darin, dass sie auch bei den NS-Richtern eine Eigengesetzlichkeit des Rechts am Wirken sieht: „Es waren nicht die Richter, die das Recht bewahrten, sondern das Recht und die damit zusammenhängende Verfahrensdis-

ziplin, die die Richter bei der Stange hielten.“ Das ist jedenfalls eine eigenartige Subjekt-Qualität, die hier „dem Recht“, das bei der Stange hielt, zugeschrieben wird.

Sie sucht nicht nach „rechtswissenschaftlichen Spekulationen, sondern nach dem tatsächlichen Einfluss (wenn es ihn denn gab), den Recht und Juristen auch in einer Diktatur haben können“ (199) – Einfluss worauf? Auf irgendwelche Stellen im Parteiapparat, auf die Bürger in ihrem Rechtsbewusstsein, auf die „wachsende Verrechtlichung“ (209)? „Die HUB-Juristen halfen, dem DDR-Recht wachsendes Gewicht zu geben“ (210).

Das Sample

Im Untertitel des Buches ist von „DDR-Juristen“ die Rede. Aber um die geht es in dieser Allgemeinheit nicht. Markovits möchte – wie für ihr „Lüritz“-Buch – ein „kleines und überschaubares“ Sample haben (16). Um die Rolle von Recht und Juristen in einer Diktatur zu ergründen, will sie eine „konkrete Gruppe von Juristen“ beobachten und diese Gruppe „ist die Juristische Fakultät [seit 1968 Sektion, H.R.] der Humboldt-Universität zu Berlin“ (14).

Diese Begrenzung ist sachlich aber nicht möglich und die Verf. hält sich auch selbst nicht daran. Rechtswissenschaftler gab es auch an *anderen Universitäten*, mit denen es Gemeinschaftsarbeiten gab (z. B. 122 ff.). – Häufig tauchen bei Markovits denn auch Mitglieder von anderen juristischen Fakultäten auf. Ausgerechnet bei denen findet sie „mutige juristische Rebellen“ (209/230, Fn. 106): Heinz Such, Karl Bönninger¹ (Leipzig), Wolfgang Bernet (Jena). Der häufig erwähnte Karl Polak war in Leipzig tätig. Was ist mit den Personen, die die Universität gewechselt haben? John Lekschas kam 1961 von Halle nach Berlin (168).

Eine zentrale Rolle spielte die *DASR/ASR*², die Markovits bei ihrem Thema eigentlich nicht aussparen kann. Die DASR war Leiteinrichtung der juristischen Fakultäten an den Universitäten, mit einem Prorektorat für Forschung als Kontrollinstanz. Von dieser Akademie wurde die wichtige Zeitschrift „Staat und Recht“³ herausgegeben (häufig mit Beiträgen von HUB-Juristen). An ihr war der öfters auftauchende J. Renneberg tätig, auch der vielfach genannte K.-H. Schöne-

1 K. Bönninger war nur 1956/57 an der HUB.

2 Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaften „Walter Ulbricht“ (seit 1953; Vorgänger war seit 1948 die Deutsche Verwaltungsakademie, seit 1950 mit dem Zusatz „Walter Ulbricht“), seit 1972/73 Akademie für Staats- und Rechtswissenschaften der DDR.

3 Die Neue Justiz (NJ) wurde herausgegeben vom MdJ, seit 1961 zusammen mit dem OG und der GSTA.

burg (zuvor in Halle, später an der Akademie der Wissenschaften, AdW). Es gibt zahlreiche falsche Zuordnungen: Dr. Armin Göllner (54) war kein „sozialistischer Juraprofessor“, sondern Dozent, und nicht an der HUB, sondern an der ASR.⁴ Mit dem „Kommissionsmitglied Weber, HUB“ (96f.) ist vermutlich Hans Weber, Dozent an der DASR, nicht an der HUB, gemeint. Ulrich Dähn (164) war nicht Strafrechtler an der HUB, sondern an der DASR.

Juristen an der *Akademie der Wissenschaften* (AdW) gehören eigentlich nicht zu „ihren Protagonisten“ von der HUB. Einige werden aber doch behandelt: allen voran Hermann Klenner, der am häufigsten genannte Jurist im gesamten Buch. Der wirft nun wirklich Probleme mit dem HUB-Sample auf. Er war nur von 1951 bis 1958 an der HUB tätig, davon lediglich seit 1956 als Professor mit Lehrauftrag, seit 1969 war er an der AdW beschäftigt.⁵ Klenner war kein „HUB-Jurist“ (179, mit Bezug auf 1968). Auch Karl A. Mollnau war seit 1973 an der AdW im Institut für Staats- und Rechtstheorie Leiter des Bereichs Rechtstheorie.⁶

Es gab Verbindungen zu *anderen Fakultäten/Sektionen an der HUB* (42ff.): in der HUB-Kreisleitung der SED saßen Vertreter verschiedener Fakultäten (75). Markovits geht näher auf die Situation bei den Gesellschaftswissenschaftlern an der HUB ein, speziell auf die Verfolgung von Saar/Crüger (142f.) – keine Juristen: Der Strafrechtsprofessor J. Lekschas war auch bei den Gesellschaftswissenschaftlern (1966 als Prorektor) tätig wie auch Erich Buchholz. Bei den Wirtschaftswissenschaftlern war der Jurist Horst Oertel beschäftigt.

4 Er wird als Einziger hervorgehoben, der (1985) aus der DDR zu flüchten versuchte. Zu dieser Zeit war er nicht an der ASR tätig, sondern persönlicher Referent von JM Hans-Joachim Heusinger. Die Sache flog auf, weil, wie nach 1990 herauskam, sein Neffe ihn an das MfS verraten hatte. Göllner wurde zu fast vier Jahren Haft verurteilt. Der Vorgang beschäftigte noch 1996 den BGH wegen einer Schadensersatzklage (der stattgegeben wurde). Die DDR verlassen konnte übrigens legal Wolfgang Seiffert, der sich immerhin an der HUB habilitiert hatte (bei Markovits aber nicht erwähnt wird) (zu ihm s. u. S. 153f.). Auch Karl Pfannenschwarz wird nicht erwähnt, immerhin von 1956–1967 Dozent, 1966 Professor für westdeutsches Strafrecht an der HUB, der 1967 in die BRD zurückging, die er nach dem KPD-Urteil 1956 verlassen hatte – mit einer weiterhin abenteuerlichen Biographie.

5 1951: Wahrnehmungsdozentur, 1952 Promotion an der HUB; 1956 Professor mit Lehrauftrag, Prodekan; nach „Babelsberg“ 1958 entlassen; 1960: Hochschule für Ökonomie (dort 1965 Habilitation), 1967–69 Akademie der Wissenschaften, Leiter der Arbeitsstelle für Rechtswissenschaft, 1969–1991 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentralinstitut für Philosophie der AdW. Im Juli 1990 wurde er Gastprofessor an der HUB.

6 1952–56 Studium der Rechtswissenschaft an der HUB, 1960 dort promoviert, ab 1968 Professor an der HUB für Staats- und Rechtstheorie.

Vor allem: Was war mit der *Sektion Kriminalistik an der HUB*? Sie wird bei Markovits nicht erwähnt. Seit 1968 gab es an der HUB diese Einrichtung als eine selbstständige Sektion (zuvor existierte bei den Juristen ein Institut für Kriminalistik), in der zuvor bestehende Einrichtungen in Leipzig, Halle und Jena gebündelt wurden. In ihr waren Juristen, Gesellschaftswissenschaftler, aber auch Naturwissenschaftler und Techniker tätig. Die dortigen Juristen sollten doch zu „ihren Protagonisten“ zählen: z. B. Hans-Ehrenfried *Stelzer*: Jurist, an der HUB promoviert, in der rechtswissenschaftlichen Fakultät Dozent, Leiter des Instituts für Kriminalistik 1957–68, danach bis 1989 Leiter der Sektion Kriminalistik. Oder: Axel *Römer* seit 1968 Prof. für Kriminalistik an der Sektion (er kam aus Halle). Kann man schweigen zu Heinz *Felfe*, dem Meisterspion, der 1969 gegen 21 Agenten ausgetauscht wurde; 1972 wurde er, nachdem er ein Studium an der HUB absolviert hatte, zum ao. Prof. an der Sektion berufen. Zu dieser Sektion gehörte auch Loni *Niederländer*, die als Soziologin unter Juristen eigentlich nicht zu ihrem Sample passt. Sie hätte aber erwähnt werden sollen mit ihren Arbeiten über Neonazis in der DDR (im Auftrag des MfS; s. Niederländer 1990a) und vor allem mit ihren Arbeiten nach 1990 zu Konfliktkommissionen, zur Klagebereitschaft in Zivilsachen und zur Rechtssoziologie in der DDR (Niederländer 1990b, 1990c, 1991). Das sollte eine „Law-&-Society-Historikerin“ (14), als die sich Markovits versteht, nicht vernachlässigen.

Die Sektion Kriminalistik kann man getrost als Außenstelle des MfS bezeichnen (das ja überdies die eigene „Juristische Hochschule Potsdam“ unterhielt). Viele ihrer Mitarbeiter waren Offiziere im besonderen Einsatz (OibE; Stelzer seit 1962). Dies weist auf eine weitere Leerstelle im Buch von Markovits hin: die nahezu völlige Ausblendung der Rolle des MfS in der DDR-Rechtswissenschaft. Ich habe zwar etwas gegen die furienartigen Bemühungen, überall „die Stasi“ zu wittern – die Rolle des Parteiapparates war viel wichtiger –, aber die Vernachlässigung des MfS bei Markovits kann man als skandalös ansehen. Dessen Aktivitäten werden kaum behandelt (187 ff. – sporadisch zu einzelnen Berichten: 150, 157 f., 170, 173, 176, 195 alles ohne Quellenangabe, zu verschiedensten Zeiten). Als Erklärung für diese Leerstelle liefert sie ihre Erfahrungen mit dem Archiv der Behörde des Bundesbeauftragten für die Stasi-Unterlagen: „Das BStU-Archiv ... war ein Alptraum für eine Forscherin“, (187). Aber da muss man als Forscherin durch.⁷ „Natürlich wird diese Beschreibung auch nicht annähernd dem Phänomen Staatssicherheit gerecht“ (190). Im Archiv hat sie einige, wenige IM-Karrieren gefunden (187 ff.).

⁷ Wie bei Eckert 1993; Kowalczyk 2010, darin zur Sektion Kriminalistik S. 537–541.

„Am längsten blieb Hermann Klenner auf seinem Posten als IM“ (188 f.). Wie lange, sagt sie nicht (bis zum Ende des MfS).⁸

Das Sample ist also ziemlich ausgefranst.

Nirgendwo finden wir eine Angabe zur Größe des Samples. Wie viele Professoren und sonstige akademische Lehrer gab es zu einer bestimmten Zeit unter den Juristen an der HUB? Es fehlt eine Namensliste, der man entnehmen könnte, welche Professoren für das Sample ausgewählt wurden und welche nicht (von den falschen Zuordnungen (s. o.) einmal abgesehen)⁹

Außerdem *fehlen* interessante Figuren unter den Rechtslehrern an der HUB: Linda *Ansorg* etwa war seit 1960 Dozentin für Zivil- und insbes. Familienrecht. Nichts zu Kurt *Schumann* (NDPD), bekannt, weil er es als NSDAP-Mitglied zum ersten Präsidenten des OG bringen konnte (von 1949–1960), danach war er zunächst an der DASR tätig, 1963–73 an der HUB (Professor für Zivilrecht). Was ist mit Karl Heinz *Röder*? Er war von 1958 bis 1965 an der HUB, als Assistent, Oberassistent und Dozent, promovierte 1963 dort und war seit 1972 Professor an der AdW.¹⁰ Der in westdeutschen Prozessen bekannt gewordene Rechtsanwalt Friedrich Karl *Kaul* wurde 1960 Professor an der HUB und war von 1965–1973/74 Direktor des neugegründeten Instituts für zeitgenössische Rechtsgeschichte. Es fehlt auch Tord *Riemann*, der als Mitarbeiter in der ZK-Abteilung Staats- und Rechtsfragen 1969 Honorarprofessor für Staatsrecht an der HUB wurde¹¹ – gehören Honorarprofessoren nicht ins Sample? Wie z. B. der Österreicher Eduard *Rabofsky*, Widerstandskämpfer gegen die Nazis, Mitglied des ZK der österreichischen KP; er wurde 1976 Honorarprofessor für Arbeitsrecht und Strafrecht (Dr. iur. seit 1948 und 1970 nochmals an der HUB promoviert). Was ist mit einem anderen Österreicher:

8 Klenner war Vertreter der DDR in der UN-Menschenrechtskommission. Als 1986 in Genf seine Mitgliedschaft in der NSDAP bekannt wurde, habe das MfS das Debakel dem Vertreter Israels zugeschoben (189). Klenner war am 20. April 1944 mit 18 Jahren der NSDAP beigetreten – eher wohl kollektiv zu Führers Geburtstag beigetreten worden. Walther (nicht Walter) Neye (von 1949–1966 Prof. für Zivilrecht an der HUB) war Mitglied der NSDAP seit 1933. Er brachte es bis zum Rektor der HUB 1952–57. Bei Markovits (26) heißt es nur „mit etwas undurchsichtigem politischen Lebenslauf“. Galt er deshalb als „lenkbar“ (30)? Zu einem weiteren NSDAP-Mitglied (Kurt Schumann) s. u.

9 Anonym bleibt ein „Juradozent“, dessen Kinder 1979 nach West-Berlin flüchteten, gegen den ein Parteiverfahren eingeleitet wurde und der sich im April 1980 das Leben nahm (193 f.).

10 Er war aktiv im Exekutivkomitee der International Political Science Association. Nach der Wiedervereinigung identifizierte ihn Klaus von Beyme als Offizier des MfS „in den höchsten Rängen“.

11 In diesem Jahr gab er mit Klaus Sorgenicht u. a. einen Kommentar zur Verfassung der DDR heraus.

Wilhelm Raimund *Beyer* (Dr. iur., Präsident der Hegel-Gesellschaft¹²), der 1967 an der HUB nebenamtlicher Professor mit Lehrauftrag für Theorie des Staates und des Rechts wurde?

Die Materialbasis

„Das Buch beruht weitgehend auf Archivforschung“ (7). Die Verf. gibt zwar an, welche Archive sie genutzt hat (9): Die Signaturen der Quellen habe sie „für sich selbst und für die Beantwortung etwaiger Nachfragen notiert“ (10). Das sollte in Methodenlehrbücher eingehen als neue Form der Intersubjektivität, sozusagen eine zu Lebzeiten und auf Anfrage. Wieso ihre Befunde auch bei Angabe der Fundstellen schwer überprüfbar wären (10), ist nicht nachvollziehbar. Selten bietet sie eine Endnote. Sie macht keine Angaben über die Arten des Archivmaterials. Konnte sie die Personalakten einsehen?¹³ Manchmal spricht sie einfach von „Akten“ (51, 96), „Ich entdecke in den Akten ...“ (195). Sie hat keine systematischen Archiv-Recherchen im oberen Parteiapparat durchgeführt (Näheres dazu noch weiter unten), sie will „unten“, im HU-Archiv forschen. Aber dann gibt es doch immer wieder Hinweise auf Akten aus den oberen Etagen des Parteiapparates oder des Ministeriums für Hoch- und Fachschulwesen.

Verwunderlich ist die Einschränkung, dass sie *kaum wissenschaftliche Veröffentlichungen* heranzieht. Das sei nicht hilfreich, weil zensiert und auch gelogen wurde (18) – aber dann benutzt sie doch Veröffentlichungen – höchst selektiv, wenn es irgendwie passt. Sie kann nämlich gleichwohl feststellen (201), dass die HUB-Juristen in ihren Schriften so viel Parteijargon, wie ihnen nötig erschien, verwendeten. Und sie meint feststellen zu können, dass die HUB-Juristen nicht „ideologiefähig“ waren, sondern „ideologieunbegabt“ (200) – gilt das auch für die Arbeiten zur marxistischen Rechtslehre von Klenner, Mollnau u. a.? Jedenfalls hat sie zumindest einen Blick in das Sachregister und das Autorenverzeichnis des Lehrbuchs des Staatsrechts von 1977 geworfen (185). Gelesen hat sie

12 Zum Hegel-Kongress in Moskau 1974 hatte er u. a. Berliner Juristen-Kollegen eingeladen: K.A. Mollnau, K. H. Röder, K. H. Schöneburg (alle von der AdW), W. Weichelt (ASR). Zum Kongress und insbes. zur Nichteinladung von Habermas s. <https://g-platzdasch.medium.com/die-reise-nach-moskau-fand-nicht-statt-b45475f894bc>; abgerufen 13.1.2021. Die Delegation wurde vom ZK-Sekretariat ausgewählt (Mollnau 2003, 435).

13 Dieter Simon weist in seiner Rezension des Markovits-Buches (<https://barblog.hypotheses.org/3749>) auf ein aus Gründen des Datenschutzes bislang unveröffentlichtes Lexikon der Rechtslehrer der DDR hin, für das die Personalakten ausgewertet wurden.

anscheinend doch einen Aufsatz von Heinz Püschel 1976 (70 ff., 106), weil es über diesen Aufsatz große Auseinandersetzungen gab.

Interviews hat sie auch durchgeführt: mit Klenner (Fn. 19, 75, 167), Will, Grandke (128 f., 195); auch mit Joseph? (74); Klein (Fn. 64, 148), Mollnau (147); mit dem ehemaligen Studenten Bernd Hohmann („nach der Wende“, 197). Oft werden die Namen nicht genannt, z. B. 59, 99, 104, 105, 148, 149, 193 – oder keine Quelle, z. B. für die Äußerung von Bönninger (der war in Leipzig, nur 1956/57 an der HUB) (190), über Polak (162); über IM-Kollegen (anonym, 190).

Psychologisierungen, Wertungen

Waren die HUB-Juristen „unzuverlässige Sozialisten“ oder „willige Diener des ‚Unrechtsstaats‘“ (17)? Markovits will etwas herausfinden darüber, woran „ihre Protagonisten“ glaubten, was ihre Überzeugungen waren, welche Werte sie verfolgten. Das sei wichtig für die Beantwortung der Frage, ob Juristen „Ungerechtigkeit und Willkür begrenzen können und wollen“ (149). Sie sieht durchaus, dass das methodisch schwierig ist. „Ich muss mich also auf Indizien verlassen“ (148). Nur auf welche denn? Selbstzeugnisse hält sie, mit Recht, für wenig glaubwürdig. Aus welcher Zeit sollten die auch stammen, wenn der „soziale Raum“, innerhalb dessen eine Biographie verständlich wird, zusammengebrochen ist wie nach 1989/90? Gleichwohl hat sie nach der Wende H. Klenner befragt (167) – aber nicht seinen Vortrag von 1992 berücksichtigt (Klenner 1993). Wie könnte man ex post die früheren Überzeugungen einer Person ermitteln? Generell: Wie kann man von Handlungen auf Einstellungen schließen? Wann lassen Äußerungen (mündlich, schriftlich) oder sonstige Handlungen keinen Schluss auf „zugrundeliegende“ Einstellungen, Überzeugungen zu? Wann handelt man gegen seine Überzeugungen? Was ist, wenn Handlungen aus Opportunismus erfolgten oder aus Angst (als Extremvarianten)? Und wie stellt man das fest? Viele Handlungen erfolgen aber gar nicht „aus Überzeugung“, sondern einfach deshalb, „weil man das so macht“, weil sich das so gehört, weil es schon immer so gemacht wurde etc. Wofür kann Schweigen ein Indiz sein (170)? Welche Schlüsse sind nach einem radikalen Systembruch erlaubt von dem danach gezeigten Verhalten auf die früheren Überzeugungen? Wo kamen die „abgewickelten“ Professoren unter? Welche Überzeugungen konnten sie noch in neuen Berufsfeldern, z. B. als Rechtsanwalt, pflegen? Was ist mit Hardlinern, die sich z. B. in der Politik (der PDS) engagierten; gab es Wendehälse? Wer konnte in einer akademischen Laufbahn verbleiben (mit welchen Überzeugungen)? Warum kann der Suizid von Gerhard Riege (Jena) (1992) betroffen machen?

Einer solchen Betrachtung der Nachwende-Einstellungen geht Markovits nicht nach. Vielmehr versucht sie die Akteure aus ihrer Zeit heraus zu verstehen.

Statt dabei methodisch nach „Indizien“ zu suchen, lässt sie in einem angenehm zu lesenden Plauderton ihrer Phantasie freien Lauf. Es wimmelt von Projektionen, Motivzuschreibungen und Wertungen. „Die Sprecher klingen wie Leute, die ihren Argumenten selbst nicht trauen“ (166). Auf welche Indizien verlässt sie sich hier? Sie erkannten die utopische Hoffnungen in Ulbrichts Plänen nicht; die Protagonisten „waren blind“ für Ulbrichts Streben (166). Sie scheinen Ulbrichts Zukunftspläne „gar nicht zu bemerken“ (167), „kaum Notiz genommen“ (169) zu haben. Alle wussten, dass x und y gelogen hatten (169). Es war „der Zwang zur Linientreue, der den intellektuellen Ehrgeiz und den Diskurs unter den Kollegen erlahmen ließ“ (170). „Ich sehe nicht, wo meine Protagonisten angesichts der Nähe West-Berlins den Elan für radikale Veränderungen hernehmen sollten“ (56) (für die Zeit nach Babelsberg bis August 1961). Wieso klingt ein Satz von 1968 „ehrllich“; wie „spürt“ sie „intellektuelles Feuer in den Worten“. Von Engagement war für sie „nicht viel zu spüren“ (180). Wie kann sie auf „Angst“ und „Ärger“, „Furcht“, „Respekt“ schließen (185f.)? Was mag ihnen „klar geworden“ sein (186)? Sie stellt einfach Vermutungen in den Raum: „Ich kann mir nicht denken, dass bei der Diskussion viel herauskam“ (154). Sie hält sich an Sitzungsprotokolle über „Debatten“ (177) und ist dann in der Lage einzuschätzen, für welche Äußerung jemand „Mut“ gebraucht habe (178). Unter Honecker wollten „die Humboldt-Juristen endlich selbst nachdenken, ihre eigene Arbeit tun, sich einen Namen machen, auch einmal glänzen können“ (119). „Bei manchen Themen muss ich mehr spekulieren als bei andern“ (187) – In der Tat.

Nach diesen methodischen Präliminarien gehe ich auf die folgenden inhaltlichen Mängel ein:

- Die Gegenüberstellung der „zwei Herren“ Recht und Macht zeigt einen unreflektierten Umgang mit dem anderen Rechtsverständnis sozialistischer Juristen.
- Die Fokussierung auf die Funde im Archiv der HUB reicht nicht für eine Analyse der Rolle der Rechtswissenschaftler im Machtgefüge einer Parteidiktatur aus.
- Die „akademische Kultur“ in der DDR bleibt unterbelichtet.
- Leider ganz unsystematisch ist die Beschreibung von Reaktionen (und Nicht-Reaktionen) der Rechtswissenschaftler auf Ereignisse, an denen sich ihre politische Loyalität feststellen ließe.

DDR-Juristen zwischen Recht und Macht?

Die Gegenüberstellung der zwei Herren „Recht und Macht“ ist unreflektiert bei der Analyse marxistischer Rechtslehrer. Marxisten hatten Recht in bürgerlichen Gesellschaften nicht nur als passiven „Ausdruck“ einer ökonomischen Basis gedeutet, sondern, sobald sie politisch aktiv wurden, als Ausdruck des Willens der herrschenden, zunächst die Kommunisten beherrschenden, Klasse. Mit Erringung der Staatsmacht durch kommunistische Parteien, spätestens mit Stalins „Der Marxismus und die Fragen der Sprachwissenschaft“ von 1950 (erwähnt Markovits selbst S. 85 – interpretiert sie aber nur im Kontext der Verwendung noch bürgerlichen Rechts in einer Gesellschaft, die eine sozialistische werden soll) wird der politisch-rechtliche Überbau angesehen als „eine äußerst aktive Kraft, wirkt er aktiv an der Formung und Festigung seiner Basis mit, ergreift er alle Maßnahmen, um die neue Ordnung zu unterstützen und die alte Basis und die alten Klassen zu beseitigen“. Rechtsnormen aller Art sind Instrumente des jeweiligen Machthabers zur Erreichung bestimmter Ziele. Ein solches instrumentelles Rechtsverständnis war vorherrschend in der DDR. Das sozialistische Recht war die Verkörperung der Macht der Arbeiterklasse.¹⁴ Wenn Recht als Instrument des jeweiligen Machthabers verstanden wird, läuft eine Gegenüberstellung von Recht und Macht leer. Aufgabe des Juristen kann es dann eigentlich nur noch sein, taugliche rechtliche Instrumente zur Erreichung politisch erwünschter Ziele zu finden. Im Zentrum der Rechtswissenschaft müssten Effektivitäts- und Implementationsforschung stehen. Dogmatische Auslegungs- und Systematisierungsfragen werden sekundär.

Schief sind Gegenüberstellungen von Recht/Partei (89), Jurist/Genosse oder Beruf/Partei: „Zu allen Zeiten stand ihnen ihr Beruf näher als die Partei“ (201). Wieso sollte es denn einen Zwiespalt zwischen den Anforderungen des Berufs und den Parteibeschlüssen geben (18)? Alle Jura-Professoren waren SED-Mitglieder (148). Markovits sagt, dass es selbst unter Honecker „dem DDR-Recht immer noch um die Durchsetzung von Parteibeschlüssen“ (205) ging. Allerdings ging es nicht einem anonymen „DDR-Recht“ darum, sondern bestimmten Akteuren.

Hilfreich ist Bd. 1 der Serie „Recht in unserer Zeit“¹⁵ (1976) mit dem Titel „Macht und Recht – Einheit oder Gegensatz?“ (den Band führt sie selbst S. 207 an). Oder auch der Band von 1980: Siegfried Wietstruk „Neue Macht schafft neues Recht“.

¹⁴ Autorenkollektiv 1986, S. 26. – Die Zitate ließen sich häufen, z. B.: „Rechtsnormen (sind) Hilfsmittel bei der Durchsetzung der Funktionen des Staates“ (Klenner 1954, S. 41).

¹⁵ Die Serie wurde vom Staatsverlag gemeinsam mit der Urania herausgegeben.

Eine Diskrepanz zwischen Recht und Macht würde auftauchen – und das hat z. B. Radbruch 1945/46 nach den Erfahrungen mit dem NS deutlich gemacht –, wenn die Machthaber „gesetzliches Unrecht“ erlassen oder wenn sie gegen ihre eigenen Gesetze verstoßen.¹⁶ Dann müsste man fragen, ob DDR-Rechtswissenschaftler Kritik an (extrem ungerechten?) Rechtsnormen geübt haben: z. B. an Art. 6 der Verfassung von 1949 („Boykotttätze“), weil der Begriff viel zu schwammig sei und weil im Gesetz keine Rechtsfolge/Sanktion angeordnet war. Hierzu stellt Markovits fest, dass sich die Rechtslehrer der HUB dafür „nicht interessierten“ (38). Wie kann sie das sagen, wenn sie eventuell dazu vorhandene Literatur ausdrücklich nicht heranzieht?

Haben Juristen gegen die Abschaffung der Verwaltungsgerichte 1952 protestiert, obwohl diese in der Verfassung vorgesehen waren? Gab es Zweifel an Bestimmungen im StGB-DDR (§ 213: ungesetzlicher Grenzübertritt, § 249: Asozialität), am Grenzgesetz (§ 27 II 1 zum Schusswaffengebrauch) oder an der Verordnung über die Aufenthaltsbeschränkung vom 24. August 1961, mit der die unbefristete Aufenthaltsbeschränkung von Robert Havemann begründet wurde – oder war deren Anwendung rechtswidrig, also ein Verstoß gegen eigene Normen?¹⁷ Solche Verstöße gegen eigene Gesetze aufzuzeigen war nicht Sache der DDR-Rechtswissenschaftler; das blieb der Strafverfolgung nach 1990 vorbehalten: Gewalttaten an der Grenze, Wahlbetrug, Korruption, Rechtsbeugung, Doping, Misshandlungen in Haftanstalten etc.

Die HU-Juristen als „Positivisten“ zu bezeichnen ist abenteuerlich (100) – weil sie begriffliche Genauigkeit, Vorhersehbarkeit des Rechts schätzten, sich am Wortlaut orientierten. Was hätte wohl ein DDR-Rechtswissenschaftler dazu gesagt?

Um eine nicht-instrumentelle Rechtskonzeption ging es in den immer wieder aufkommenden Diskussionen um einen „sozialistischen Rechtsstaat“ (vgl. dazu Sieveking 1975). Von diesen für ihr Thema doch zentralen Diskussionen ist bei Markovits nichts zu lesen. Wurden sie nur in Veröffentlichungen („zensiert und gelogen“) geführt oder tauchten sie in „den Akten“ tatsächlich nicht auf? „Rechtsstaat“, insbesondere die damit verbundene Lehre von der Gewaltenteilung, galt als bürgerliches Relikt. Aber dann erklärte das Politbüro auf seiner Sitzung vom 20. November 1962 die DDR zum „deutschen Rechtsstaat“; er übe Gerechtigkeit

¹⁶ Frage: warum gab es in der SBZ/DDR keine Naturrechtsdiskussion wie in Westdeutschland?

¹⁷ DDR-Juristen hätten mit der üblichen juristischen Distinktionsfreude darauf hinweisen können, dass die Verordnung nur eine Aufenthaltsuntersagung erlaubte, aber nicht die Zuweisung eines Aufenthalts an einen bestimmten Ort. Zur VO über die Aufenthaltsbeschränkung s. etwa das LG Frankfurt/Oder im Havemann-Verfahren, in Rottleuthner 1999, S. 196 f. Das Gericht stellte fest, dass solche Überlegungen von den damals beteiligten Juristen gar nicht angestellt wurden.

gegenüber jedermann, achte und sichere „Freiheit, Gleichberechtigung und Menschenrechte seiner Bürger“ (Mollnau 2003, 162). Sehr spät durfte Günter Sarge (1986, 350), just zum (letzten) Präsidenten des Obersten Gerichts der DDR gekürt, 1986 verkünden „Die DDR – ein wahrhafter Rechtsstaat“. Im Juni 1988 stellte das 6. Plenum des ZK der SED fest, dass die DDR ein „sozialistischer Rechtsstaat“ sei (bei Markovits taucht dieses Ereignis überraschend S. 115 auf). Das durften dann Erich Buchholz (HUB) und Karl A. Mollnau (AdW) (1988) noch im selben Monat im Neuen Deutschland erläutern – und zwar im Auftrag des stellv. Leiters der ZK-Abteilung Wissenschaften Gregor Schirmer (Mollnau 2003, 675): „Sozialistische Rechtsstaatlichkeit heißt, der Staat ist in seiner Tätigkeit den von ihm selbst geschaffenen Gesetzen unterworfen, solange sie in Kraft sind“.¹⁸ Auf einer Tagung am 2. Juni 1989 schloss Karl A. Mollnau (1989) die Debatte ab: „Sozialistischer Rechtsstaat (Versuch einer Charakterisierung)“. Nun galt Recht auch als „Maß der Macht“. Gleichwohl bestand er darauf, dass der „Begriff ‚Rechtsstaat‘ keine Alternative zum Begriff ‚Machtstaat‘, sondern eine Unterkategorie von Machtstaat ist, denn es gibt keinen Staat, der nicht auch über Macht verfügt, also Machtstaat ist.“ (Mollnau 1989, 397). Damit machte er zum Ende der DDR noch einmal deutlich, dass es kein „Zwischen“ Recht und Macht gibt.

In meinen Akten finde ich das Protokoll¹⁹ einer bemerkenswerten Sektions-Sitzung vom Mai 1971, kurz nachdem Erich Honecker als Nachfolger Ulbrichts Erster Sekretär des ZK der SED geworden war. Ein Professor des Staatsrechts, der vielleicht Morgenluft gewittert hatte, fragte die Runde, ob man eher der Macht oder dem Recht dienen solle. Ein Kollege riet ihm daraufhin, die psychologische Beratungsstelle aufzusuchen; der Direktor der Sektion empfahl ihm, Urlaub im Erholungsheim der Universität zu nehmen; er würde das befürworten. Den Unterlagen ist nicht zu entnehmen, ob die Angelegenheit auf der Parteischiene nach oben weitergereicht wurde.

Kein Sinn für Machtstrukturen in einer Diktatur

Markovits will in „Bodennähe“ der Gesellschaft bleiben (16). Anscheinend verspricht sie sich von einer Betrachtung des Alltags, der Normalität in den unteren Sphären einen großen Erkenntnisgewinn (wie in ihrem „Lüritz“-Buch, das aus

¹⁸ In der Abteilung Staats- und Rechtsfragen beim ZK der SED wurden Ende 1988 „Überlegungen zum sozialistischen Rechtsstaat DDR“ angestellt von Klaus Heuer (1988); in „Staat und Recht“ schrieb Michael Benjamin (1989) von der ASR „Zum sozialistischen Rechtsstaat“.

¹⁹ Die Signatur habe ich für mich selbst und für die Beantwortung etwaiger Nachfragen notiert.

der Betrachtung des kleinen Kreisgerichts Wismar Aufschluss über die DDR-Justiz zu gewinnen versprach). Nun hat sie als ihren neuen Mikrokosmos die juristische Fakultät der Humboldt Universität erkoren. Markovits hat etwas gegen die Betrachtung der „SED-Spitze (Politbüro und Zentralkomitee), wo Archivbesucher die schlimmsten Machtmissbräuche des Systems vermuten“ (16). Solche Vermutungen könnte man überprüfen.²⁰ Aber Markovits hat kein Interesse an einer genaueren Analyse der Machtstrukturen des Partei- und Staatsapparates.²¹ Nur ganz kurz erwähnt sie die Hierarchie von der Grundorganisation der SED, dem Parteisekretär einer Fakultät über die Kreisleitung der SED an der HUB hinauf zu den ZK-Abteilungen Wissenschaften (Markovits schreibt stets und falsch „Wissenschaft“²²) und Staats- und Rechtsfragen, „von denen die Juristen abhängig waren“ (60). In diesem „Spinnennetz von Parteiorganisationen“ fand der „Arbeitsalltag der HUB-Juristen“ statt (61). Es ist eine große Abstraktionsleistung, von diesem „Spinnennetz“ abzusehen. Wie kann man Konformität und Loyalität von Rechtswissenschaftlern gegenüber „der Partei“ untersuchen, ohne diese Abhängigkeiten in den Blick zu nehmen?

Markovits schreibt durchweg nur „die Partei“, ihr geht es um das Verhältnis der Juristischen Fakultät der HUB „zur Partei“, dauernd gibt es „die SED“, „das ZK“ (A. Grandke wurde 1985 „ins ZK“ beordert (128)). Das ist unterbestimmt. An der Spitze der SED stand das Politbüro des ZK, darunter das ZK-Sekretariat; die einzelnen ZK-Sekretäre waren zuständig für einzelne ZK-Abteilungen mit einzelnen Sektoren (für den Bereich der Rechtswissenschaft waren das vor allem die beiden genannten Abteilungen). Und dann gab es noch das ZK-Plenum (das allerdings keine konkreten Steuerungsmaßnahmen wahrnahm).

Unverständlich ist, dass Markovits Veröffentlichungen nicht (ernsthaft) zur Kenntnis nimmt, die sich mit dem Verhältnis von Politbüro, ZK-Sekretariat, ZK-Abteilungen und Rechtswissenschaft befassen. 1996 erschien die von R. Dreier/J. Eckert/K. A. Mollnau/H. Rottleuthner herausgegebene Dokumentation zur Rechtswissenschaft in der DDR während der Ulbricht-Ära.²³ Die Recherche und Kommentierung stammte vor allem von Karl A. Mollnau. Der hat dann 2003/2004 zwei Bände im Rahmen des Projekts „Normdurchsetzung in osteuropäischen Nach-

20 Im Politbüro wurden doch nicht dauernd Missbräuche ausgeheckt, z. B. Todesurteile bestätigt. Bereits in dem von mir verantworteten Band „Steuerung der Justiz in der DDR“ (Rottleuthner 1994) habe ich die justizbezogenen Themen, die im PB behandelt wurden, zusammengestellt (S. 589 ff.).

21 Das hatte ich bereits in meiner Rezension ihres „Lüritz“-Wismar-Buches moniert (Rottleuthner 2007).

22 Einmal heißt sie auch „Abteilung ZK-Wissenschaft“ (102).

23 Wer an der Struktur der Steuerung der Rechtswissenschaft interessiert ist, lese die dortigen S. 29–32.

kriegsgesellschaften (1944–1989)“ zusammengestellt zu „Recht und Juristen im Spiegel der Beschlüsse des Politbüros und des Sekretariats des Zentralkomitees der SED“ für die Zeit von 1958–1989. In diesen beiden Bänden sind Dokumente der beiden ZK-Abteilungen nicht enthalten; man kann nur Arbeitsaufträge und Vorlagen an sie und von ihnen erschließen. Die beiden Bände von Mollnau tauchen bei Markovits nicht auf. Die nur sporadische Erwähnung²⁴ des früheren Bandes von Dreier u. a. ist nicht nachvollziehbar; bei vielen Themen, die Markovits anspricht, hätte sie auf die in dem Band versammelten Dokumente hinweisen können²⁵, z. B. zur Babelsberger Konferenz 1958²⁶, zu den sog. „Erbe-Thesen“, ein Thema,

24 Zunächst zu den gelegentlichen (meist ungenauen) Erwähnungen des Bandes: Ein bedeutungsloses Polak-Zitat wird wiederholt (S. 80, 107) dem Buch entnommen. Bei Markovits S. 45 (Fn. 21): „das ZK“ habe 1956 den Druck eines Klenner-Aufsatzes verhindert. – Das geschah auf einer Sektorenleiterbesprechung der ZK-Abt. Staatliche Organe (Vorgängerin der ZK-Abt. Staats- und Rechtsfragen). S. 96 (Fn. 48): kurz aus einer Information der Abt. Staats- und Rechtsfragen an den (von Markovits nicht genannten) Vorsitzenden der Ideologischen Kommission beim PB des ZK der SED (1962); die Angabe einer Fn. 23 ist falsch. S. 167 (Fn. 86): aus demselben Dokument, von Markovits nicht datiert; die Seitenangabe Dreier u. a. S. 341–353 ist ungenau; das Dokument reicht bis S. 363; das Zitat stammt von S. 353. Das ist auch schon alles, was sie dem Buch entnimmt.

25 Das Zitat auf S. 162 (das sie der ZK-Abt. Wissenschaft(en) zuschreibt), findet sich bei Dreier u. a., S. 258 (als Dokument der ZK-Abt. Staats- und Rechtsfragen). S. 51 erwähnt sie ein undatiertes Papier der ZK-Abt. Wissenschaft(en), das sie „in den Akten“ gefunden hat. Das Zitat wiederholt sie auf S. 162 – immer noch der Abt. Wiss. zugeschrieben. Sie hätte es bei Dreier u. a. finden können S. 252 ff. (das Zitat dort auf S. 258), datiert auf den Mai 1958, aber produziert von der Abt. Staats- und Rechtsfragen (die im Papier Wert auf die „Zusammenarbeit mit den Genossen der Abteilung Wissenschaften“ legte, dort S. 253). „Aus den Akten“ entnimmt sie Äußerungen von Sorgenicht an der DASR (also nicht in ihrem Feld der HUB) vom Mai 1966 (178). Die hätte sie entnehmen können Dreier u. a., S. 443. Zum Brief von R. Arlt, Rektor der DASR, an Sorgenicht vom 9. Dezember 1967 (69) – wieder weit entfernt von ihrem HUB-Kosmos –, hätte sie mehr finden können bei Dreier u. a. S. 453.

26 (47 ff.). Der Partei-Hintergrund wird aber unzureichend aufgehehlt. Die Konferenz war nicht vom PB, sondern vom gerade neu zusammengesetzten Sekretariat des ZK initiiert worden (Dreier u. a., S. 146 ff.) und dann von der ZK-Abt. Staats- und Rechtsfragen vorbereitet worden in Kooperation mit der DASR. Das Sekretariat des ZK wird bei Markovits in diesem Zusammenhang nur kurz erwähnt (46). „Die Berliner Kollegen“ hätten Annemarie Helmbrecht zu den Artikeln (die sie nicht selbst geschrieben haben konnte) gegen Klenner im ND und in Staat und Recht bewegt (46). Das sind Spekulationen. Wer hatte denn Zugriff auf die beiden Medien? „Ein Post-Babelsberg-Papier der ZK-Abteilung Wissenschaft[en], das undatiert in den Akten liegt“, hätte sie in Dreier u. a. datiert (Mai 1958) als Entwurf der ZK-Abt. Staats- und Rechtsfragen finden können (das Zitat auf S. 258). Eine „Kommission“ habe ein „Parteiverfahren“ nach Babelsberg gegen Klenner, Graefrath und Heuer durchgeführt (51 f.). Zur Bezirkspartei kontrollkommission der SED, die über das Verhalten der drei befand, s. Dreier u. a., S. 220 ff.

das die DDR-Rechtswissenschaftler beginnend 1962 beschäftigt hat.²⁷ Über die Erbe-Thesen kam es zum Konflikt zwischen der Abteilung Wissenschaften und der Abteilung Staats- und Rechtsfragen (173 f.).²⁸ „Die Abteilung Staats- und Rechtsfragen gewann. Der politische Zeitgeist war auf ihrer Seite“ (174). Das ist eine dürftige Erklärung. Dies wäre der Punkt gewesen, der Eigentümlichkeit nachzugehen, dass zwei ZK-Abteilungen für die Anleitung der Rechtswissenschaft zuständig waren: wer waren jeweils die Leiter der Abteilungen? Wer waren die zuständigen ZK-Sekretäre?²⁹ Strukturell war die Abteilung Staats- und Rechtsfragen in der Vorhand, weil sie die DASR/ASR als „Leiteinrichtung“ der Rechtswissenschaft³⁰ mit der Zeitschrift „Staat und Recht“ lenkte. Sorgenicht hatte stets einen direkten Draht zu Ulbricht (s. Dreier u. a., S. 467 ff.).

Eine Kontroverse gab es 1968 auch zum geplanten Lehrbuch zur marxistischen Rechtstheorie von Klenner/Mollnau.³¹ Man kann an diesem Vorgang gut demonstrieren, was eine Betrachtung des unteren Mikrokosmos nicht erbringen kann: den beiden verhinderten Autoren war dieses Geschehen auf der oberen Parteiebene (ZK-Abteilung Staats- und Rechtsfragen und Ulbricht persönlich) nicht bekannt. Es macht doch gerade den Charakter einer Diktatur aus, dass „die unten“ allenfalls errahnen können, was „die oben“ entschieden haben.³²

27 Bei Markovits 172 f., ohne Dreier u. a. zu erwähnen, wo der Vorgang (S. 321–372) sehr ausführlich dokumentiert wird.

28 Einen weiteren Konflikt beider Abteilungen in den Jahren 1958/59 erwähnt Markovits auf S. 53, ohne aber diesem politisch und organisationstheoretisch interessanten Punkt näher nachzugehen.

29 Leiter der ZK-Abteilung Staatliche Organe (so benannt seit 1955), ab 1957 Staats- und Rechtsfragen, war von 1954 bis 1989 Klaus Sorgenicht (Abberufung 22. November 1989); für die Abteilung waren als Sekretäre im ZK-Sekretariat zuständig: Ulbricht bis 1958, Gerhard Grüneberg (ab 1958, ab 1966 Mitglied des PB), später Honecker und Krenz (dieser ab 1983). Leiter der ZK-Abt. Wissenschaften war Kurt Hager 1952–1955, dann Johannes Hörnig bis 1989 (Rücktrittsgesuch am 16. November 1989; s. Mollnau 5.1, S. 740). Kurt Hager war 1955–1989 als Sekretär des ZK verantwortlich für Wissenschaft, Volksbildung und Kultur. 1959 wurde er Kandidat, 1963 Mitglied des PB und Leiter der Ideologischen Kommission des PB. Für die Rechtswissenschaft war auch noch die Abt. Sicherheitsfragen relevant (s. Mollnau 5.1, S. 172) (Lt. 1958–1972 Walter Borning; Herbert Scheibe bis 1985; danach Wolfgang Herger bis 1989).

30 Grundlage war ein Beschluss des PB vom 15. Oktober 1968 zum System der Planung und Leitung der gesellschaftswissenschaftlichen Forschung; s. Mollnau 2003, 321 ff. und Dreier u. a. 1996, 453 ff.

31 Bei Markovits S. 69 klingt das so, als habe sie die „Daten der Debatte“ entdeckt. Man konnte sie schon finden bei Dreier u. a. S. 472 ff. (die Vorgeschichte S. 453 ff.). Warum führt sie eine Äußerung von Justizminister Wünsche zur Ablehnung des Lehrbuchs an (178) und nicht die Dokumentation in Dreier u. a. mit dem viel gewichtigeren Papier von GStA Streit?

32 Es war etwa das PB, das am 15. Oktober 1968 die Auflösung der „Arbeitsstelle für Rechtswissenschaft“ an der Akademie der Wissenschaften, dessen Leiter Klenner seit 22. März 1967

Kaum etwas zur akademischen „Kultur“

Selbst wenn man auf der unteren Ebene der Fakultät/Sektion verharret, bleiben viele Aspekte des akademischen Alltagslebens unerwähnt. Es fehlt an Basis-Daten zur Rechtswissenschaftlichen Fakultät/Sektion Rechtswissenschaft an der HUB. Wir erfahren nichts über die Anzahl der Professoren.³³ Genannt wird nur eine Zahl der Dozenten für 1962: 49 (101), zwei habilitiert, 23 mit einem Dr. iur. und 24 ohne Titel. Die Zahl der Studierenden wird nur für 1946/47 genannt: 358 und für 1947/48: 495. 1984/85 habe es zwei ausgebildete Juristen pro 100.000 der Bevölkerung in der DDR insgesamt gegeben (17). Gemeint ist wohl der Bestand (das wären ca. 4.000), nicht der Output; rund 220 Juraabsolventen der HUB habe es gegeben (197) – ohne Nennung des Jahres. Die Zulassung sei „sorgfältig geplant“ gewesen (197), mehr nicht – nichts zur Delegation, nichts zur (frühen) Parteimitgliedschaft. Über die Lehrinhalte verliert Markovits kaum ein Wort: ein Lehrplan von 1946 (79), eine neue Gliederung des Studienplanes 1963 (58). Dabei könnte doch der akademische Kontext (ich bin zurückhaltend von akademischer „Kultur“ zu sprechen)³⁴ eine Reihe relevanter Variablen liefern zur Erklärung der Konformität, der Loyalität der Rechtslehrer. Systematisch könnte man behandeln: die Sozialisation, die Karrierewege von Hochschullehrern, ihre Berufszufriedenheit (das Prestige, die Gratifikationen), Disziplinierungen, Konformität durch Verunsicherung und Alternativlosigkeit.

Betrachtet man die Muster der akademischen *Sozialisation*, die typischen Karriereverläufe eines Rechtswissenschaftlers in der DDR, so wäre es erstaunlich, wenn das Ergebnis nicht in einer hochgradigen Konformität mit dem System bestünde. Hätte sich die Autorin einmal systematisch die Biographien „ihrer Protagonisten“ angeschaut³⁵, wären ihr eine Reihe von Fehlern nicht

war, beschloss, veranlasst durch die Abt. Staats- und Rechtsfragen (s. Dreier u. a., 448 f., Mollnau 5.1, 323 f.). Das wird bei Markovits (68 ff.) nicht korrekt dargestellt.

33 Auch nicht der Professorinnen (die damals nicht so bezeichnet wurden). Es tauchen im Lehrpersonal auf (nicht immer als Professorinnen): Hilde Benjamin (Lehrauftrag), Anita Grandke, Annemarie Helmbrecht (Ass.), Edith Oeser, Wera Thiel, Rosemarie Will (Prof. seit 9/89), Helene „Lola“ Zahn. Nicht erwähnt werden: Linda Ansorg (Dozentin) und Loni Niederländer (Soziologin in der Sektion Kriminalistik).

34 S. dazu Jessen 1999; den führt sie auch an (47), allerdings mit einem schiefen Zitat: dass es bei der Babelsberger Konferenz um eine Gleichschaltung der *Justiz* gegangen sei, auch noch S. 94.

35 Für einige wenige finden sich bei Markovits dürftige Angaben auf S. 132f. Kurzbiographien finden sich z. B. bei Will 2010; s. auch Schröder/Bär 1996, zur DDR: 456–465. Ansonsten ist man angewiesen auf Breithaupt 1993. Hinweise enthalten auch die Arbeiten von Mollnau nach 1990.

unterlaufen.³⁶ Und es wäre ein Muster in den Karrieren deutlich geworden: bei der Ernennung zum Professor handelte es sich fast immer um „Hausberufungen“. Die Schienen für die Lebensbahn waren gelegt: zum Jurastudium wurde man delegiert (vom Betrieb, vom Justizministerium, auch vom MfS); es erfolgte eine Verpflichtungserklärung; die späteren Professoren der HUB hatten fast alle schon dort studiert, wurden dort „Aspirant“ und gegebenenfalls promoviert, waren Assistenten, Oberassistenten, habilitierten sich (ab 1968 war die Abfolge eine A- und B-Dissertation). Sie wurden Wahrnehmungsdozent/Dozent, weiter konnte es dann gehen als Professor mit Lehrauftrag. Schließlich (was „sehr lange“ dauerte (101)) erklimmte man die Position eines ordentlichen Professors und konnte dann vielleicht Direktor eines Instituts werden und/oder Dekan der Fakultät, ab 1968 Direktor der Sektion.³⁷ Es gab also kräftige Hierarchien. Gab es noch Reste einer Ordinarienuniversität, verdeckt unter dem Prinzip der „Einzelleitung“?

Die Mitgliedschaft in der SED war unter den Jurastudenten besonders hoch (für 1980 teilt Markovits (74) die Zahl von ca. 84 % mit). Alle Dozenten seien Genossen gewesen (148). Aber wie war das Verhältnis von Kollektivität und Kollegialität?

Unklar bleibt, wer über die Zulassung zur Promotion und die Wahl des Themas bestimmte (nur für Anfang der 50er Jahre ein knapper Hinweis auf S. 36). Wie wurde man zur Habilitation zugelassen und vor allem: Wer entschied über die Ernennung zum Professor? Hatte die Fakultät/Sektion ein Vorschlagsrecht? Welcher Nomenklaturstufe gehörten Professoren an, d. h. auf welcher Stufe der Parteihierarchie wurde über eine Ernennung entschieden?³⁸ Gab es Konflikte um Berufungen?

36 Zusätzlich zu den bereits oben genannten: Helene „Lola“ Zahn (150) habe nach dem 17. Juni 1953 „Ärger gekriegt“. Seit 1949 an der HUB erhielt sie 1955 einen vollen Lehrauftrag und wurde 1957 (wohl in der Folge der Reaktionen auf den XX. Parteitag der KPdSU) entlassen. Hans Peters (82) habe noch 1971 in einem Interview gesagt ... (mit wörtlichem Zitat ohne Beleg). Das Interview muss wohl aus dem Jenseits erfolgt sein, Peters starb nämlich 1966. Joachim Hemmerling (102) wurde 1963 nach erfolgloser Habilitation nahegelegt zu gehen, er kehrte aber 1973 als Professor für Neuerrecht zurück (und war bis 1990 Präsident des Amtes für Erfindungs- und Patentwesen). Günter Puls (120, 184) war 1984 kein Professor, er war noch Dozent und wurde 1986 zum ao. Prof. berufen. Peter Kurzhals (196) war (1981) kein Professor, sondern Oberassistent.

37 Ausnahmen sind John Lekschas, der von Halle nach Berlin kam (168). Nicht erwähnt wird Walter Hennig: 1962 Prom. in Halle, dann 1963 Wahrnehmungsdozent in Jena, 1977 wurde er ao. Prof. für Strafrecht an der HUB.

38 Der Rektor der DASR und der Direktor des staats- und rechtswissenschaftlichen Forschungsinstituts der DASR gehörten zum Nomenklaturkader des ZK-Sekretariats (Mollnau 2003, 178).

Die Konformität einer Profession lässt sich durch einen hohen Grad der *Berufszufriedenheit* sichern. Auch dazu schweigt die Verf. Wie hoch war das Einkommen der Professoren, wie hoch waren die Lehrverpflichtungen? Wie hoch war das Sozialprestige, welche Rolle spielte das Motiv des Reputationsgewinns bei der akademischen Produktivität? Oder wären solche Frage in einer graumäusigen Gesellschaft unsinnig? Möglich sollte aber die Frage sein, wie man mit der Berufskrankheit von Professoren, dem akademischen Narzissmus, umging?³⁹ Nur einmal kommt Markovits darauf zu sprechen: aus Grandkes Rückzug einer Publikation 1985 meint Markovits folgern zu können, dass ostdeutsche Rechtswissenschaftler weniger „eitel“ waren als die westdeutschen Kollegen (129). Die „akademische Reputation“ sei weniger wichtig gewesen. Ansonsten spricht sie ganz allgemein von Ambitionen, Eitelkeiten, Geltungssüchten, Verletzlichkeiten etc. in einer Fakultät (104), ohne, dass sie in „ihren Akten“ etwas dazu fände.

Mit welchen Anreizen oder Belohnungen wurde gearbeitet? Es gab alle möglichen Auszeichnungen, für „ihre Protagonisten“ nicht gerade den Vaterländischen Verdienstorden, aber diverse Verdienstmedaillen und den Nationalpreis. Diesen erhielten – in der III. Klasse – z. B. Heinz Such (1957) und Hermann Klenner (1988), mit 20.000 Mark dotiert. Dem musste das ZK-Sekretariat zustimmen. Wie konnte man sonst Reputation erlangen? Der Leser wird hier mit bloßen Behauptungen abgespeist: wieso war Hans Nathan „der am meisten respektierte“ (170)? Woran bemisst sich der „akademische Status“, der es erlauben sollte, Parteaufträge zu unterlaufen (Gerats) (110)? Wann ist jemand ein „angesehenes Mitglied“ (111)? Wer befindet darüber, wer „die Begabten“ (45) sind: Klenner, Heuer, Graefrath – Opfer der Babelsberger Konferenz? Aber wieso fehlt hier der ebenfalls disziplinierte Rudolf Schneider⁴⁰? Beliebt waren auch in der DDR *Festschriften*, um die Bedeutung der Geehrten hervorzuheben.⁴¹ Es gab *Würdigungen*, z. B. zum 70. Geburtstag von Steiniger (NJ 1974, 698, von Oeser); ein *Ehrenkolloquium* für Oeser zum 60. Geburtstag (1990). Nicht zu vergessen die *Nachrufe*, z. B. für Nathan (NJ 1971, 599 von H. Benjamin, ausnahmsweise einmal erwähnt bei Markovits,

³⁹ Narzisstische Selbstdarstellungen, also Autobiographien, wurden wohl erst nach 1990 geschrieben: Heuer 2002 (und die kritischen Bemerkungen von Mollnau 2004, 332 dazu) oder von Seiffert 2006.

⁴⁰ Trotz der Kritik wurde er 1958 vom PB in die Kommission für Staats- und Rechtswissenschaft berufen. Er wurde übrigens 1961 wegen seiner verschwiegenen NS-Vergangenheit entlassen. S. Dreier u. a. 1996:239, 270; Mollnau 2003:130. Bei Markovits war er mal in der SS (35), mal in der NSDAP (132).

⁴¹ Arthur Baumgarten erhielt gleich drei: 1960, 1964 und postum 1984; Hans Nathan wurde postum (1986) geehrt und Hermann Klenner 1987 (sowie DDR-postum 1992, 1996).

150); für Baumgarten 1967 von Klenner; für Steiniger (NJ 1980, 295 von Graefrath). Bei Markovits nichts dazu, wer einen Dr. h.c.⁴² oder eine Honorarprofessur erhielt.

Eine Gratifikation dürfte der Zugang zu westlicher Literatur gewesen sein (88). Ein besonderes Privileg bildete die Zugehörigkeit zu *Reisekadern*, die in das NSW (nichtsozialistische Wirtschaftsgebiet) fahren durften. DDR-Juristen waren Mitglieder in vielen internationalen Juristenorganisationen, in denen sie bei einem Auslandsaufenthalt die Position der DDR zu vertreten hatten (und bei ihrer Rückkehr – wem? – zu berichten hatten). Das war vor allem für Vertreter der Fächer Völkerrecht, IPR, Kriminologie und auch der Grundlagenfächer möglich. Die Teilnahme am Wiener Philosophenkongress im September 1968 mit Klenner u. a. als Vertreter der DDR wurde vom ZK-Sekretariat beschlossen (Mollnau 2004, 406). Für Rechtssoziologen und Rechtsphilosophen waren besonders die Gelegenheiten von Interesse, die durch die Weltkongresse der IVR (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie) eröffnet wurden. Sie war 1958, als H. Klenner ihr beitrat, noch als „imperialistisch“ bezeichnet worden (Dreier u. a. 1996, 227). Klenner brachte es in der IVR bis ins Präsidium; Mollnau war stellvertretender Redakteur der Zeitschrift der Vereinigung (ARSP). Die Teilnahme an den Kongressen der IVR (von Klenner, Mollnau, Haney u. a.) wurde regelmäßig vom ZK-Sekretariat oder ZK-Abteilungen (Staats- und Rechtsfragen, Wissenschaften, Internationale Verbindungen) abgesegnet: z. B. in Mailand 1967 (s. Mollnau 2003, 271f.), Brüssel 1971, St. Louis 1975, Australien 1977, Basel 1979⁴³, Helsinki 1983, Kobe 1987 etc.

Da die deutsche Rechtssoziologiegeschichte der Autorin zugänglich ist, hätte sie auch die Tagung der Vereinigung für Rechtssoziologie „Rechtssoziologie in der Deutschen Demokratischen Republik und in der Bundesrepublik Deutschland“ erwähnen können, die im November 1988 im Hamburger Hans-Bredow-Institut, das W. Hoffmann-Riem leitete, stattfand (dokumentiert in Hoffmann-Riem u. a. 1990). Sie konnte aus politischen Gründen nicht in West-Berlin abgehalten

42 Hilde Benjamin 1952; Hans Ranke 1970, Erster Stellvertreter des Justizministers. Den Dr. h.c. erhielt auch noch der bundesdeutsche RA Heinrich Hannover 1986 (Beschluss des ZK-Sekretariats, Mollnau 2003:630).

43 In „meinen Akten“ finde ich diesmal wirklich ein Schreiben von Prof. Dr. Mollnau vom 19. Juni 1979 an meine Privatadresse, mit dem er mir vorweg die Beiträge zum IVR Weltkongress 1979 übersandte, „die die Nationale Sektion der IVR der Deutschen Demokratischen Republik in Verbindung mit dem Institut für Staats- und Rechtstheorie der Akademie der Wissenschaften der DDR erarbeitet hat“. Die Beiträge „Zur marxistischen Rechtskonzeption“ stammten von vermutlich durchweg „ideologieunbegabten“ Autoren: Werner Grahn (Dozent Leipzig), Gerhard Haney (Prof. Jena), Uwe-Jens Heuer (Prof. HUB), Hermann Klenner (AdW), Karl A. Mollnau (AdW), Traute Schönraht (Prof. Leipzig), Wolfgang Weichelt (AdW). Man sieht an diesem Netzwerk auch, wie unsinnig eine Beschränkung auf die HUB ist.

werden. Von DDR-Seite gelang die Teilnahme, weil K. A. Mollnau sie als Veranstaltung der DDR-Sektion der IVR darstellen konnte. Viele DDR-Teilnehmer kamen auch aus seinem Institut für Theorie des Staates und des Rechts (Bereich Rechtstheorie) an der AdW (Uwe Ewald, Jürgen Fischer, Bärbel Richter; von der AdW auch Uwe-Jens Heuer). Von der HUB waren vertreten: Anita Grandke, Elfi Kosewähr und Rosemarie Will.⁴⁴

Ein ganz besonderer Reputationsgewinn konnte sicherlich durch die Wahrnehmung einer *Gastprofessur* im Ausland erzielt werden. Damit wurde H. Klenner mehrfach gesegnet: USA 1975, Japan 1979. Im September 1973 durfte er zu einer Tagung an das ZiF in Bielefeld. Horst Kellner lehrte als Zivilrechtler von 1981–84 in Addis-Abeba. Lothar Welzel (Strafrecht) war 1983/84 in Angola tätig (auch im Jemen und Kambodscha). H. Klenner war von 1984 bis 1986 Vertreter der DDR bei der UN-Menschenrechtskommission in Genf (s. o. Fn. 8).

Die Zugehörigkeit zum NSW-Reisekader ist besonders wichtig für die Einschätzung der Konformitätsbereitschaft der DDR-Rechtswissenschaftler. Wenn man die Trias von Albert O. Hirschman bemüht (was Markovits nicht macht) – exit, voice, loyalty –, die er auch auf die DDR anwandte (Hirschman 1992), so hatten die Reisekader die Möglichkeit zur „Abwanderung“. Es waren wohl nicht nur Familienangehörige, die als Faustpfand festgehalten werden konnten. Es war vor allem die mangelnde Perspektive für in der Dogmatik völlig unterqualifizierte DDR-Juristen, die ihre Loyalität zu „ihrem Staat“ festigte. Aber dies geschah auf der Basis einer stabilen Überzeugung von den Vorzügen eines sozialistischen Systems. Markovits vermeldet zwar Zahlen von Professoren (53 f.), die aus der DDR flüchteten, aber die beziehen sich auf die gesamte HUB. Juristen waren nicht darunter (meist waren es Mediziner, 56). Für Juristen war ein Leben im Westen keine „denkbare Alternative“ (55). Konformität wurde eben durch Alternativlosigkeit erzielt. Markovits ist allerdings ein sehr prominenter Fall von „exit“ entgangen: Wolfgang Seiffert (1926–2009).⁴⁵ Er hatte sich an der HUB qualifiziert, wurde

44 Markovits meint (123 f.), dass die DDR-Juristen 1985 keine Ahnung von der westdeutschen Rechtssoziologie gehabt hätten, als sie eine zivilrechtliche Effektivitätsforschung betrieben. Eine solche hatten die westdeutschen Teilnehmer allerdings auch bis 1988 nicht zu bieten. Angeblich kamen die Akademiker auch mit der Behandlung des Themas Rechtsbewusstsein nicht voran (207). Auf der Tagung referierte Grandke darüber (in Hoffmann-Riem u. a. 1990, 83 ff.); s. auch ihren Beitrag in Heuer 1995, 173 ff. (Fn. 17, 38, 67, 92). Vgl. auch Kessel 1991 – eine Arbeit, die Markovits auch entgangen zu sein scheint.

45 Er war 1956 aus westdeutscher Haft – nach dem KPD-Urteil – in die DDR geflüchtet, machte dort das Abitur, studierte von 1956–1959 an der HUB, wurde Aspirant und war ab 1963 am Institut für Erfinder- und Urheberrecht tätig. 1963 promovierte er an der HUB, 1967 erfolgte dort die Habilitation (gemeinsam mit Feige). Das müsste eigentlich für die Aufnahme in das HUB-Sample genügen.

1967 Professor an der DASR und leitete dort das Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung. Diese Qualifikation erlaubte den Absprung: 1977 erhielt er von Honecker (als dessen Berater er galt) die Erlaubnis, eine Gastprofessur in Kiel wahrzunehmen. 1978 übersiedelte er nach Kiel und war dort bis 1994 apl. Professor am Institut für Osteuropäisches Recht.

Konformität sollte nur in Ausnahmefälle durch *Disziplinarmaßnahmen* hergestellt werden. Die wurden allerdings verhängt über die Opfer der Babelsberger Konferenz (Graefrath, Heuer, Klenner). Abweichler wurden allerdings nicht mehr „stalinistisch“ behandelt, sondern wurden nach einer gewissen Zeit wieder in die Arme des Systems aufgenommen, zumindest erhielten sie irgendwo einen Abstellplatz. Eine mildere Sanktion bildeten Parteiverfahren (z. B. gegen Püschel, 112). Zu Entlassungen kam es ganz selten. Markovits (102f.) erwähnt Helmbrecht 1962/63 und Hemmerling (der kehrte aber zurück).⁴⁶ Eine alltägliche „Disziplinierung“ erfolgte durch die permanente Einbindung in alle möglichen Parteiaktivitäten, auch in allen möglichen Gremien, Kommissionen, Räten etc.

Schließlich ist ein bekannter Mechanismus die Sicherung der Konformität durch *Verunsicherung*. Wenn man nicht weiß, was „oben“ erwartet wird, hält man sich erst einmal zurück und schärft das Sensorium für mögliche Signale von dort. Verantwortung übernimmt man dann ungerne. Den Rechtswissenschaftlern habe das „Talent zum Sprung ins Ungewisse“ (100) gefehlt. Aber das galt doch für fast alle, die Verantwortung lieber delegierten. Wie sollte es denn eine Identifikation mit den politischen Zukunftsversprechen der Partei geben, wenn man es so häufig erlebt hatte, dass die „Parteilinie“ so unklar und wechselnd war und man mal wegen Dogmatismus, Formalismus, Revisionismus, dann wegen Spontaneität, fehlendem dialektischen Denken, Sektierertum etc. stigmatisiert werden konnte? „Bei Zweifeln fragt man lieber oben an“ (73). Nur, wer hatte denn überhaupt Zugang zu denen ganz „oben“, wo die Musik spielte? Bei aktuellen rechtspolitischen Fragen enthielten sich Rechtswissenschaftler einer Stellungnahme. Markovits spekuliert, dass die Rechtswissenschaftler nicht wussten, was sie mit der Rechtspflege-Gesetzgebung 1960–1963 anfangen sollten (94); den HUB-Leuten sei dazu nichts eingefallen (95). Das ist eine sehr seltsame Interpretation. Stellungnahmen überließ man doch eher den Autoritäten in Staat und Partei – in diesem Fall z. B. Polak (1961), der Mitglied des Staatsrates geworden war. So durfte auch G. Sarge (gerade Präsident des OG geworden) als Erster vom sozialistischen Rechtsstaat sprechen. Als Letzte kamen zu diesem Thema dann Buchholz (von der HUB) und Mollnau (von der AdW) mit einem Aufsatz zum Zug.

46 S.o. Fn. 36.

Es geht bei der Betrachtung der DDR-Juristen nicht nur um das Verhältnis von Recht und Macht/Politik, sondern auch um das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Macht/Politik. Wäre man theoretisch ambitioniert, könnte man von drei „Systemen“ sprechen mit ihren unterschiedlichen Strukturen, Funktionen und Operationen: das Rechtssystem, das politische System und das Wissenschaftssystem. Eine derartige Theorie-Kür erspare ich mir. Das Resultat wäre für die DDR jedenfalls, dass es keine „strukturelle Kopplung“ zwischen den Systemen gab, sondern eine strukturelle Durchdringung aller drei durch die Parteioorganisationen. Damit existierte auch nur eine rudimentäre (funktionale) Differenzierung. Die Frage wäre jedenfalls nicht nur, ob es eine „Spezifik des Rechts“ gibt, eine Eigenständigkeit (einen „Eigensinn“ des Rechts) oder eine Autonomie des *Rechts* – oder ob Rechtsnormen nur Instrumente zur Durchsetzung politischer Ziele der Staatsmacht sind. Für die *Rechtswissenschaft* und die Rechtswissenschaftler stellt sich das Problem hinsichtlich ihrer Professionalität. Sind Rechtswissenschaft und ihre Vertreter auch nur Instrumente zur Durchsetzung politischer Ziele? 1957 hatte die Parteileitung der SED an der HUB die „Überwindung der Trennung von Wissenschaft und Politik“ gefordert (Breithaupt 1993, 75). Und auf der Babelsberger Konferenz wurde dekretiert: „Das Kriterium für die Wissenschaftlichkeit unserer Staats- und Rechtslehre ist ihr Nutzen für die Praxis des sozialistischen Aufbaus“ (Dreier u. a. 1996:290; bei Markovits: 49).

Die Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft versucht Markovits eher in einer psychologischen Dimension zu erfassen, wenn sie von „selbstbewusster Wissenschaftlichkeit“ (88) spricht, die zwischen 1956–58, vor Babelsberg, existiert haben soll. John Lekschas attestiert sie „professionelles Selbstbewusstsein“ (126), weil er eigenständig Themen erforscht habe. Diese Einschätzung ist relativ beliebig.⁴⁷ Allgemein zeichneten „Juristen“ Skepsis und Zweifel aus (16 f.). Angemessener dürfte eine Konzeptualisierung sein, die nach den Zusammenhängen von (Rechts-)Wissenschaftssystem und politischem System fragt.

Anforderung an juristische Professionalität schwanden im Staats- und Parteiapparat. Der erste Justizminister der DDR, Max Fechner, war kein Jurist, ebenso wie der eigentliche Dominator des Justizapparates, Klaus Sorgenicht, Leiter der Abteilung Staats- und Rechtsfragen von 1954 bis 1989⁴⁸. Die Babelsberger Konferenz 1958 war ein klares Signal zur Etablierung der politischen Priorität in der rechtswissenschaftlichen Arbeit. Die inhaltliche rechtswissenschaftliche

⁴⁷ Jan Schröder (2016:107) spricht der Rechtswissenschaft in der DDR ein „geringes Selbstbewusstsein“ zu.

⁴⁸ Er hatte 1949 einen 5-Monats-Lehrgang an der Dt. Verwaltungsakademie absolviert, 1953/54 ein Studium an der Parteihochschule des ZK der KPdSU in Moskau. Das qualifizierte ihn wohl zum Leiter der ZK-Abteilung.

Arbeit wurde von oberen Parteistellen gesteuert. Das Politbüro stieß die gesellschaftswissenschaftlichen Forschungspläne an, die auch die Rechtswissenschaft umfassten. Das ZK-Sekretariat verlangte 1965 die Ausarbeitung von juristischen Lehrbüchern (Mollnau 5.1.: 206). Die wurden im Staatsverlag veröffentlicht, meist von Rechtswissenschaftlern in Kooperation mit Personen aus den obersten staatlichen Rechtspflegeorganen. Einen „Kommentar“ zur Verfassung veröffentlichte gar Klaus Sorgenicht gemeinsam mit Wolfgang Weichert⁴⁹, Tord Riemann (aus seiner Abteilung) u. a. Mit diesem „Kommentar“ ging eine Ära zu Ende, die das Politbüro am 18. April 1950 eingeleitet hatte, als es ein Kommentarverbot für die erste Verfassung der DDR ausgesprochen hatte (Mollnau 2003:18 ff.). Inhaltlich kennzeichnend für die DDR-Rechtswissenschaft war die kaum vorhandene Beschäftigung mit der *juristischen Methodenlehre*⁵⁰. Mit ihr wird signalisiert, dass die Produkte des Gesetzgebers unter dem Vorbehalt der Auslegungsbedürftigkeit stehen. Sie legt also einen distanzierten Umgang mit autoritativ auftretenden Texten nahe. Ein autoritärer Gesetzgeber wird die Klarheit und Eindeutigkeit seiner Texte betonen und den Umgang mit ihnen nicht einer anderen „Gewalt“ überantworten. Das Kontrollbedürfnis des Politbüros zeigte sich eben in einem Interpretationsverbot.⁵¹

Loyalitätstests

Einen interessanten Gedanken bringt Markovits in ihre Darstellung herein, um die Frage nach der Loyalität der Rechtswissenschaftler zu beantworten. Als eine Art Lackmustest (19) nutzt Markovits Reaktionen der HUB-Rechtswissenschaftler auf eine Menge von Ereignissen. Diese Ereignisse ließen sich systematisieren: es gab *allgemein politische, fakultätsexterner Ereignisse*, unter denen Markovits anführt:

49 Diplom-Staatswissenschaftler und in seiner Karriere eng verflochten mit Wissenschaft und Parteiarbeit: Mitarbeiter in der ZK-Abteilung Sorgenichts, Professor an der DASR, Direktor an der AdW.

50 Vgl. Jan Schröder 2016. In meiner Rezension (Rottleuthner 2017) habe ich kritisiert, dass der diktatorische Kontext, „die Allmacht von Partei und Staat“, gar nicht behandelt wird. In der DDR gab es frühe Diskussionen über Inhalt und Form beim Problem der Anwendung noch bürgerlichen Rechts auf eine andere Basis (86). Erst spät findet man Beiträge zur „Konkretisierung“ von Rechtsnormen (von R. Svensson – die bei Markovits nicht vorkommt; sie war auch „nur“ an der AdW tätig – und von H. Klenner, auch an der AdW).

51 Ein instrumentelles Rechtsverständnis zeigt sich auch in Auslegungsfragen; Auslegung ist folgenorientiert: „Wo die Auslegung des ZGB zu volkswirtschaftlich oder gesellschaftlich nicht vertretbaren Ergebnissen führen würde, muss sie falsch sein.“ (Nach einer Aufzeichnung aus dem Jahr 1975 von Janke 2007:50).

den 17. Juni 1953, das Tauwetter nach dem Tod Stalins, Mauerbau, Prager Frühling, Biermann-Ausbürgerung 1976. Leider verfolgt sie diesen Gedanken nicht in einer chronologischen Ordnung (die gibt es nur kurz 149 f., 152 ff.). Ansonsten springt sie zeitlich unsortiert in den Ereignissen herum⁵²: Waldheimer Prozesse 1950 (37)⁵³, Tauwetter und 17. Juni 1953 (154 ff.), 20. Parteitag der KPdSU im Febr. 1956 (141, 156), Polen und Ungarn 1956 (73, 157), Mauerbau (56 ff.), Prager Frühling (kaum etwas dazu: 69), Ablösung Ulbrichts durch Honecker 1971 (60, 105), Ausweisung Biermanns 1976 (191 ff.), Gorbatschow (67). Die Juristen blieben auf der Parteilinie, soweit die erkennbar war.

Markovits thematisiert auch *Ereignisse in anderen Fakultäten* der HUB: die Verhaftung von Wolfgang Harich und seine Verurteilung 1957 (152). Die Mitbetroffenen Janka, Just und Zöger werden nicht erwähnt. Unerwähnt bleibt auch die Entlassung von Robert Havemann und sein Ausschluss aus der SED (1964). Breiten Raum (143–146) widmet sie der Verfolgung von H. Crüger und H. Saar ab 1978 – beide bei den Gesellschaftswissenschaftlern, also außerhalb ihres Samples. Dieser Komplex wird nicht verbunden mit dem Vorgehen gegen Rudolf Bahro (nach 1977). Die Juristen schwiegen. (Zwei Juristen – H. Klenner und K.-H. Röder – lieferten allerdings der Generalstaatsanwaltschaft gutachterliche Stellungnahmen für den Prozess gegen Rudolf Bahro (1978).)

Man könnte schließlich eine Chronologie *spezifisch rechtspolitischer* Ereignisse verfolgen und sehen, wie die HUB-Juristen darauf reagierten (Babelsberg, Bildung des Staatsrates, Rechtspflege-Gesetzgebung, neue Verfassungen, neue Kodifikationen etc.). Das taucht (fast) alles irgendwie, eben unsystematisch und chronologisch nicht geordnet, auf.

Hier endet meine fundamentale Kritik: am methodischen Vorgehen; an der fehlenden Durchdringung des Verständnisses „ihrer Protagonisten“ vom Verhältnis von Macht und Recht auf einer marxistischen Grundlage; an der Ausblendung der Machtverhältnisse in einer Parteidiktatur durch die Beschränkung auf einen Mikrokosmos; an der organisationstheoretischen Unterbelichtung der akademischen Strukturen. Allerdings ist das noch nicht das Ende.

52 z. B. S. 110: mal 1960, dann sind wir gleich in 1975 oder 1983 und 1988.

53 Keine Reaktionen der Rechtswissenschaftler. Hier war es wieder einer Mitarbeiterin an der politischen Spitze vorbehalten, einen Artikel für die NJ zu liefern: Hildegard Heinze, Hauptabteilungsleiterin im MdJ und selbst als Instrukturin an den Prozessen beteiligt (Heinze 1950).

Appendix: Hier spricht der Lektor

Das Buch ist nicht nur voller methodischer und inhaltlicher Mängel, es wimmelt leider auch von Ungenauigkeiten und Fehlern.

A. Grandke habe in einem Gespräch erwähnt, dass sie 1985 Probleme mit dem Ausdruck „Elternförderung“ statt „Mütterförderung“ mit dem „ZK“ (wem?) gehabt habe (128 f.); sie habe ihren Ausdruck dann zurückgezogen. Da ist Markovits anscheinend der Clou der Geschichte entgangen: die Veröffentlichung von Grandke, die ein Jahr später erfolgte – mit der originellen Lösung: „Familienförderung als gesellschaftliche und staatliche Aufgabe“.

Die Familienrechtler der HUB seien 1989/90 an „juristischer Einfallskraft ihrer Zeit voraus“ (130) gewesen. Das war keine Sache der frühzeitigen Einfallskraft. Das Familienrechtsänderungsgesetz (§ 25 FGB) der DDR legte am 20. Juli 1990 fest – noch bevor die Volkskammer der DDR am 2. Oktober 1990 die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 ratifizierte –, dass es auch nach der Scheidung beim Erziehungsrecht beider Eltern bleibt. Dieses Recht begründete aber keine Pflicht der Eltern zum Umgang mit dem Kind (vgl. dazu A Grandke, Familienrecht, in: Heuer (1995), 207). Die DDR-Familienrechtler waren damit allenfalls ihren westdeutschen Kollegen voraus. Im vereinigten Deutschland trat die UNO-Konvention erst am 5. April 1992 in Kraft. In dem von Markovits (129 f.) zum Vergleich mit der DDR herangezogenen § 1684 BGB (von 1997) geht es um das Recht des Kindes auf Umgang mit beiden Elternteilen und die entsprechende Pflicht der Eltern – nicht nur nach der Scheidung, wie Markovits meint. In der von ihr angeführten Entscheidung des BVerfG (1 BvR 1620/04) ging es nicht darum, dass das BVerfG dieses Recht des Kindes gutgeheißen habe, sondern darum, ob ein Elternteil (hier der verheiratete Vater eines nichtehelichen Kindes) durch Verhängung eines Zwangsgeldes nach § 37 FGG dazu gebracht werden kann, den Umgang mit dem Kind aufzunehmen (Dies lehnte das BVerfG ab.)

Hager wird für 1957 als „Chef“ der ZK-Abt. Wissenschaft(en) bezeichnet (159); Leiter der Abteilung war aber 1955–1989 Johannes Hörnig (Näheres s. o. Fn. 29).

Auf der Babelsberger Konferenz wurde nicht die Gewaltenteilung abgeschafft (160, 162); das war altes Programm der SED, von Polak nach 1945 begründet. Markovits sieht selbst, dass die Gewaltenteilung vor Babelsberg praktisch nicht bestand. Das Vertrauen in die Gewaltenteilung war den Rechtswissenschaftlern also nicht mehr durch Babelsberg auszutreiben (164).

In Westdeutschland seien Ulbrichts Pläne zur Justizreform weder vor noch nach der Wende zur Kenntnis genommen worden (167) – In der BRD ist über die gesellschaftlichen Gerichte vermutlich mehr geschrieben worden als in der DDR, und zwar unter dem Thema „Alternativen zur Justiz“.

Eine Menge von Ausführungen, die Markovits mit Bezug zum *Nationalsozialismus* macht, sind einfach unzutreffend.

Zum Nürnberger Juristenprozess von 1947 (11): 16 hohe Ministerialbeamte und Richter des Dritten Reichs seien angeklagt worden. Es habe 4 Freisprüche und 14 zum Teil lebenslange Freiheitsstrafen gegeben (insgesamt 18 Personen). Angeklagt waren in der Tat 16 Personen, gegen 14 wurde das Verfahren eröffnet: 7 Mitarbeiter des RMJ, 5 Richter, 2 Reichsanwälte. Es gab 4 Freisprüche, 4 Verurteilungen zu lebenslanger Haft, 6 sonstige Freiheitsstrafen. Die Angeklagten seien wegen der „Terrorurteile in den von Deutschland im Krieg besetzten Gebieten“ verurteilt worden – aber doch nicht die Ministerialbeamten! Denen wurde u. a. die Organisation der Nacht-und-Nebel-Aktion vorgeworfen. Die Urteile, an denen die angeklagten Richter und Staatsanwälte beteiligt waren, ergingen am VGH oder an Sondergerichten im Reichsgebiet.

Es wird (11) behauptet, dass „durch die Wiedereingliederung des Berufsbeamtentums“ fast der gesamte Staatsapparat des Dritten Reichs in der BRD übernommen worden sei – mit Hinweis auf einen Aufsatz von Perels (KJ 2004:186), wo das gar nicht steht. In diesem Aufsatz geht es um die Bevorzugung der „131er“ gegenüber den von Nazis Entlassenen, die z. T. aus der Emigration zurückkehrten. Zahlen nennt Perels nicht. Wie viele Beamte aus der NS-Zeit in den Staatsapparat der BRD übernommen wurden, ist noch immer nicht gänzlich geklärt.

Kein Nazi-Richter sei in der BRD je wegen eines Rechtsprechungsakts verurteilt worden (12) – ein oft zu hörendes Pauschal-Urteil, das so nicht stimmt; es waren nur sehr wenige.

Zur NS-Justiz sei in den 70er Jahren – nach einem kräftigen Anfang in den 60er Jahren – „wieder wissenschaftliche Stille“ eingetreten (12). Allein ein Blick in das Literaturverzeichnis des Katalogs zur Ausstellung des BMJ „Justiz und Nationalsozialismus“ von 1989 zeigt fast 20 Titel zum Thema aus den 70er Jahren.

Hermann Dersch verlor nicht 1933 als Halbjude seine Professur für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht in Berlin (78). Er wurde 1937 entlassen.

Günter Grass trat nicht mit 18 Jahren in die NSDAP ein (132). Er wurde am 10. November 1944 im Alter von 17 Jahren zur 10. SS-Panzer-Division der Waffen-SS einberufen.

Durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums von 1933 seien rund zwei Millionen jüdische und/oder liberale Beamte ihrer Posten enthoben

worden (202). Wo mag sie diese Zahl herhaben? So viele Beamte gab es 1933 überhaupt nicht im Deutschen Reich (ca. 1,5 Mio. insges.; 1939: 1,8). – Es wurden nicht „liberale“ Beamte entlassen, sondern, was die politische Orientierung angeht, vor allem sozialdemokratische; kommunistische Beamte gab es kaum. Da ist ihr wohl die amerikanische Bezeichnung von „liberals“ in die Quere gekommen.

Der Reichstag habe das Gesetz über Staatsnotwehr verabschiedet (202). Mit dem Ermächtigungsgesetz vom 23. März 1933 wurde die Legislative auf die Reichsregierung übertragen. Einige ihrer Mitglieder haben das Gesetz vom 3. Juli 1934 unterzeichnet. Der Reichstag hat nach dem 23. März 1933 überhaupt nur noch 7 Gesetze verabschiedet, darunter die drei Nürnberger Gesetze und zweimal die Verlängerung des Ermächtigungsgesetzes. Dies wäre der Punkt gewesen, an dem die Beseitigung der Gewaltenteilung im NS und in der DDR hätte vergleichend angesprochen werden können: Merkmal eines „Unrechtsstaates“?

Bei der Betrachtung des NS kommt Ernst Fraenkels „Doppelstaat“ herein (203, 208) mit seiner Unterscheidung von Normenstaat und Maßnahmenstaat.⁵⁴ Fraenkel habe dafür „wissenschaftliche Untergrundarbeit“ betrieben (203). Fraenkel praktizierte als Anwalt mit Frontkämpferprivileg bis zum Sept. 1938, als er ins britische Exil ging. Er führt in seinem Buch ca. 100 Urteile an, die er vermutlich in seiner Anwaltsbibliothek und in der Staatsbibliothek finden konnte, ohne irgendeinen Verdacht zu erwecken. Daneben, und das war wohl eher seine „Untergrundarbeit“, verfasste er Flugschriften für den Internationalen Sozialistischen Kampfbund, die im Ausland erschienen.

Zur sinkenden Zahl der Zivilprozesse im NS (Indikator für die Abnahme des „Normenstaates“ für Markovits) verweist sie (205) auf R. Schröder (1988) (die Fundstelle befindet sich dort auf S. 243, nicht S. 514). Dort finden sich aber andere Zahlen. Er gibt ein Sinken zwischen 1933 und 1940 an von 4,5 % auf 2,0 % der Einwohner. Genauere Zahlen für die Amtsgerichte nennt er dann für 1935–39, ohne Quellenangabe (Längere Zeitreihen aus der amtlichen Justizstatistik sind gut aufbereitet bei Schuster/Siebert, in: Gilles u. a. 1985.) 1931 war ein Maximum an Eingängen in der Zivilgerichtsbarkeit (1. Instanz) zu verzeichnen. Danach gehen die Zahlen zurück. 1938 war dann wieder das Niveau von 1923/24 erreicht. Als Rechtssoziologe fragt man sich, wie solche Konjunkturen zu erklären sind. In der BRD hatten wir in den 1970/80er Jahren eine „Prozessflut“; von 2003 bis 2014 gingen

⁵⁴ Auch zum gerne angeführtem „Doppelstaat“ erspare ich mir weitere Ausführungen; s. Rottleuthner 2020b.

die Eingänge in der Zivilgerichtsbarkeit 1. Instanz um 34 % zurück. Sollte sich die BRD hin zu einem „Maßnahmenstaat“ verschoben haben?

Auch bei der Frage der Mobilisierung der Justiz bringt Markovits wieder Fraenkels „Doppelstaat“ herein. In der DDR sei der Normenstaat von Jahr zu Jahr gewachsen (205). Das habe sich an einer „wachsenden Verrechtlichung“ (209) gezeigt, d. h. der häufigeren Nutzung der Justiz und wachsenden Rechtskenntnissen. Der Normenstaat habe in der DDR zunehmend den sozialistischen Maßnahmenstaat verdrängt (208). Was die häufigere Nutzung der Zivilgerichte angeht, muss man nicht in HUB-Akten schauen, sondern in die Justizstatistik.⁵⁵ Sollte es eine kausale Verbindung zwischen den Aktivitäten der Rechtswissenschaftler und der steigenden Zahl der Eingänge bei den Zivilgerichten geben? Auf eine solche Idee ist jedenfalls niemand im Westen bei der Erklärung der „Prozessflut“ in den 70er und 80er Jahren gekommen. Und wie sollte ein solcher Einfluss durch Studien in den HUB-Akten festgestellt werden können? Wenn es einen „Einfluss“ der DDR-Rechtswissenschaftler auf Rechtskenntnisse und die Mobilisierungsbereitschaft gab, dann vielleicht über die Fernsehendung von Friedrich Karl Kaul (den Markovits unter ihren HUB-Protagonisten ausgespart hat, s. o.) „Fragen Sie Professor Kaul“, die in 117 Folgen von 1971/72 bis 1981 ausgestrahlt wurde.

„In der Bundesrepublik (sei) das Justizpersonal des Dritten Reichs fast vollständig in die neue demokratische Rechtsordnung eingegliedert worden“ (211) – das lässt sich mittlerweile genauer sagen.

Weitab von ihrem eigentlichen Thema, der Rechtswissenschaft, sucht Markovits nach zweierlei (213 f.): Zum einen wären, um etwas über die „Normalität“ des Justizalltags im NS herauszufinden, Untersuchungen durchzuführen, die einen „statistisch verlässlichen“ Anteil aller Entscheidungen eines Gerichts (wieso nur eines Gerichts?) erfassen. Vorbild ist ihr wohl die Untersuchung von R. Schröder (1988) zum OLG Celle. Im Blick hat sie nicht die umfassenden Analysen zum Volksgerichtshof, sondern eher die Alltagsjustiz einer unteren Instanz. Und es sollte, zweitens, eine Unterscheidung zwischen „juristisch legitimen“ und „politisch motivierten und vom Gesetzestext nicht getragenen Überlegungen“ getroffen werden können. Dem (wohl nur dem zweiten Punkt) käme die Untersuchung von Grunsky (1969) nahe.⁵⁶ Zur Unterscheidung von „juristisch legitim“ und

⁵⁵ Das hat sehr detailliert getan: Niederländer 1991 (taucht bei Markovits nicht auf).

⁵⁶ Die Arbeit von Grunsky wirft in der Tat das Problem der Bildung von Stichproben bei einer historischen Justizforschung auf. Zum ersten Punkt bringt er gar nichts, denn sein Sample ist sehr klein. Er hat sich nur das 2. Halbjahr 1939 und das 1. Halbjahr 1940 von „Deutsches Recht“

„politisch motiviert“ findet sich bei Grunsky nichts (Markovits schreibt selbst, dass Grunsky nicht über die Motive der Richter spekulieren möchte). Bei Grunsky gibt es nur die Unterscheidung von „erfreulichen“ und „unerfreulichen“ Entscheidungen. Zutreffend sind Markovits' Bemerkungen zur mangelnden Repräsentativität der Aktenuntersuchungen an NS-Gerichten; die Normalität, das „Alltagsrecht“ (211) gehen unter. Es müssten – ihr erster Punkt – alle Akten untersucht werden.⁵⁷ Da nimmt sich auch Fraenkels Sample bescheiden aus.

Literaturverzeichnis

- Autorenkollektiv unter Leitung von Karl A. Mollnau (1986) *Rechtshandbuch für den Bürger*, 2. Aufl. Berlin.
- Benjamin, Michael (1989) Zum sozialistischen Rechtsstaat. *Staat und Recht*: 99–107.
- Breithaupt, Dirk (1993) *Rechtswissenschaftliche Biographie DDR*, Berlin.
- Buchholz, Erich & Mollnau, Karl A. (1988) Rechtssicherheit gehört zur Lebensqualität in unserer Gesellschaft. *Neues Deutschland* 18./19. Juni 1988: 11/12.
- Dreier, Ralf; Eckert, Jörn; Mollnau, Karl A. & Rottleuthner, Hubert (Hrsg.) (1996) *Rechtswissenschaft in der DDR 1949–1971. Dokumente zur politischen Steuerung im Grundlagenbereich*, Baden-Baden.
- Eckert, Rainer (1993) Die Berliner Humboldt-Universität und das Ministerium für Staatssicherheit. *Deutschland Archiv*: 770–784.
- Gilles, Peter; Röhl, Klaus F.; Schuster, Paul & Stempel, Dieter (Hrsg.) (1985) *Rechtsmittel im Zivilprozess*. Köln.
- Grunsky, Wolfgang (1969) Gesetzesauslegung durch die Zivilgerichte im Dritten Reich. *Kritische Justiz*: 146–160.
- Heuer, Klaus (1988) Überlegungen zum sozialistischen Rechtsstaat DDR. *Neue Justiz*: 478–480.
- Heuer, Uwe-Jens (2002) *Im Streit. Ein Jurist in zwei deutschen Staaten*, Baden-Baden.
- Heuer, Uwe-Jens (Hrsg.) (1995) *Die Rechtsordnung der DDR*, Baden-Baden.
- Heinze, Hildegard (1950) Kriegsverbrecherprozesse in Waldheim. *Neue Justiz*: 250.
- Hirschman, Albert O. (1992) Abwanderung, Widerspruch und das Schicksal der Deutschen Demokratischen Republik. Ein Essay zur konzeptuellen Geschichte. *Leviathan* 20: 330–358.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang; Mollnau, Karl A. & Rottleuthner, Hubert (Hrsg.) (1990) *Rechtssoziologie in der Deutschen Demokratischen Republik und in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden.
- Janke, Gerd (2007) Zur Kassationstätigkeit des Obersten Gerichts der DDR in Zivilsachen, <http://www.forhistiur.de/zitat/0705janke.htm> (Abfrage 10.3.2021).

angeschaut, findet 38 Urteile der unterschiedlichsten Gerichte, von denen er nur sechs genauer analysiert – nicht alle mit jüdischen Beteiligten (was er eigentlich beanspruchte).

⁵⁷ Das hat sie nicht einmal in Lüritz/Wismar getan. Dort hat sie jeden dritten bis fünften Jahrgang vollständig „durchgesehen“, was kein „statistisch verlässliches“ Ergebnis bringen kann.

- Jessen, Ralph (199) *Akademische Elite und kommunistische Diktatur. Die ostdeutsche Hochschullehrerschaft in der Ulbricht-Ära*, Göttingen.
- Kessel, Carsten (1991) *Rechtssoziologie in der Deutschen Demokratischen Republik*, jur. Diss. Berlin.
- Klenner, Hermann (1954) *Der Marxismus-Leninismus über das Wesen des Rechts*. Berlin.
- Klenner, Hermann (1993) Zur Entwicklung der Rechtswissenschaft in der DDR. Annäherungen (Vortrag vom 28. November 1992). *Wirtschaftsrecht. Zeitschrift für Theorie & Praxis*: 1–4.
- Kowalczyk, Ilko-Sascha (2010) Die Humboldt-Universität zu Berlin und das Ministerium für Staatssicherheit, S. 437–553 in: H.-E. Tenorth (Hrsg.), *Geschichte der Universität Unter den Linden*, Bd. 3, Berlin.
- Mollnau, Karl A. (1989) Sozialistischer Rechtsstaat (Versuch einer Charakterisierung). *Neue Justiz*: 393–397.
- Mollnau, Karl A. (2003) *Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften (1944–1989)*. Band 5 Deutsche Demokratische Republik (1958–1989), 1. Halbband *Recht und Juristen im Spiegel der Beschlüsse des Politbüros und des Sekretariats des Zentralkomitees der SED*, Frankfurt a.M.
- Mollnau, Karl A. (2004) *Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften (1944–1989)*. Band 5 Deutsche Demokratische Republik (1958–1989), 2. Halbband *Dokumente*, Frankfurt a.M.
- Niederländer, Loni (1990a) Zu den Ursachen rechtsradikaler Tendenzen in der DDR. *Neue Justiz*: 16–18.
- Niederländer, Loni (1990b) Rechtssoziologie – an DDR-Universitäten ein neues Lehr- und Forschungsgebiet. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*: 10–17.
- Niederländer, Loni (1990c) Ehemalige Konfliktkommissionen der DDR als konfliktvorbeugende und konfliktregelnde Institutionen außerhalb der staatlichen Gerichte – eine Problemfeldstudie. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*: 305–327.
- Niederländer, Loni (1991) Lokale Justizkulturen in der vormaligen DDR – Kulturelle Elemente der Klagebereitschaft in Zivilsachen. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*: 57–69.
- Polak, Karl (1961) Über die weitere Entwicklung der sozialistischen Rechtspflege in der DDR. *Neue Justiz*: 73 f., 145–151 (= *Staat und Recht*: 607–657).
- Püschel, Heinz (1976) Die Pflicht zur verantwortungsvollen Rechtsausübung als Grundsatz des ZGB. *Neue Justiz*: 232–235.
- Rottleuthner, Hubert (2007) Rezension von I. Markovits „Gerechtigkeit in Lüritz“. *Rechtsgeschichte* 11: 212–219.
- Rottleuthner, Hubert (2017) Rezension von Jan Schröder (2016), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*: 427–431.
- Rottleuthner, Hubert (2020a) Unrechtsstaat, *Vorgänge* Nr. 230: 33–50.
- Rottleuthner, Hubert (2020b) Rezension von Jens Meierhenrich, The Remnants of the Rechtsstaat: an Ethnography of Nazi Law. *Jurisprudence* (<https://doi.org/10.1080/20403313.2020.1807786>).
- Rottleuthner, Hubert (Hrsg.) (1994) *Steuerung der Justiz in der DDR*. Köln.
- Rottleuthner, Hubert (Hrsg.) (1999) *Das Havemann-Verfahren*. Baden-Baden.
- Sarge, Günter (1986) Aufgaben der Rechtsprechung und ihrer Leitung nach dem XI. Parteitag der SED. *Neue Justiz*: 350–352.
- Schröder, Jan (2016) *Rechtswissenschaft in Diktaturen. Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR*, München.

- Schröder, Rainer (1988) „... aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben!“ *Die Urteile des OLG Celle aus dem Dritten Reich*, Baden-Baden.
- Schröder, Rainer & Bär, Fred (1996) Zur Geschichte der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. *Kritische Justiz*: 447–465.
- Seiffert, Wolfgang (2006) *Selbstbestimmt: ein Leben im Spannungsfeld von geteiltem Deutschland und russischer Politik*, Graz.
- Sieveking, Klaus (1975) *Die Entwicklung des sozialistischen Rechtsstaatsbegriffs in der DDR. Eine Studie zur Auseinandersetzung mit dem Rechtsstaat in der SBZ-DDR zwischen 1945 und 1968*. Berlin.
- Will, Rosemarie (2010) Die juristische Fakultät in der DDR, S. 797–848 in S. Grundmann, M. Kloepfer, C.G. Paulus et al. (Hrsg.) *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, Berlin.

Rezension

Recht und Nicht-Recht. Vom Unbehagen an der Juridifizierung der Gesellschaft.

Ino Augsberg/Steffen Augsberg/Ludger Heidbrink (Hrsg.), *Recht auf Nicht-Recht. Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft*, Velbrück: Weilerswist 2020.

Besprochen von: **Jörn Reinhardt**

<https://doi.org/10.1515/zfrs-2021-0008>

Die Juridifizierung der Gesellschaft ist ein Thema, das Rechtskritiken verschiedenster Spielart inspiriert. Jürgen Habermas hat für die negativen Effekte, die mit einer Verrechtlichung von sozialen Beziehungen einhergehen können, den Begriff der „Kolonialisierung der Lebenswelt“ geprägt. In seiner *Theorie des kommunikativen Handelns* beschreibt er die Verrechtlichung von Arbeits-, Sozial- oder Familienbeziehungen als einen ambivalenten Prozess, der nicht nur freiheitsermöglichende, sondern auch repressive Konsequenzen haben kann (Habermas 1981: 522 ff.). Die Kolonialisierungsthese stützt sich auf sozialwissenschaftliche und rechtssoziologische Forschungsansätze, die die Folgen des bürokratischen Vollzugs sozialrechtlicher Ansprüche oder die dilemmatischen Konsequenzen der Verrechtlichung von Sorgerechtskonflikten aufzeigen (vgl. zur damaligen Diskussion um Verrechtlichung bereits Voigt 1980 und Teubner 1985). Habermas zieht die verschiedenen sozialwissenschaftlichen Befunde zu der These zusammen, dass es „das Medium des Rechtes selbst [ist], daß die kommunikativen Strukturen des verrechtlichten Handlungsbereichs verletzt“ (Habermas 1981: 543). Darin liegt eine Zuspitzung, weil die negativen Effekte von Verrechtlichungsprozessen dem Rechtsmedium als solchem nur dann zugerechnet werden können, wenn die Vielgestaltigkeit rechtlicher Normativität ausgeblendet wird. In seinen späteren Arbeiten hat Habermas von der dilemmatischen Fassung seiner Kolonialisierungsthese Abstand genommen (Habermas 1992: 502 ff). Das bedeutet nicht, dass mit der Verrechtlichung gesellschaftlicher Zusammenhänge keine Probleme verbunden sein können, aber diese sollen in den selbstkorrektiven Prozessen, die der demokratische Rechtsstaat bereithält, auch prinzipiell behoben werden können. Der Topos der „Kolonialisierung“ hat die Rechtskritik trotz oder vielleicht gerade wegen der damit verbundenen Unklarheiten weiterhin inspiriert. Kritik an Verrechtlichung kann sich als Fundamentalkritik am Recht artikulieren oder als liberaler Einwand gegen Beeinträchtigung gesellschaftlicher Selbstorganisation

durch staatliche Intervention. Was man als Lösungsmöglichkeit ansieht, hängt stark von der Diagnose ab. Diese variiert wiederum je nach Zugang zum Phänomen. Eine eher sozialwissenschaftlich-empirische Forschungsperspektive wird andere Akzente setzen als eine eher philosophisch geprägte Kritik am Juridismus.

Die Vielschichtigkeit der Juridismuskritik

Bereits an dem Spektrum der Beiträge des von Ino und Steffen Augsburg sowie Ludger Heidbrink herausgegebenen Bandes „Recht auf Nicht-Recht“ lässt sich erkennen, wie vielschichtig das Thema Juridifizierung der Gesellschaft ist. Um dem schillernden Begriff näher zu kommen, zeigen die Herausgeber zunächst das Spektrum der Debatte auf. Es verlangt ein erhebliches Maß an Begriffsklärung, die schnell zu sehr grundlegenden Fragen führt. Juridifizierung ist im Ausgangspunkt ein soziologischer Befund. Er verweist auf die rechtliche Überformung sozialer Prozesse und gesellschaftliche Konfliktlösungsmechanismen. Dieser Befund lässt sich in unterschiedlichen Theoriesprachen artikulieren. Neben Habermas' an der Integrität von Lebenswelten orientierten Analyse ist insbesondere die systemtheoretische Beschreibung von Juridifizierung als Expansions-tendenz des Rechtssystems, das andere gesellschaftliche Teilsysteme überformt, prominent geworden. Diese Formeln der soziologischen Großtheorien sind nur ein erster Anknüpfungspunkt. Es kommt darauf an, die Effekte näher in den Blick zu nehmen, die sich infolge von Verrechtlichung einstellen, sowie die jeweiligen Regelungsmechanismen, die diese Effekte auslösen.

Bereits die Herausbildung und Ausdifferenzierung moderner Verfassungsordnungen kann als ein Prozess der Verrechtlichung, in dessen Folge Herrschaft zunächst konstitutionalisiert und anschließend demokratisiert wurde, beschrieben werden. Die weitere Verrechtlichung, die mit dem Wandel von Staatlichkeit verbunden ist und die materiellen Voraussetzungen des Freiheitsgebrauchs sichern soll, ist vielgestaltig und führt in eine Diskussion über Regulierungskonzepte, die sich an der Schnittstelle von Recht und Nichtrecht bzw. Regulierung und Selbstregulierung bewegen. Angesichts der Heterogenität von Verrechtlichungsphänomenen kommt es auf Binnendifferenzierungen an. Insbesondere das Grundrechtsverständnis und die Kategorie des subjektiven Rechts sind ein immer wiederkehrender Topos der Befragung. In Anlehnung an Bernhard Schlinks Begriff der „Vergerechtigungs“ sprechen die Herausgeber auch von einer „Vergrundrechtlichung“ gesellschaftlicher Prozesse als einer spezifischen Form der Verrechtlichung. Ein Grundtenor vieler Beiträge besteht darin, dass die funktionale Differenzierung der Gesellschaft und gesellschaftliche Selbstorga-

nisationsmechanismen gegenüber rechtlich-politische Steuerungsambitionen abgeschirmt werden sollten. Dabei geht es weniger um ein einfaches Zurücktreten des Rechts, weil das einen bestimmten Lebensbereich nur anderen systemischen Imperativen überantworten würde, sondern um Möglichkeiten des intelligenten Prozessierens, der Verschränkung und wechselseitigen Begrenzung von Recht und Nicht-Recht.

Das titelgebende „Recht auf Nicht-Recht“ erweist sich dabei als eine paradoxe Wendung. Allein dadurch, dass ein solches Recht formuliert wird, wird das vom Recht unterschiedene Nicht-Recht unter rechtliche Kategorien gebracht. Die Paradoxie ist für die vielfach systemtheoretisch informierten Beiträge des Bandes freilich kein Einwand, sondern etwas, das es angemessen zu entfalten gilt. Einsprüche gegen das Recht können von Seiten des Rechtssystems nur rechtlich reflektiert werden. Davon wie dieser Reflexionsprozess ausfällt und welche Selbstbeschränkungsstrategien entwickelt werden, hängt ab, inwieweit der Verrechtlichung mit den Mitteln des Rechts begegnet werden kann. In einem solchen Reflexionsprozess, so die Herausgeber, stehen auch elementare rechtliche Kategorien, wie das subjektive Recht, die Rechtsperson und das juristische Denken selbst auf dem Spiel.

Mit dem Band werden die Ergebnisse einer Tagung publiziert, die im September 2018 an der Justus-Liebig-Universität Gießen stattfand. Anlass waren die Geburtstage von Karl-Heinz Ladeur und Thomas Vesting. Der Band ist so aufgebaut, dass jeweils ein Beitrag einen Aspekt aufgreift und vertieft und somit das Thema vorgibt und ein weiterer Beitrag darauf im Stil eines Kommentars reagiert oder neue Gesichtspunkte einbringt. In dieser Weise bezieht sich Franz Reimer auf Ino Augsberg, Friedhelm Hase reagiert auf Judith Froese, Mansoor Koshan kommentiert Thomas Vestings Konzept von „Rights as Culture“. Petra Gehring und Steffen Augsberg diskutieren Unterschiede von rechtlicher und ethischer Normativität mit Blick auf Ethikkommissionen und Expertengremien für ethische Fragen. Andrea Klonschinski und Benno Zabel arbeiten sich an der Juridismuskritik ab. Dan Wielschs Überlegungen zur Ermächtigung von „Eigen-Sinn im Recht“ werden von Lars Viellechner kommentiert. Auf Karl-Heinz Ladeurs Beitrag antwortet Ricardo Campos. Abschließend kommentiert Stefan Koriouth Ghazaleh Faridzadehs Analyse zur Entwicklung von Menschsein und Personensein aus Sicht des islamischen Rechts.

Recht und Nicht-Recht

Ino Augsbergs Auftakttext ist eine Auseinandersetzung mit Hannah Arendts elementarem „Recht, Rechte zu haben“ sowie ihrem Verständnis kritischen Denkens und Urteilens. Der Titel markiert eine Differenz gegenüber Arendt („We Aren't Arendt“), die sowohl ihre These von der Aporie der Menschenrechte als auch ihre Urteilkonzeption betrifft. Augsberg geht es um die konzeptionellen Grundlagen eines Rechtsverständnisses, das nicht-abschließend ist und in Konfrontation mit dem „Nicht-Recht“ einen Anlass zur kontinuierlichen Selbsttransformation findet; einer Selbsttransformation, die auch vor den von Arendt diagnostizierten Aporien nicht haltmacht. „Nicht-Recht“ meint dabei nicht einfach: nicht Recht oder die Phänomene, die mittels einer rechtlichen Operation als außerrechtlich definiert werden. Das Nicht-Recht ist irreduzibel auf das Recht, weil es die rechtlichen Mechanismen der Ein- und Ausschließung unterläuft und sich „dem Recht, das es ermöglichen soll, zugleich entgegenstellt“ (34). Unter diesen Vorzeichen löst Augsberg Hannah Arendts „Recht, Rechte zu haben“ von der Vorstellung eines Meta-Rechts auf Recht, das juristische Verfahren auf höherer Ebene reproduzieren würde, und rückt es in die Perspektive des Nicht-Rechts:

„Ein nicht-tautologisches Verständnis der Formel von dem »Recht, Rechte zu haben«, müsste demnach nicht nur eine andere Form von Recht anvisieren, ein Recht, das nicht ausschließlich auf Prozessen des Ein-, Aus- und Abschließens beruht, also wesentlich auf die Grundkategorien des Eigenen und des Fremden bezogen ist. Es müsste damit zugleich eine andere Form des Sprechens in den Blick nehmen, die sich nicht in der propositionalen Form erschöpft“ (35).

Diese andere Form des Rechts ist ein Grenzbegriff, weil es auf eine andere Form des Sprechens und Urteilens verweist, die Augsberg mit dem Motiv der Unendlichkeit des Urteils aus Kants *Kritik der Urteilskraft* in Verbindung bringt. Es ist unklar, ob dieses unendliche Urteil eine tatsächliche Option sein soll und welche Perspektive es auf die Ausschlüsse eröffnet, die Arendt mit ihrer Aporie-These im Blick hatte und die an den Grenzen nationaler und supranationaler Rechtsordnungen manifest werden.

Franz Reimer stellt in seiner Replik kritische Rückfragen, die nicht nur Augsbergs Arendt-Lesart, sondern auch die daraus abgeleiteten Konsequenzen betreffen. Reimer zufolge sind wir von Arendt letztendlich nicht weit entfernt („Aren't We Arendt?“). Dies gelte für Arendts Konzeption des Urteilens und der Urteilspraxis, aber auch für ihre Sicht auf die weltrechtliche Situation. Weltbürgerrecht und Weltrepublik seien nach wie vor in weiter Ferne und nicht einmal eine wünschenswerte Option, weil sie die Exklusionen nicht beseitigen, sondern eher verschärfen würden. Reimer wendet sich zudem gegen ein Sprach- und Urteilsver-

ständnis, das die ausschließenden Züge des juristischen Urteils verabsolutiert und zeichnet demgegenüber ein Bild sprachlicher Praktiken, die „auf geteilte Erkenntnis, Einladung zum Diskurs, Selbstüberschreitung“ (60) angelegt sind. Eine Rückfrage an Reimer wäre, warum er vor dem Hintergrund eines Kommunikationsverständnisses, das letztendlich auf die Ausbildung eines vernünftigen Selbst- und Fremdverständnisses angelegt ist, bei Arendts Aporie stehen bleibt und nicht die Möglichkeit eines nicht „naiven Universalismus“ (56) und entsprechende Veränderung des Status quo in Betracht ziehen will.

Bereits an Ino Augsbergs und Franz Reimers Arendt-Lektüren wird deutlich, dass mit dem Verhältnis von Recht und Nicht-Recht auch der Gerechtigkeitsbezug des modernen Rechts und die Perspektiven einer nachutopischen Gesetzeskritik verhandelt werden. Das Recht demokratischer Verfassungsordnungen verfügt über Mechanismen, um problematische Konsequenzen von Verrechtlichungsprozessen und damit verbundene Ungerechtigkeiten immer wieder zu korrigieren. Dies gilt nicht nur für die Zustände innerhalb politischer Gemeinwesen, sondern auch für die Zustände an deren Grenzen. Die an eine kritische Öffentlichkeit zurückgebundenen Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsprozesse ermöglichen eine kontinuierliche Selbstkorrektur. Die Frage nach dem Verständnis dieses transgressiven Moments und der selbsttransformierenden Kraft des demokratischen Rechts kehrt in vielen Beiträgen leitmotivisch wieder.

Fundamentalkritik

Während ein reformistisches Verständnis die positiven Möglichkeiten des Rechts zur Selbsttransformation betont, geht es einer Fundamentalkritik um den Aufweis der intrinsischen Restriktionen und Beschränkungen. Sie artikuliert sich in einer philosophisch geprägten Juridismuskritik, die sich an der Rechtsform selbst entzündet. Diese wiederum gibt es in verschiedenen Varianten. Sie unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich der Problembeschreibung, sondern auch hinsichtlich der daraus abzuleitenden Konsequenzen. Einen gemeinsamen Ausgangspunkt bildet die Kritik an der „liberalen“ Form des Rechts und der Rolle subjektiver Rechte. Emanzipatorische Politik soll sich unter diesen Vorzeichen nicht nur nicht in Verrechtlichung erschöpfen können, sondern ist ihr prinzipiell entgegengesetzt, weil das moderne Recht als ein strukturelles Hindernis für gelingende Sozialität begriffen wird. Der Sozialphilosoph Daniel Loick hat die Grundthese seiner Studie zum Juridismus dahingehend zusammengefasst, „dass das moderne Recht, obwohl es Freiheit und Gleichheit realisieren soll, Freiheit und Gleichheit behindert“ (Loick 2017: 13). Mit dieser Diagnose kann Loick an die Studien Chris-

troph Menkes zu Recht, Gewalt und subjektiven Rechten anschließen (vgl. Menke 2015). Menke verfolgt dabei einen weniger sozialphilosophischen als rechtsphilosophischen Ansatz, der die Aporie oder Paradoxie aus einer Formanalyse des modernen Rechts und einer Kritik des damit verbundenen Freiheitsbegriffs entwickelt.

Benno Zabel und Andrea Klonschinski setzen sich mit den Thesen Menkes und Loicks direkt auseinander. Auch Karl-Heinz Ladeur bezieht sich in seinem Beitrag auf die Juridismuskritik. Zabel geht es dabei um eine „Kritik der Rechtskritik“ (166), insbesondere der Thesen Menkes. Zabels Einwände beziehen sich zum einen auf die Problembeschreibung und sind methodischer Art (156 ff.). Zum anderen betreffen sie die normativen Konsequenzen, wobei es, so Zabel, schon nicht leicht sei, diese überhaupt zu verstehen. Während Loick seiner Fundamentalkritik mit einem im Marx’schen Sinn „menschlichen“ Recht, das es zu schaffen gelte, eine deutliche sozialutopische Wendung gibt, blieben bei Menke der Status und die Konturen des „anderen Rechts“, das aus einer Dekonstruktion des liberalen Rechts hervorgehen soll, unklar. Menkes Rechtskritik kläre nicht darüber auf, wie die Spannung zwischen Recht und Gegenrechten zu operationalisieren sei.

Andrea Klonschinski knüpft an Zabel an und fragt nach der empirischen Basis der Juridismuskritik. Das ist eine berechtigte Frage, auch wenn der von Klonschinski angeführte Rule of Law Index des World Justice Forums (169), der Rechtsstaatlichkeit zu quantifizieren sucht, kaum hinreichende Antworten auf die Realität individueller Freiheit liefern dürfte. Jürgen Habermas hatte gegenüber seiner Kolonialisierungsthese, die sich bereits auf hohem Abstraktionsniveau bewegte, selbst den Einwand erhoben, „eine solche, stets der Gefahr der Überverallgemeinerung ausgesetzte Theorie [müsse] mindestens angeben können, welche Art von Empirie zu ihr passt“ (Habermas 1981: 523). Menkes Formanalysen halten die Empirie von vornherein eher auf Distanz. Loick hat den Anspruch, die Effekte des Juridismus, zu denen er „ideologische Täuschung, psychologische Deformation, Verlust kommunikativer Qualität und politische Paralyse“ (Loick 2017: 13) zählt, als soziale Phänomene in den Blick zu bekommen. Das moderne Recht habe auf eine „nur sozialphilosophisch zu erfassende Weise“ Anteil an der Formung entsprechender Dispositionen. Der sozialphilosophische Ansatz ist kein sozialwissenschaftlicher Ansatz. Loick geht – wie Axel Honneth, auf dessen Begriffsbildung und Kritikmodell er sich an dieser Stelle stützt – von Theorietexten und literarischen oder filmischen Zeugnissen aus, um die „Pathologien“ rechtlicher Freiheit aufzuweisen (Honneth 2011: 157 ff.). Die Perspektive einer rechtstatsachenorientierten empirischen Sozialforschung (vgl. die Nachweise zu entsprechenden Ansätzen bei Cottier 2020), die theoretische Annahmen auch irritieren könnten, wäre damit nicht inkompatibel, fehlt aber weitgehend. Sie würde wahrscheinlich eine nuancenreichere Diagnose ermöglichen.

Karl-Heinz Ladeur schließt unter anderen Vorzeichen an diese Diskussion an. Ladeur diskutiert in seinem Beitrag ausgehend von Werner Hamachers „Sprachgerechtigkeit“ postmoderne Lesarten der Operationsweise des Rechts und des rechtlichen Prozessierens. Ladeur zeigt eine gewisse Ungeduld angesichts des großen Aufwandes, der betrieben wird, um in immer neuen Figuren die Irreduzibilität der Gerechtigkeit oder die formative Kraft eines gegen die eigenen Selbstwidersprüche anlaufenden Rechts auf den Punkt zu bringen. Sein Einwand, der Aufweis von Widersprüchen betreffe nur das „theoretische Register“ (230), interessiere aber das Recht nicht, das sich in seinen praktischen Vollzügen davon nicht beeindrucken lasse, erscheint zunächst vordergründig. Das Recht lässt sich ja selten in seiner systemischen Reproduktion von theoretischen Beschreibungen irritieren. Ladeurs eigentlicher Punkt ist dann auch ein anderer. Er zielt auf den Rechtsbegriff der philosophischen Juridismuskritik, der zu undifferenziert sei, um die These eines notwendig abscheidenden und verkürzenden Charakters des Rechts zu tragen. Ladeur verweist auf Rechtsfiguren, die Freiheitsräume eröffnen, verschiedene Formen der Subjektivität ermöglichen und Wissen generieren. Dafür lassen sich sicher Beispiele finden. Aber auch sie stehen nicht für das Ganze des Rechts. Die losen Arrangements, die Ladeur vorschweben und die quasi den „Code“ eines flexiblen und anpassungsfähigen Rechts bilden sollen, sind in vieler Hinsicht genauso eine Idealisierung wie der Rechtsbegriff der kritisierten postmodernen Theoretiker. Ricardo Campos hebt in seinem Kommentar zu Ladeur die Gemeinsamkeiten hervor, die zwischen den Konzeptionen aufgrund ihres prinzipiell unabgeschlossenen Charakters bestehen. Auch in Ladeurs Theoriearchitektur finde sich ein „Moment des Überschusses“ (239), so Campos. Anders als Autoren wie Hamacher und Derrida gehe es Ladeur dabei aber um eine Art „Wissensgerechtigkeit“ (240). Der entscheidende Unterschied dürfte darin liegen, dass das Überschussmoment für Ladeur nicht aus einer Erfahrung der Unmöglichkeit oder Unzulänglichkeit des Rechts resultiert, sondern in der Eröffnung immer neuer Anschlussmöglichkeiten besteht (zu den unterschiedlichen Erläuterungsmöglichkeiten s. Reinhardt 2009: 239 ff.).

Die Möglichkeiten werden in Dan Wielschs Beitrag weiter ausgelotet. Wielsch bringt das Recht auf Nicht-Recht in emanzipatorischer Perspektive ins Spiel. Der Begriff „Nicht-Recht“ steht hier nicht für die schlichte Abwesenheit rechtlicher Regelungen, sondern für ein Recht auf rechtliche Formen und Methoden, die einen sozialreflexiven Umbau des Rechts ermöglichen. Darunter versteht er eine „Interpretation des Rechts durch die Gesellschaft selbst“ (201). Dieser Bezug auf die Gesellschaft und den Eigensinn sozialer Praktiken kennzeichnet alle Versuche, das Recht begrenzend gegen sich selbst in Stellung zu bringen. Wielsch belässt es nicht dabei, den Bezug auf die gesellschaftliche Dimension abstrakt anzudeuten, sondern zeigt eine entsprechende „soziale Hermeneutik im Recht“

anhand von Kategorien wie Privatautonomie, Familie oder der Emergenz sozialer Kooperation näher auf (190 ff.). Lars Viellechners kritische Rückfragen an Wielsch beziehen sich auf die Gelingensvoraussetzungen eines solchen Modells und die anspruchsvolle juristische Epistemologie, die damit verbunden ist. Wielsch erläutert lediglich, was das Recht zu leisten habe, führe aber nicht näher aus, wie es diese schwierige Aufgabe bewältigen können soll (204).

Selbstbeschränkungsstrategien

Unterhalb der sich auf hoher Verallgemeinerungsstufe bewegenden Überlegungen befinden sich Beiträge, die der Wirkung von Verrechtlichung in besonderen Kontexten wie dem Personenstandsrecht nachgehen oder spezifische Strategien der Selbstbeschränkung des Rechts zur Ermöglichung gesellschaftlicher Lernprozesse erörtern.

Judith Froese erläutert die Ambivalenz von Verrechtlichungsprozessen mit Blick auf die Auseinandersetzungen um Selbstbestimmung und geschlechtliche Identität. Es gibt wohl kaum einen Bereich, in dem sich rechtliche Fixierungen so repressiv auf die betroffenen Personen ausgewirkt haben und der Umstand zugleich auf so wenig öffentliches Interesse gestoßen ist, wie in Fragen der geschlechtlichen Identität. Inter- und Transsexualität haben lange Zeit keine Rolle im politischen Diskurs gespielt, weil das Thema eine große Mehrheit nicht interessierte oder irgendwie abgetan wurde. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen Korrekturen des Transsexuellengesetzes angemahnt und die rechtliche Fixierung auf die Binarität der Geschlechter gelockert. Diese gegen-majoritären verfassungsgerichtlichen Interventionen zur Durchsetzung grundrechtlicher Standards haben, neben zivilgesellschaftlichem Engagement, auch dazu geführt, dass das Verständnis für die damit verbundenen Identitätsverletzungen stärker zu Bewusstsein gekommen ist. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht erlaubt eine kontinuierliche Selbstbeobachtung des Rechtssystems hinsichtlich der eigenen Wirkungen. Die klassischen subjektiven Rechte erweisen gerade in diesen Auseinandersetzungen ihr emanzipatorisches Potenzial.

Froeses Beitrag zeigt, wie personale Identität durch Recht geschützt und zugleich beeinträchtigt werden kann. Um Freiheitsrechte zu gewährleisten, müssen Freiheitssphären abgesteckt und definiert werden, wobei im autoritativen Zugriff zugleich die Gefahr einer Beeinträchtigung des Selbstverständnisses von Personen liegt, wie gerade im Umgang mit geschlechtlicher Identität immer wieder deutlich geworden ist. Wäre unter diesen Voraussetzungen nicht die Anerkennung eines Rechts auf Nicht-Recht verstanden als weitgehender Verzicht auf

die Normierung des Geschlechts eine naheliegende Konsequenz? Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Entscheidung zur „dritten Option“ angedeutet, dass im Personenstandsrecht auf den Geschlechtseintrag auch ganz verzichtet werden könnte.¹ Froese sieht in einem solchen Regelungsverzicht keine Option und verweist auf die „identitätsstiftende und -stabilisierende Funktion des Personenstandes“ (78). Die Individuen seien auf entsprechende Identifikationsangebote der Rechtsordnung angewiesen. Der Hinweis auf die positiven Wirkungen rechtlicher Identifikationen erscheint an dieser Stelle etwas unvermittelt, da Froese zuvor einer freiheitserweiternden Ausdifferenzierung des Personenstandsrechts mit dem Argument entgegengetreten war, dieses könne die Vielfalt geschlechtlicher Identitäten „nur sehr bedingt abbilden“ und habe daher „immer noch ausgrenzende Wirkung“ (75).

Friedhelm Hase schließt an diese Überlegungen an und stellt die Frage, in welchem Umfang es überhaupt einen Anspruch auf Anerkennung individueller Selbstbeschreibung geben kann. Der Schutz personaler Identität ist mit der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes verknüpft. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die elementaren Voraussetzungen dafür, dass Personen ihre Individualität selbstbestimmt entwickeln können. Dieser Schutz ist nicht absolut und kann es auch nicht sein. Er greift aber gegenüber besonderen Gefährdungen. Die gilt zum einen gegenüber staatlichen Interventionen wie in den von Hase erwähnten Beispielen aus dem Ehe- und Familienrecht oder dem Sexualstrafrecht. Dies gilt zum anderen in horizontaler Hinsicht. Dazu gehört etwa die Möglichkeit, sich gegen ehrverletzende Äußerungen, üble Nachrede oder gravierend falsche Zuschreibungen zur Wehr zu setzen. Da sich persönliche Identitäten in einem Wechselspiel von Selbst- und Fremdwahrnehmung konstituieren, kann es keinen Anspruch geben, nur so von anderen dargestellt zu werden, wie man sich selbst sieht oder gesehen werden möchte (Britz 2019: 675).

Entgegen Hases Befürchtung dürfte auch das Anti-Diskriminierungsrecht nichts daran ändern. Hase sieht die Gefahr einer „einseitigen Fixierung verbindlicher Persönlichkeitsbeschreibungen“ (87 ff.) und verweist auf Fälle, wie den letztendlich vor dem U.S. Supreme Court ausgetragenen *Masterpiece Cakeshop Fall*.² Dabei ging es um die Frage, ob ein Konditor im U.S.-Bundesstaat Colorado die Herstellung einer Hochzeitstorte für ein gleichgeschlechtliches Paar unter Hinweis auf seine religiösen Überzeugungen verweigern kann. Die Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsgesetzgebung zielt auf den Schutz vor Benachteiligung aus bestimmten persönlichkeitsrelevanten Gründen und schützt

¹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 –, Rn. 65: „So könnte der Gesetzgeber auf einen personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag generell verzichten.“

² *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 138 S. Ct. 1719 (2018).

letztendlich auch die egalitären Voraussetzungen demokratischer Verfassungsordnungen, die durch Diskriminierungen und Benachteiligungen unterlaufen werden können. Sie hat Anteil an der Juridifizierung der Gesellschaft. Persönlichkeitsbeschreibungen werden damit aber gerade nicht verbindlich gemacht. Was in Konstellationen wie dem Masterpiece Cakeshop Fall punktuell eingeschränkt wird, ist die Privatautonomie eines Unternehmers, der ein Produkt oder eine Dienstleistung der Allgemeinheit anbietet. Von einem Konditor wird unter bestimmten Umständen erwartet, seine Hochzeitskuchen an alle zu verkaufen. Von ihm wird nicht erwartet, sich Ansichten zu eigen zu machen, die seinem vermeintlich „christlichen Weltbild“ widersprechen. Hase sorgt sich um diejenigen, die Ansichten vertreten, die nicht mehr „zum guten Ton“ (89) gehören, wie es am Ende des Beitrags heißt. Auch wer „Selbstdarstellungen queerer Lebensformen gleichgültig, distanziert oder ablehnend gegenübersteht“ (89), kann sich nach wie vor entsprechend äußern. Es geschieht ja auch leider noch häufig genug. Aber weder Meinungsfreiheit noch Antidiskriminierungsrecht geben einen Anspruch, dafür dann nicht kritisiert zu werden.

Auf gesellschaftliche Lernprozesse anderer Art hebt Thomas Vesting ab, wenn er in seinem Beitrag seine Kritik am klassisch-liberalen Grundrechtsdenken erneuert und versucht, das damit einhergehende Modell der Rechtssubjektivität aufzubrechen. Mit dem Eingriffsabwehrdenken sei eine „kontinentale »bildungsbürgerliche« Sichtweise über die gesellschaftlichen Freiheitsrechte“ (104) gelegt worden. Dies führe dazu, dass gesellschaftliche Freiheitsphären primär aus der Perspektive des Staates definiert würden. Ein anglo-amerikanisches Verständnis von bürgerlicher Kultur und Subjektivität soll demgegenüber einen stärkeren Schutz der nicht-staatlichen Dimension der Gesellschaft ermöglichen. Vesting betont die Potenziale schöpferischer Subjektivität für die Gesellschaft und verweist auf den „bürgerlichen Gentleman“ (100) oder den amerikanischen Pionier als *role model*. Dass ein solches Modell von Bürgerlichkeit erhebliche gesellschaftliche Voraussetzungen hat, wird hier nicht weiter hinterfragt (vgl. zum Ganzen mittlerweile Vesting 2021). Die Stoßrichtung von Vestings Konzeption zeigt sich in der Abgrenzung zu Teubners „gesellschaftlichen Konstitutionalismus“. Im Unterschied zu der von Teubner befürworteten Horizontalwirkung der Grundrechte, geht es Vesting um den „Schutz des experimentellen Projekts der Moderne“ (104 f.). Dabei vertraut er darauf, dass gesellschaftliche Institutionen wie Unternehmen, Märkte und Technologien ein Innovations- und Kreativpotenzial freisetzen und die positiven Folgen ungesteuerter Veränderungsprozesse die negativen Folgen in the long run überwiegen werden. Vestings Ansatz bleibe, so Mansoor Koshan in seiner Replik, trotz des unverkennbar systemtheoretischen Einflusses, auch Denktraditionen verpflichtet (109). Koshan meint damit den Empirismus und empfiehlt der Rechtstheorie eine

Hinwendung zum Pragmatismus à la Charles Sanders Peirce und William James. Angesichts der zunächst stark an Deleuze/Guattari ausgerichteten Darstellung hätte man diese Wendung nicht unbedingt erwartet. „Pulling the oars of a boat“ ist der Beitrag überschrieben.

Noch einmal eine andere Wendung erhält das Thema, wenn Petra Gehring Status und Rolle von Ethikgremien und politikberatenden Expertenkommissionen für ethische Fragestellungen erörtert. Gremien dieser Art bewegten sich, so Gehring, „an der Grenze von Recht und Nicht-Recht“. Sie werden von Politik, aber auch Wirtschaft in unterschiedlichen Konstellationen genutzt. Gehring zeichnet die Entwicklung anhand der Rolle der sog. Benda-Kommission, die in den frühen 1980er Jahren von Regierungsseite eingesetzt und nach dem langjährigen BVerfG-Präsidenten Ernst Benda benannt wurde, um Fragen der Genomanalyse und Gentherapie zu bearbeiten. Die Benda-Kommission wurde parallel zur Enquetekommission des Bundestages „Chancen und Risiken der Gentechnologie“ eingesetzt und erstellte einen Bericht, der für die Gesetzgebung zum Embryonenschutzgesetz Bedeutung gewann. Die strukturierte Beratung der Politik in ethischen Fragen ist dabei weniger Beispiel für eine Juridifizierung des Ethischen als für eine Ethisierung der Politik und für strukturierende Wirkung, die auch andere als rechtliche Normsysteme auf gesellschaftliche Prozesse haben können. In Ergänzung dazu stellt Steffen Augsburg die gegenwärtige Rechtslage des Embryonenschutzgesetzes als politischen Kompromiss dar, der möglich wurde, weil sich der Gesetzgeber bei der Beurteilung des Status des Embryos nicht durch verfassungsgerichtliche Vorgaben determiniert sah, sondern einen politischen Entscheidungsspielraum annahm. Die Integration ethischer Entscheidungsmuster in rechtliche Zusammenhänge kann einen ähnlichen Begrenzungseffekt haben, wie legislative Vorgaben. Sie könne allerdings auch als Kontrapunkt zur Verrechtlichung genutzt werden. „Recht auf Nicht-Recht ist vielgestaltiger als manche meinen“, so Augsburg (153).

Anschlussfragen

In der Heterogenität der Beiträge zu dem Band spiegelt sich die Heterogenität der Fragestellungen, die unter dem Gesichtspunkt der Verrechtlichung der Gesellschaft verhandelt werden. Im Fokus stehen normative und konzeptionelle Klärungen der Juridifizierung und daran anknüpfender Kritikperspektiven. Das Verhältnis von Rechtstheorie und empirischer Sozialforschung, die für Habermas noch Inspirationsquelle für seine Kolonialisierungsthese war, taucht immer wieder als Problem auf. Zum Teil artikuliert sie sich als Verständnisschwierigkeit

und Vorbehalt gegenüber einer stark normativ ansetzenden Juridismuskritik, zum Teil als Einwand gegenüber anspruchsvollen Konzepten eines flexiblen oder verflüssigten Rechts.

Die Analyse der mit der Juridifizierung der Gesellschaft verbundenen Fragen, die nicht bei einer Kritik der Rechtsform stehen bleiben will, wird nicht nur zwischen den verschiedenen rechtlichen Instrumenten und Regelungsarrangements unterscheiden, sondern auch deren tatsächliche Auswirkungen näher in den Blick nehmen müssen. Rechtskritik muss auf der einen Seite Anschluss an die sozialwissenschaftlich ausgerichtete Rechtstatsachenforschung halten und sich auf der anderen Seite eines konzeptionellen Rahmens vergewissern, um die unterschiedlichen Verrechtlichungsphänomene einordnen und beurteilen zu können. Das titelgebende „Recht auf Nicht-Recht“ eröffnet hier eine Perspektive. Die von den Herausgebern aufgeworfenen Fragen werden von den einzelnen Beiträgen ganz unterschiedlich beantwortet. Problemdiagnosen und Therapieangebote variieren erheblich. Das diskursive Format der Tagung mit der Abfolge von Texten und Kommentaren, das sich in der Publikation durchhält, bringt es mit sich, dass manches ausprobiert oder thesenhaft und zugespitzt formuliert wird. Nicht allem wird man zustimmen können. Die Lektüre macht das nicht weniger interessant.

Literaturverzeichnis

- Britz, Gabriele (2019) Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I 1 GG) – Verfassungsversprechen zwischen Naivität und Hybris? *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 10: 672–677.
- Cottier, Michelle (2020) Zur rechtssoziologischen Vermessung der Abschaffung, Transformation und Entformalisierung von Recht. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* vol. 40, no. 1–2, 2021, pp. 241–251: <https://doi.org/10.1515/zfrs-2020-0009>.
- Habermas, Jürgen (1992) *Faktizität und Geltung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen (1981) *Theorie des kommunikativen Handelns (Band 2)*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Honneth, Axel (2011) *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*. Berlin: Suhrkamp.
- Loick, Daniel (2017) *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*. Berlin: Suhrkamp.
- Menke, Christoph (2015) *Kritik der Rechte*. Berlin: Suhrkamp.
- Reinhardt, Jörn (2009) *Der Überschuss der Gerechtigkeit. Perspektiven der Kritik unter Bedingungen modernen Rechts*. Weilerswist: Velbrück.
- Teubner, Gunther (1985) Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, S. 289–344 in F. Kübler (Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

Vesting, Thomas (2021) *Gentleman, Manager, Homo Digitalis. Der Wandel der Rechtssubjektivität in der Moderne*. Weilerswist: Velbrück.

Voigt, Rüdiger (Hrsg.) (1980) *Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*. Frankfurt a. M.: Athenäum Verlag.

