

KARL-FRANZENS-UNIVERSITÄT GRAZ
UNIVERSITY OF GRAZ
Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen



Rechtssoziologie

Korrigierte Fassung 2024

Christian Hiebaum
FB Rechtssoziologie, Rechtspolitik, Verhandlungs- und Mediationsforschung
Tel.: +43 (0)316 380-3394
E-Mail: christian.hiebaum@uni-graz.at

Vorbemerkung

Das vorliegende Skriptum soll eine Einführung in die Rechtssoziologie bieten, insbesondere für Studierende der Rechtswissenschaften an der Universität Graz. Dabei handelt es sich aber nicht nur um eine *sehr komprimierte* Darstellung von einschlägigen Begriffen und Problemen, sondern auch um eine *hochselektive*. Einige durchaus zentrale Themen der Rechtssoziologie werden nicht behandelt oder allenfalls „gestreift“, einerseits aus Zeitgründen (die Vorlesung ist lediglich zweistündig) und andererseits, weil sie Gegenstand anderer Lehrveranstaltungen im Modul „Recht und Gesellschaft“ sind: u.a. Staat, politisches System und soziale Konflikte bzw. Konfliktregelung.

Natürlich gibt es zahlreiche inhaltliche Überschneidungen zwischen Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie, insbesondere dort, wo es um die Klärung von Grundbegriffen wie etwa „Recht“ geht. Dementsprechend finden sich einige Passagen (nahezu oder völlig wortgleich) sowohl in diesem als auch im Rechtsphilosophie-Skriptum.

Die Einführung ist *problem- und nicht theoriebezogen*. Das heißt, sie beinhaltet – wieder, um den Prüfungsstoff der zweistündigen Vorlesung anzupassen, aber auch, weil sie primär Studierende der *Rechtswissenschaften* adressiert – keine systematische Darstellung verschiedener soziologischer Denktraditionen. Theoretische Naivität, so hoffe ich, sollte ihr dennoch nicht attestiert werden können.

Die Literatur, auf die ich mich *hauptsächlich* stütze, ist jeweils unter den Kapitelüberschriften angegeben. Gelegentlich verweise ich im Text noch auf weitere Literatur, vor allem, aber nicht nur dann, wenn ich Passagen aus ihr zitiere. In der angegebenen Literatur finden sich auch zusätzliche empirische Befunde, auf die in der Vorlesung nicht oder zumindest nicht im Detail eingegangen werden kann.

Kein Freund von I, _, * oder : in Wörtern und generell etwas skeptisch, aber auch nicht völlig gleichgültig gegenüber Erwartungen „sprachlicher Inklusion“, verwende ich für Personen durchgehend das Femininum. Kein Geschlecht ist „bloß mitgemeint“, alle Geschlechter sind genau gleich gemeint. Wenn es auf das biologische oder soziale Geschlecht oder die „gender identity“ ankommt, wird dies explizit gemacht.

Für eine kritische Lektüre, hilfreiche Anmerkungen und Korrekturen danke ich Sascha Ferz und Birgit Söser.

Christian Hiebaum

Graz, Jänner 2023

Inhaltsverzeichnis

- 1 Rechtssoziologie, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik 4

Allgemeiner Teil

- 2 Recht als System sozialer Normen 7
- 3 Funktionen des Rechts 13
- 4 Die Effektivität des Rechts 22
- 5 Tugenden und Anreize 28

Besonderer Teil

- 6 Grund- und Menschenrechte 35
- 7 Eigentum 41
- 8 Sanktionen 48
- 9 Der Zivilprozess 55
- 10 Antidiskriminierungsrecht 64

1 Rechtssoziologie, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik

Was ist Rechtssoziologie und warum sollten Juristinnen zumindest über Grundkenntnisse der Rechtssoziologie verfügen? Um diese Fragen zu beantworten, soll die Rechtssoziologie im Ensemble der rechtswissenschaftlichen Sub- sowie der sozial- und geisteswissenschaftlichen Nachbardisziplinen verortet werden. Zu diesem Zweck unterscheiden wir zuerst zwischen drei (miteinander verschränkten) Perspektiven der Rechtsbetrachtung.¹

Drei Perspektiven der Rechtsbetrachtung

(1) Beobachterinnenperspektive

Beobachterinnen betrachten die Rechtswirklichkeit, ihre Entwicklung und Dynamik von außen. Ihr Erkenntnisinteresse ist ein prinzipiell wertneutrales.

Diese Perspektive kennzeichnet die **Rechtssoziologie**, aber auch die Rechtsgeschichte, die Rechtsanthropologie, die Politikwissenschaften und die positive Ökonomik.

(2) Teilnehmerinnenperspektive

Teilnehmerinnen betrachten das Recht von innen. Sie haben ein praktisches Orientierungsinteresse, d.h. sie fragen sich als Rechtsadressatinnen (als gewöhnliche Rechtsunterworfenen oder Rechtsanwendungsorgane), was jeweils rechtlich geboten, verboten und erlaubt ist. Sie sind dabei insofern nicht wertneutral, als sie sich einen möglichst vernünftigen Reim auf Normen machen wollen, denen sie zu entsprechen haben. Dies manifestiert sich insbesondere in Kontroversen über die richtige Interpretation von Normen und darüber, wie Prinzipien, Werte und Interessen abzuwägen sind.

Die Teilnehmerinnenperspektive kennzeichnet die **Rechtsdogmatik** und die juristische Praxis. Grundsätzlich ist sie aber die Perspektive aller, die Rechtsnormen, die sie im Großen und Ganzen für legitim halten, befolgen wollen.

(3) Gesetzgeberperspektive

Die Gesetzgeberperspektive ist die Perspektive derer, die Recht (im Lichte von Standards der Effizienz, des Gemeinwohls und der Moral) bewerten und an seiner Gestaltung bzw. am politischen Diskurs darüber beteiligt sind.

¹ Siehe P. Koller, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, 2. Auflage, Wien/Köln/Weimar: Böhlau 1997, 47-52.

Sie ist die Perspektive der **Rechtspolitik** und kennzeichnet im Ensemble der Rechts- und rechtsnahen Wissenschaften die (materielle) Rechtsphilosophie, die politische Philosophie sowie die normative Ökonomik.

Verschränkung der Perspektiven

Jede Beschreibung eines Rechtssystems von außen erfordert Verständnis dafür, wie sich das Recht den TeilnehmerInnen darstellt. Dies setzt mit TeilnehmerInnen geteilte Wertvorstellungen voraus, die wiederum bei der Interpretation des Beobachteten ins Spiel kommen. Man kann nicht gänzlich von den eigenen Standards der Vernünftigkeit abstrahieren, wenn man das Handeln anderer verstehen möchte.

TeilnehmerInnen wiederum beobachten zugleich, was im Rechtssystem vor sich geht, mit hin was die anderen TeilnehmerInnen (insbesondere die mit Autorität ausgestatteten Organe des Systems) tun. Juristinnen etwa, die Beratungsfunktionen erfüllen, entwickeln nicht nur (womöglich nicht einmal hauptsächlich) mehr oder weniger raffinierte eigene Argumente und Interpretationen, sondern haben auch darüber Bescheid zu wissen und zu informieren, wie „die Dinge tatsächlich laufen“ und wie die Gerichte regelmäßig entscheiden.

Rechtspolitisch Argumentierende schließlich müssen das Recht, das sie bewerten oder gestalten, kennen – und zwar so, wie es sich BeobachterInnen und TeilnehmerInnen darstellt bzw. darstellen wird. Nicht zufällig sind in den Gesetzgebungsprozess, z.B. in die Legistik, viele Juristinnen involviert. Das Erkennen von Regelungsbedarf und die Abschätzung von Regelungskonsequenzen erfordern oft auch eine gewisse rechtssoziologische Expertise.

Rechtswissenschaftliche (Sub-)Disziplinen

(1) Rechtssoziologie

Die Rechtssoziologie untersucht theoretisch und empirisch Wechselbeziehungen zwischen dem Rechtsgeschehen und anderen gesellschaftlichen Phänomenen, insbesondere Entstehung, Effektivität, Funktionalität und Dysfunktionalität rechtlicher Institutionen als Systeme sozialer Normen. Sie ist Teil sowohl der Rechtswissenschaften als auch der Soziologie und überschneidet sich naturgemäß mit der Sozialphilosophie, den Politik- und den Wirtschaftswissenschaften, aber auch mit der Psychologie (soweit sich diese Disziplinen ebenfalls beschreibend und erklärend mit dem Recht befassen).

Rechtssoziologische Theorien und Annahmen bilden oft den impliziten und bisweilen auch expliziten Hintergrund rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Analysen und

Argumente. Eine gewisse Vertrautheit mit den empirischen Tatsachen des Rechtslebens kann außerdem (neben dogmatisch abgesicherten Rechtskenntnissen) als essenziell für viele Tätigkeiten von Juristinnen in der Berufswelt gelten.

(2) *Rechtsdogmatik*

Die Rechtsdogmatik zielt auf eine Systematisierung des geltenden Rechts und entwickelt Lösungsansätze für typische und atypische Rechtsprobleme. Dabei rekonstruiert sie auch die Wertungen, die dem je geltenden Recht zugrunde liegen. Es gibt eine Dogmatik des österreichischen Rechts (des Zivilrechts, des Strafrechts, des Verfassungsrechts etc.), des deutschen Rechts, des französischen Rechts, des Völkerrechts, des Europarechts etc. Die Rechtsdogmatik steht hierzulande – durchaus zu Recht – im Zentrum der Juristinnenausbildung und wird manchmal – fälschlicherweise – auch mit Rechtswissenschaften *gleichgesetzt*.

Gerade die dogmatische Erschließung neuer Rechtsgebiete erfolgt oft mittels theoretisch-politischer Reflexion und Argumentationsweisen aus den Nachbardisziplinen wie der Philosophie, der Ökonomik und der Soziologie.

(3) *Rechtspolitik*

Rechtspolitik als reales soziales Geschehen (Konflikte, Deliberationen und Verhandlungen zwischen diversen politischen Akteurinnen) ist ein Gegenstand der Rechtssoziologie. Mit Rechtspolitik im Sinne der Bewertung und inhaltlichen Gestaltung von an die Allgemeinheit adressierten Rechtsnormen befassen sich Rechts- und politische Philosophie sowie die normative Ökonomik, bisweilen auch theologisch grundierte Sozialethiken.

2 Recht als System sozialer Normen

Lit. P. Koller, On the Nature of Norms. *Ratio Juris* 27(2) 2014, 155-175; T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 5. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 162-186.

Damit wir uns in der Welt zurechtfinden und in ihr halbwegs rational handeln können, muss sie für uns ein gewisses Maß an **Berechenbarkeit** aufweisen. In der natürlichen Welt sorgen dafür Regelmäßigkeiten, die sich idealerweise als Naturgesetze beschreiben lassen. Dabei handelt es sich freilich nicht um Normen, die verbindlich oder unverbindlich sowie mehr oder weniger gewichtig sein können, sondern um **Kausalzusammenhänge**.

Bereits **normativen Charakter** haben die Regeln der Logik, denen wir beim Denken im Großen und Ganzen folgen und die wir auch voraussetzen, wenn wir die Äußerungen und Handlungen anderer interpretieren. Anders als Naturgesetze können diese Regeln verletzt werden. Solche Regelverletzungen geben Anlass für **Kritik** (Selbstkritik oder Kritik anderer). Ein Denken, das sämtliche Regeln der Logik *permanent* verletzt, ist jedoch unverständlich (für einen selbst wie für andere) und womöglich gar nicht mehr als Denken zu klassifizieren. Ähnlich verhält es sich mit den Regeln der Mathematik und sonstigen grundlegenden Standards der Rationalität. Unter anderem, weil Irrationalität (z.B. in Form von Willensschwäche oder Wunschdenken) immer möglich ist, lassen sich für die soziale Welt prinzipiell keine strikten Kausalgesetze formulieren.

Weniger fundamental, aber dennoch essenziell für das Zusammenleben sind **moralische** und **soziale Normen**, wobei moralische Normen bisweilen zugleich soziale Normen sind, also über soziale Geltung, manchmal sogar Rechtsgeltung verfügen. Letzteres tun sie freilich keineswegs unbedingt. Einige moralische Normen, die ich, C. H., anerkenne, sind nicht so breit anerkannt, dass man von ihnen sagen könnte, sie würden sozial existieren. Ich mag mir *wünschen*, dass sie auch soziale Geltung besitzen, muss aber zur Kenntnis nehmen, dass ich mit ihnen nur einer kleinen Minderheit angehöre. Manche dieser Überzeugungen können nicht einmal bei mir selbst handlungsleitend wirken, solange es nur meine oder die Überzeugungen einer kleinen Minderheit sind. Umgekehrt mögen nach meinem Dafürhalten und zu meinem Bedauern völlig falsche, d.h. ungültige moralische Normen sozial existieren (vielleicht sogar in Rechtsform), einfach weil sie von vielen anderen anerkannt und hinreichend oft befolgt werden. So gab es in zahlreichen Gesellschaften lange Zeit Sklaverei, starre ständische Hierarchien und ähnliches Unrecht, das nicht weithin als solches angesehen wurde. Und noch heute meinen anders als ich viele (wenn auch nicht unbedingt hierzulande), dass die Todesstrafe moralisch geboten oder zumindest erlaubt sein kann. Dementsprechend ist sie in einigen Strafrechtsordnungen nach wie vor vorgesehen.

Im Folgenden interessieren nur **soziale Normen**, und zwar nicht bloß im Sinne von Normen, die sich auf unser Sozialverhalten beziehen (das tun auch moralische Normen, die aus guten oder schlechten Gründen so gut wie niemand anerkennt oder befolgt),

sondern im Sinne von **Normen, deren Existenz von empirischen Faktoren abhängt und die Teil der sozialen Wirklichkeit sind.**

Für Berechenbarkeit in der sozialen Welt sorgen aber nicht nur soziale Normen. Es lassen sich in der Gesellschaft durchaus auch **Verhaltensmuster beobachten, denen keine sozialen Normen** im noch näher zu erläuternden Sinne **zugrunde liegen**, sondern bloße Nutzenkalküle, „Spaß an der Freude“ oder schlicht unreflektierte Gewohnheiten. Wenn wir genug über die Überzeugungen und Wünsche anderer wissen, können wir auch gut begründete **kognitive Erwartungen** in Bezug auf ihr Verhalten ausbilden. Kognitive Erwartungen werden im Enttäuschungsfall angepasst. **Normative Erwartungen** dagegen sind enttäuschungsresistent. Das heißt, wenn sie enttäuscht werden, geben wir sie nicht einfach auf, sondern reagieren mit Empörung, Vorhaltungen o.Ä. Wenn er uns offensteht, beschreiten wir möglicherweise sogar den „Rechtsweg“. Dementsprechend können wir auch Verschiedenes meinen, wenn wir etwas „**normal**“ nennen: (1) „dem Durchschnitt entsprechend“, „häufig zu beobachten“ u.Ä.; und (2) „so wie es sein sollte“, „so wie es sich gehört“ u.Ä. „Normalität“ kann also einen bloß deskriptiven oder einen normativen Sinn haben.

Soziale Normen im Allgemeinen

„In general, social norms, understood as real entities, are not mere material things or objects, but products of communicative action, namely meaningful communicative artefacts that aim to regulate the social interaction of their addressees by providing them with standards for their conduct in the form of more or less binding instructions, requirements, prohibitions, permissions, empowerments and the like. In order to qualify as actual social norms, these standards must be identifiable for their addressees on demand. The identification and determination of such standards is often pretty difficult, especially if they emerge from tacit agreement only, and even if they are merely based on oral social tradition. However, they usually become much clearer when they appear in written form, especially in texts that are accepted as authoritative sources, such as the judicial decisions and statutory orders of an advanced legal system. At any rate, one may assume that, in theory, all social norms can be appropriately verbalized in linguistic form, even though this is not always easy in practice...“ (Koller, On the Nature of Norms, 169).

Soziale Normen sind **bloß konventionelle Normen** oder **Rechtsnormen** (welche durchaus eine Grundlage in Konventionen haben).

Zwei allgemeine Existenzbedingungen

- (1) **Minimale Effektivität:** Die Normen müssen tatsächlich Einfluss auf die praktischen Einstellungen und Verhaltensweisen einer hinreichend großen Zahl von Personen (Normerzeugerinnen und Normadressatinnen) haben. Sie sind nicht bloß Ausdruck der Bedürfnisse und Wünsche Einzelner.

- (2) **Minimale Anerkennung:** Die Normen müssen von einer hinreichend großen Zahl von Personen (der Mehrheit oder einer mächtigen Minderheit) als verbindliche Verhaltensrichtlinien angesehen werden und nicht *bloß* als etwas, das für ihr Verhalten kausal relevant ist bzw. dem zu entsprechen im eigenen Interesse liegt. Das heißt, die Normen dienen als Standards der Kritik. (Wer den Befehlen eines Straßenräubers Folge leistet, mag gute Gründe dafür haben. Aber zu diesen Gründen zählt nicht die Anerkennung der Befehle als verbindliche Normen.)

Typischerweise zieht die Verletzung sozialer Normen, wenn sie jemandem auffällt, **Reaktionen der Missbilligung** bis hin zu handfesten **Sanktionen** nach sich: Tadel, Beziehungsabbruch, Verhängung behördlicher Strafen etc. Bei den Normverletzerinnen wiederum stellt sich häufig **Scham** ein (insbesondere, aber nicht nur, wenn die Normverletzung beobachtet oder bekannt wird). Zumindest wird dies vom sozialen Umfeld erwartet. Bisweilen wird auch versucht „nachzuhelfen“ („shaming“), vor allem wenn es sich bei der verletzten Norm nach Auffassung der Anderen um eine moralische Norm handelt.² Wenn die betreffende Person die verletzte Norm *selbst* als gültige moralische Norm anerkennt, entstehen bei ihr auch mehr oder weniger starke **Schuldgefühle** („Gewissensbisse“).

Unterscheidungen

- Regulative/konstitutive Regeln: **Regulative Regeln** regulieren Verhalten, das auch ohne die Regeln gesetzt werden kann (z.B. Regeln über das Verhalten bei Tisch bzw. bei der Nahrungsaufnahme, Regeln des höflichen Umgangs und diverse Schädigungsverbote). **Konstitutive Regeln** ermöglichen erst bestimmte Verhaltensweisen wie das Eingehen einer Verpflichtung durch Versprechen, die Verwendung von Zahlungsmitteln oder die Gründung einer GmbH.³
- Universelle/partikulare/spezielle Regeln: **Universelle Regeln** sind Regeln für prinzipiell alle Gesellschaftsmitglieder (z.B. Regeln des Strafrechts oder des Straßenverkehrs). **Partikulare Regeln** sind Regeln für Personen bestimmter Kategorien (z.B. Regeln für Studierende, Professorinnen, bestimmte Berufsgruppen, Eltern oder Politikerinnen). **Spezielle Regeln** sind Regeln, deren Gegenstand Beziehungen zwischen konkreten Personen (nicht: Personen bestimmter Kategorien) sind (z.B. Regeln, auf die sich Geschäftspartnerinnen oder Ehegattinnen geeinigt haben).⁴

² „Shaming“ (on- und offline) kann aber auch ein Versuch sein, eine soziale Norm erstmals zu etablieren oder ihren Geltungsbereich über ein bestimmtes Milieu hinaus auszudehnen. Und nicht selten geht es denen, die es betreiben, darum, anderen die eigene Tugendhaftigkeit zu signalisieren („virtue signalling“).

³ Siehe J. Searle, *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Zur Ontologie sozialer Tatsachen*. Hamburg: Rowohlt 1997, 54-61.

⁴ In der Rechtstheorie bzw. Normenlogik dagegen unterscheiden wir, was den Adressatinnenkreis betrifft, nur zwischen generellen und individuellen Normen. Erstere sind an die Allgemeinheit gerichtet, haben also einen unbestimmten Adressatinnenkreis, letztere an bestimmte Personen oder Gruppen. Partikulare Regeln im soziologischen Sinne zählen zu den generellen Normen, die freilich nur in Fällen normativ wirksam werden, wo jemand die Eigenschaft aufweist, die eine Kategorie konstituiert, also z.B. Professorin, Vater, CEO oder Nationalratsabgeordnete ist. Dagegen sind spezielle Regeln in der normenlogischen Nomenklatur individuelle Normen.

- Verhaltens-/Bewertungsnormen: **Verhaltensnormen** gebieten, verbieten oder erlauben direkt Verhaltensweisen. **Bewertungsnormen** bieten einen Maßstab zur Bewertung von Verhaltensweisen. „Genau besehen handelt es sich dabei allerdings nicht um eine eigenständige Kategorie, denn Verhaltensforderung und Bewertungsnorm fallen gewöhnlich ineinander. ... Relevant wird die Unterscheidung, wenn sich die maßgeblichen Normen im Lichte übergeordneter Normen oder Wertvorstellungen selbst als schlecht oder unrecht darstellen.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 172)
- Manifeste/latente Normen: Bei **manifesten Normen** ist klar, dass ein bestimmtes Verhalten nicht bloß üblich oder unüblich, sondern geboten, verboten oder erlaubt ist. Bei **latenten Normen** ist nicht klar, ob wir es bloß mit einer Gewohnheit zu tun haben, von der man durchaus auch abweichen darf, oder mit einer Norm im vollen Sinne, also mit einer manifesten Norm. Was in manchen Kontexten oder Milieus manifeste Normen sind, sind in anderen womöglich nur Gewohnheiten. Soziale Normen entstehen oft schleichend: es beginnt mit bloßen Gewohnheiten, und diese entfalten nach und nach normative Kraft, wobei zwischendurch Unklarheit über die Verbindlichkeit herrscht.
- Normen der konventionellen Sozialmoral/sonstige Normen: Für **Normen der konventionellen Sozialmoral** erheben diejenigen, die diese Normen als Moral und eben nicht als *bloße* Konvention bzw. partikulare Kultur akzeptieren, folgende Ansprüche: universelle Geltung und Vorrang vor **sonstigen Normen**. Typischerweise ist die konventionelle Moral kleiner, weniger komplexer Gruppen dichter als die konventionelle Moral größer, komplexerer Gruppen oder gar von Massengesellschaften.
- Verteilungs-/Koordinations-/Kooperationsnormen (siehe Kap. 3)

Rechtsnormen im Besonderen

Was das „Wesen“ von Rechtsnormen angeht, so stellen nicht nur Laien, sondern auch manche Soziologinnen primär auf den für das Recht typischen Zwang ab. Solche **Zwangstheorien** „beziehen das Recht im Kern auf den Staat, seine Organe, seine institutionalisierten verfahren und den von ihm ausgeübten Rechtszwang oder, wenn die nationalstaatliche Verengung vermieden werden soll, auf staatsähnlich organisierte und mit politischer Macht und Legitimität ausgestattete Großverbände“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 178). Vertreterinnen: Max Weber, Theodor Geiger, Donald Black, Klaus Röhl.

Konsens- oder **Anerkennungstheorien** dagegen stellen auf die gesellschaftliche Akzeptanz ab. Vertreterinnen: Eugen Ehrlich, Niklas Luhmann, Adam Podgórecki. Mitunter entsteht dabei freilich das Problem, Rechtsnormen nicht mehr von anderen sozialen Normen abgrenzen zu können. Andererseits „[beruht] [d]ie normative Ordnung der Gesellschaft [ohnehin] stets auf dem Zusammenwirken rechtlicher und nichtrechtlicher Normen. Für viele soziologische Fragestellungen und empirischen Untersuchungen kommt es daher in der Tat auf eine Abgrenzung zwischen ihnen nicht an“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 181).

Ein soziologisch wie juristisch angemessener Rechtsbegriff wird sowohl Zwangs- als auch Anerkennungselemente als essenziell ausweisen und dabei vor allem die besonderen Modalitäten der Normentstehung und Normdurchsetzung hervorheben. Hauptsächlich durch diese Modalitäten und weniger durch seine allgemeinen Funktionen unterscheidet sich das Recht von anderen Systemen sozialer Normen.

Definition (nach Koller): Recht ist eine Menge sozialer Normen, (1) deren Wirksamkeit im Großen und Ganzen durch organisierten Zwang garantiert wird, (2) deren Erzeugung auf einer entsprechenden Ermächtigung beruht und (3) deren Verbindlichkeit die hinreichend weitverbreitete Überzeugung ihrer Legitimität voraussetzt.

Ad (1): Das Recht ist nicht bloß auf informellen sozialen Druck gestützt. Es enthält vielmehr **Normen, die einigermäßen genau regeln, wer unter welchen Bedingungen gegen wen mit welchen Mitteln Zwang ausüben darf** (Selbsthilfe ist zumindest im staatlichen Recht die Ausnahme). Respektive sieht es dafür und für die Beilegung von Konflikten Verfahren vor (nicht unbedingt nur Gerichtsverfahren, sondern auch sonstige Schlichtungs- und Vermittlungsverfahren). **Organisierte Rechtsdurchsetzung ist nicht gleich staatliche Rechtsdurchsetzung.** Recht gab es schon vor dem modernen Staat mit Gewaltmonopol, wobei in der Frühzeit der Rechtsentwicklung die Grenzen zwischen Recht und sonstigen sozialen Normen besonders unscharf waren. Das Recht ist zu verschiedenen Zeiten an verschiedenen Orten nach und nach aus sozialen Normen entstanden. Die genauen Zeitpunkte und Orte des Übergangs von bloß konventionellen Normen zu Rechtsnormen lassen sich kaum angeben.⁵

Ad (2): Zumindest modernes Recht enthält zahlreiche Normen, die Personen oder Personengruppen ermächtigen, **planmäßig neue, an die Allgemeinheit adressierte Normen zu schaffen.** In der Frühzeit des Rechts gab es weniger gezielte Rechtssetzung als Konventionen. **Gewohnheitsrecht** kennen wir aber nach wie vor. Insbesondere im internationalen Recht (Völkerrecht) hat es große Bedeutung.

Ad (3) Das Legitimitätserfordernis unterscheidet Recht von Ordnungen, die auf nichts als Gewalt gestützt sind, etwa von Ordnungen, die Verbrecherbanden etabliert haben und die typischerweise nicht einmal von ihren Mitgliedern als Systeme von Normen anerkannt werden, die auch für Nichtmitglieder *verbindlich* wären. Die Legitimität politisch geschaffenen Rechts hängt davon ab, welche Präferenzen in den Rechtssetzungsprozess eingeflossen sind (**Input-Legitimität**), und/oder davon, wie der Inhalt der Normen und deren soziale Auswirkungen zu bewerten sind oder – so würde es die bloße Beobachterin formulieren – tatsächlich bewertet werden (**Output-Legitimität**).⁶

⁵ Zu Vor- und Frühformen des Rechts siehe U. Wesel, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 5. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Erster Teil.

⁶ In der jüngeren politikwissenschaftlichen Literatur findet man noch eine drittes Legitimitätskriterium bzw. eine dritte Legitimitätsdimension: „throughput“-Legitimität. Dabei geht um die Art und Weise, *wie* Präferenzen zu kollektiv verbindlichen Entscheidungen verarbeitet werden. Es handelt sich um ein „procedural criterion concerned with the quality of governance processes, as judged by the accountability of the policy-makers and the transparency, inclusiveness and openness of governance processes“ (V. Schmidt und M. Wood, Conceptualizing throughput legitimacy: Procedural mechanisms of accountability, transparency, inclusiveness and openness in EU governance. *Public Administration* 97 2019, 727–740).

Damit soziale Normen Rechtsverbindlichkeit entfalten können, müssen sie von den Erzeugerinnen und Adressatinnen nicht für optimal (moralisch einwandfrei sowie dem Gemeinwohl und der Effizienz zuträglich wie keine anderen Normen) gehalten werden. Es genügt, dass das System, das sie bilden, im Großen und Ganzen für die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft als legitim gelten kann und die Normen im Einklang mit den Regeln ihrer Erzeugung geschaffen wurden, z.B. mittels demokratischer Verfahren oder gemäß den vertragsrechtlichen Vorgaben des internationalen Rechts („**Legitimität durch Verfahren**“). Das heißt, ihre Rechtsgeltung ziehen Normen zu einem großen Teil aus der Tatsache, dass sie entsprechend den Regeln eines legitimen Systems entstanden sind. Wobei auch das System, dem die Normen angehören, nicht als optimal oder ideal angesehen werden muss. **Manchmal reicht das ordnungsgemäße Zustandekommen der Normen** im Rahmen eines für legitim gehaltenen Systems **nicht aus**. Wenn Normen nach Auffassung allzu vieler Adressatinnen allzu eklatantes moralisches Unrecht darstellen oder sonst allzu unvernünftig anmuten und deshalb regelmäßig ignoriert werden, sind sie nicht Teil des geltenden Rechts. Jedenfalls gibt es einen Zusammenhang zwischen Legitimität und Effektivität. Dieser ist nicht nur politisch und soziologisch relevant, sondern auch juristisch. Normen, die regelmäßig unangewendet bleiben, weil man sie weithin als unannehmbar ansieht, werden „**obsolet**“ genannt. (Der Geltungsverlust durch Obsoleszenz ist das Gegenstück zur Entstehung von Gewohnheitsrecht durch langandauernde, von einem Rechtsgeltungswillen, einer „*opinio iuris*“, getragene Übung.)

3 Funktionen des Rechts

Lit. P. Koller, Formen sozialen Handelns und die Funktion sozialer Normen. In *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Hrsg. A. Aarnio et al., Berlin: Duncker & Humblot 1993, 265-293; T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 5. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 186-190.

In seinen allgemeinen Funktionen unterscheidet sich das Recht nicht von anderen Systemen sozialer Normen. Lediglich die Erfüllung dieser Funktionen in einer einigermaßen komplexen und dynamischen (Massen-)Gesellschaft erfordert oftmals Formen und Modalitäten, die das Recht gegenüber bloßen Konventionen auszeichnen.

Was sind die allgemeinen Funktionen sozialer Normen und damit auch des Rechts im Besonderen? Man beachte: Die Antwort auf diese Frage sollte zwar zu einem besseren Verständnis der sozialen Welt beitragen, bietet aber keine (vollständige) Erklärung für die *Entstehung* von sozialen Normen und Institutionen. Ebenso wenig bietet sie eine hinreichende Grundlage für deren Bewertung oder Rechtfertigung.

Normierungsbedarf unter Personen ohne prosoziale Einstellungen

Um die Frage nach den Funktionen sozialer Normen zu beantworten, bedienen wir uns zunächst der Mittel der **Spieltheorie**. Das ist jener Zweig der Theorie des rationalen Entscheidens, „der sich mit dem strategischen Verhalten von Personen unter der Bedingung der wechselseitigen Abhängigkeit ihres Handelns beschäftigt“ (Koller, Formen sozialen Handelns und die Funktion sozialer Normen, 267). Wir setzen voraus, dass wir es nur mit rationalen Personen zu tun haben, die bloß ihren eigenen Nutzen maximieren wollen und wissen, dass alle rationale Personen sind, die bloß ihren eigenen Nutzen maximieren wollen (und außerdem wissen, dass alle dies wissen).

Exkurs:

- Sind wir an nichts als der Maximierung uns je eigenen Nutzens interessiert?

Nein, die meisten verfügen noch über andere Motive als den Wunsch, den Eigennutzen zu maximieren, insbesondere altruistische und moralische Motive sowie Neugier bzw. Wissensdrang und die Lust am Spiel.

- Aber handeln wir altruistisch und moralisch nicht bloß, um uns besser oder weniger schlecht zu fühlen?

Oftmals geht es uns durchaus auch darum, aber wer an *nichts anderem* als der Maximierung des eigenen Nutzens interessiert ist, also über keinerlei Mitgefühl und Gewissen verfügt,

kennt ohnehin keine Freude über das Wohlergehen anderer oder Schuldgefühle, möglicherweise auch keine Schamgefühle.

- Maximieren diejenigen, die nur an der Maximierung des eigenen Nutzens interessiert sind, tatsächlich ihren eigenen Nutzen, wenn sie rational kalkulieren?

Kaum, denn es gibt auch Nutzen, die man nicht lukrieren kann, wenn man es nur darauf abgesehen hat. Mancher Nutzen ist wesentlich Nebenprodukt anders als egoistisch motivierten Handelns.

- Aber ist nicht jede Handlung *per definitionem* egoistisch, da wir sie nicht setzen würden, wenn wir uns nicht irgendetwas davon versprechen?

Nein, wenn jede Handlung *per definitionem* egoistisch wäre, würde „egoistisch“ nichts zu ihrer Charakterisierung beitragen. Damit wir den Begriff „Egoismus“ und das Adjektiv „egoistisch“ sinnvoll verwenden können, muss es zumindest *denkmöglich* sein, dass jemand nicht-egoistisch handelt.

Analytisch lassen sich Handlungsmotive freilich leichter auseinanderhalten als bei der Erklärung konkreter realer Handlungen. Bei vielen Handlungen kommen mehrere Motive gleichzeitig zum Tragen (vgl. Eltern, die Opfer für ihre Kinder bringen).

(Ende des Exkurses)

Was leisten nun Normen für rationale Egoistinnen, also für Personen, die über keinerlei moralisches Bewusstsein, Gemeinwohlorientierung und Sympathie für Andere verfügen? Oder: Inwiefern haben auch rationale Egoistinnen ein Interesse an Normen, die sie in ihrem Verhalten beschränken? Stellen wir uns einen Zustand der Abwesenheit sozialer Normen („**Naturzustand**“) vor und fragen uns, welche Probleme für die Mitglieder einer solchen Gesellschaft auftreten und wie Normen diese Probleme lösen!

Verteilungsprobleme

Verteilungsprobleme können entstehen, wenn ein Gut von feststehender Größe (d.h. seine Größe hängt nicht von der Verteilung ab) aufzuteilen ist. Wir haben es hier mit lauter **konfligierenden Interessen** zu tun. Jede Person möchte ein möglichst großes Stück des „Kuchens“. Es liegt ein **Konstant- bzw. Nullsummenspiel** vor: Was eine Person mehr bekommt, bekommt eine andere Person weniger.

Im günstigsten Fall wird nach dem Kräfteverhältnis aufgeteilt (Achtung: nicht gleich, denn unsere „Spielerinnen“ kümmern sich nicht um Gleichheit oder Fairness). Dies setzt jedoch voraus, dass die Einschätzungen des Kräfteverhältnisses harmonisieren. Wenn nur eine Person sich für stärker hält, als die anderen glauben, dass sie ist, kommt es unweigerlich zum gewaltsamen Konflikt (und zwar unabhängig davon, wer mit der Einschätzung richtig liegt). Daran haben rationale Egoistinnen kein Interesse. Denn ein Konflikt verursacht Kosten (und Risiken).

Hinreichend verlässlich durchgesetzte **Verteilungsnormen** lösen dieses Problem, indem sie Einschätzungen des Kräfteverhältnisses unnötig machen. Damit wirken sie

friedenssichernd. Beispiel: Eigentumsregeln (Regeln, die festlegen, unter welchen Bedingungen wem was gehört).

Koordinationsprobleme

Hier verfolgen Personen ein gemeinsames Ziel, das sie aber nur durch Abstimmung ihres Verhaltens erreichen können. Ihre **Interessen harmonisieren**. Es liegt ein **Positivsummenspiel** vor. Probleme treten in folgenden Fällen auf: Unkenntnis der Präferenzen der anderen in Bezug darauf, *wie* das Ziel erreicht werden soll; divergierende Präferenzen; Indifferenz (Abwesenheit von Präferenzen).

Koordinationsnormen bewirken ein abgestimmtes Verhalten. Typischerweise sind sie „selbstexekutiv“. Das heißt, weil niemand etwas durch eine Normenverletzung gewinnen kann, hat niemand einen Anreiz zur Abweichung von der Norm – auch dann nicht, wenn eigentlich eine andere Norm gewünscht wird. Es braucht also keine Sanktionsandrohung. Beispiel: (manche) Straßenverkehrsregeln (selbst wenn ich eine Linksfahrregel dem Rechtsfahrgebot vorziehen würde, wäre es nicht die Aussicht auf Bestrafung, die mich davon abhält, als Geisterfahrer auf Autobahnen unterwegs zu sein).

Kooperationsprobleme

Kooperationsprobleme sind Konstellationen, in denen die Einzelnen keinen Anreiz zum Kooperieren haben (weil niemand sich durch *eigene* Kooperation besserstellen kann) und aufgrund allseitiger Nichtkooperation (Defektion) zu einem für alle schlechteren Ergebnis gelangen. Dass alle Mitglieder einer Gruppe ein Interesse an allseitiger Kooperation haben, bedeutet nicht, dass alle kooperieren. Rationale Egoistinnen würden am liebsten Trittbrett fahren, mithin von der Kooperation der anderen profitieren, ohne sich an den Kosten der Kooperation zu beteiligen. Und niemand möchte die Einzige sein, die kooperiert, denn so hätte sie allzu oft nur Kosten ohne Nutzen. Wir haben es also mit teilweise harmonisierenden und teilweise konfligierenden Interessen und wieder mit einem **Nicht-Konstantsummenspiel** zu tun.

Kooperationsprobleme werden oft **Gefangenendilemmata** genannt. Dies verdanken sie folgendem klassischem Beispiel:

Zwei Gefangene (A und B) haben einen Raub begangen, den die Staatsanwältin (StA) aber nicht beweisen kann. Deshalb bietet StA sowohl A als auch B folgenden Deal an: Wenn du gestehst und die Andere nicht, gehst du als Kronzeugin frei und die Andere bekommt 10 Jahre Haft. Wenn du gestehst und die Andere auch, bekommt ihr beide Strafmilderung, also jeweils 5 Jahre. Wenn keine gesteht, wenn ihr also miteinander kooperiert, bekommt ihr wegen eines geringfügigeren Delikts jeweils 1 Jahr. Als rationale Egoistinnen werden sich sowohl A als auch B unkooperativ verhalten („Egal, was der Andere macht, es ist immer besser für mich, nicht zu kooperieren“). Suboptimales Ergebnis: Jede bekommt 5 Jahre (Nash-Gleichgewicht). Hätten sie kooperiert, also geschwiegen, hätte jede nur 1 Jahr bekommen. (Ohne eine Norm, die sie zur Kooperation zwingt, gelangen sie zu diesem Ergebnis nur, wenn sie nicht rational oder nicht egoistisch agieren.)

Arten der Kooperation:

- positive Kooperation: in Form von Leistungen (z.B. Steuerleistung)
- negative Kooperation: in Form von Unterlassen schädigender Handlungen (z.B. keine Körperverletzung, kein Diebstahl)
- symmetrische Kooperation: Gleichverteilung der Vor- und Nachteile
- asymmetrische Kooperation: Ungleichverteilung der Vor- und Nachteile

In der Realität liegen **oft kombinierte Verteilungs- und Kooperationsprobleme** vor. Das heißt, es sind Güter von nicht-feststehender Größe (Güter, deren Größe mit der Verteilung variiert) aufzuteilen, etwa Staatseinnahmen oder Kosten und Nutzen der Klimapolitik.

Kooperationsnormen lösen Kooperationsprobleme, indem sie einen Anreiz zur Kooperation im allseitigen Interesse schaffen. Beispiele: Steuergesetze, Umweltschutzgesetze, Strafrecht – generell: Normen zur Bereitstellung **öffentlicher Güter**.

Darunter werden Güter verstanden, die sich durch mindestens eines von zwei Merkmalen auszeichnen:

- (1) Nicht-Exklusivität des Konsums: Niemand kann von der Nutzung ausgeschlossen werden, d.h. die Nutzung kann nicht auf diejenigen beschränkt werden, die dafür zahlen.
- (2) Nicht-Rivalität des Konsums: Die Nutzung der einen beschränkt nicht die Nutzung der anderen.

Reine öffentliche Güter weisen beide Merkmale auf (z.B. ein lebensfreundliches Klima/saubere Luft, militärische Sicherheit). Unreine öffentliche Güter weisen nur eines der Merkmale auf: Allmendegüter („Common Pool Resources“) die Nicht-Exklusivität (z.B. öffentliche Straßen, gemeinsame Fischbestände), Klubgüter die Nicht-Rivalität (z.B. Pay-TV). **Private Güter** dagegen kennzeichnen sowohl Exklusivität als auch Rivalität der Nutzung.⁷

Lösung der Probleme ohne (Rechts-)Normen?

Nicht immer braucht es zur Lösung der genannten Probleme soziale Normen. In **kleinen stabilen Gemeinschaften** können theoretisch selbst rationale Egoistinnen suboptimale Ergebnisse ohne Normen vermeiden, da sie einander gut kennen und immer wieder miteinander zu tun haben, also **Superspiele** spielen. Sie kommen eher zu harmonisierenden Einschätzungen des Kräfteverhältnisses und können sich leichter spontan abstimmen und kooperationsförderliche Strategien wie „tit for tat“ anwenden.

Anders verhält es sich in großen Gesellschaften mit viel Anonymität und zahlreichen einmaligen Begegnungen („**one-shot games**“), die Strategien wie „tit for tat“ unanwendbar machen. Hier ist es oft auch mit bloß konventionellen Normen nicht getan.

⁷ Diese (ökonomische) Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Gütern hat nichts mit den Eigentumsverhältnissen zu tun. So ist ein Polizeiauto, wiewohl in staatlichem Besitz, ein privates Gut und ein im Privatbesitz befindliches, per Gesetz für Wandernde offenes Almgebiet ein öffentliches Gut.

Man bemerke: Die (Beteiligung an der) **Bestrafung Unkooperativer** ist selbst ein Akt der Kooperation, zu dem ausschließlich Eigeninteressierte keinen Anreiz haben, wenn keine entsprechenden Normen existieren, obwohl ein allgemeines Interesse daran besteht, dass Unkooperative bestraft werden (die Praxis der Bestrafung Unkooperativer ist ein öffentliches Gut, dementsprechend auch ein funktionierender Rechtsdurchsetzungsapparat). Auch die **Normerzeugung** kann ein Kooperationsproblem darstellen, nämlich insofern sie kollektives Handeln erfordert, an dem sich zu beteiligen rationale Egoistinnen oft kein Interesse haben. Rechtsnormen können kollektives Handeln ermöglichen oder zumindest erleichtern, indem sie Verfahren festlegen. Sie organisieren, insbesondere in Form von Verfassungsrecht, ihre eigene Erzeugung (siehe Kap. 2). Mit lauter strikten Egoistinnen (selbst wenn sie rational sind) ist aber dennoch kaum „ein Staat zu machen“. Auch die bestmöglich designten rechtlichen Institutionen sind auf entgegenkommende Tugenden angewiesen. (Zu Risiken der Gestaltung von Regeln und des Institutionendesigns unter der Annahme des ökonomischen Modells menschlichen Handelns siehe Kap. 5.)

Normierungsbedarf unter Personen mit prosozialen Einstellungen

Tatsächlich besteht die Gesellschaft nicht aus Personen, die *immer und überall* rational und egoistisch handeln. Die meisten sind weder durchweg rational noch durchweg an der Maximierung des je eigenen Nutzens interessiert, sondern verfügen (neben noch fragwürdigeren Motiven) auch über Altruismus sowie Gerechtigkeits- und Gemeinsinn. Doch auch sie benötigen Normen, oftmals sogar Rechtsnormen. Normen lösen in einer Gesellschaft prosozial Eingestellter mindestens zwei Arten von Problemen: **kognitive Probleme** und **motivationale Probleme**.

Kognitive Probleme

Ohne soziale Normen bzw. Institutionen, die Rollen definieren, Verantwortlichkeiten zuweisen und **Handlungspflichten konkretisieren**, blieben diese allzu unbestimmt, so dass auch gutwillige Personen nicht wüssten, was sie genau tun sollen.

Beispiel:

Angenommen, die meisten sind aus Gründen der Fairness oder Solidarität durchaus bereit, einen Beitrag zur Finanzierung des Systems der sozialen Sicherung, des Gesundheitssystems, Bildungssystems u.Ä. zu leisten. Ohne Steuergesetze könnten sie nicht wissen, wieviel sie beitragen sollen. Die Größe des individuellen Beitrags, zu dem man verpflichtet ist, hängt auch von den Beiträgen der anderen Gesellschaftsmitglieder ab, und die Auffassungen darüber, was jede Person zu leisten hat, gehen mit hoher Wahrscheinlichkeit auseinander, sofern sie nicht überhaupt sehr unbestimmt bleiben. Insbesondere werden halbwegs vernünftige Menschen dabei auf Bedingungen abstellen, von denen man nicht wissen kann, ob und inwieweit sie erfüllt sind. So kann man, obwohl es relevant für die

Bemessung des eigenen Beitrags wäre, nicht wissen, ob und wie viele andere Gesellschaftsmitglieder Beiträge dieses oder jenes Umfangs leisten werden.

Motivationale Probleme

Die meisten grundsätzlich Kooperativen sind nicht *bedingungslos* kooperativ. Ihre Kooperationsbereitschaft hängt auch davon ab, ob hinreichend viele andere ebenfalls kooperieren. (Wohlgemerkt: Ausschließlich an der Maximierung des eigenen Nutzens Interessierte hingegen kooperieren außerhalb von Superspielen ohne entsprechenden Zwang auch dann nicht, wenn alle anderen kooperieren und sie das wissen.) Soziale Normen bzw. Institutionen schaffen **Erwartungssicherheit** und gewährleisten, dass Fairness nicht allzu kostspielig und der „gute Wille“ nicht überstrapaziert wird.

Oft genannte Funktionen des Rechts

Verteilungs-, Koordinations- und Kooperationsprobleme können *prinzipiell* nicht nur durch Rechtsnormen, sondern auch durch andere soziale Normen gelöst werden. Doch wie oben festgestellt, finden wir in großen, dynamischen und komplexen Gesellschaften ohne Recht kaum das Auslangen.

Denn Systeme bloßer Konventionen laborieren oft an **Unklarheit über die geltenden Regeln**, an der **Unwirksamkeit des informellen sozialen Drucks** und an einem allzu **statischen Charakter**. Anders als sie enthalten Rechtssysteme typischerweise (und was immer sonst noch zu ihnen gehören mag) nicht nur (1) **Regeln, die unsere Pflichten definieren**, sondern auch (2) **Regeln über Regeln** (Metaregeln), die Kriterien für die Geltung von Regeln festlegen (a) und zur Verfolgung von Regelverstößen (b) sowie zur Erzeugung von Regeln ermächtigen (c). Regeln vom Typ (2a) reduzieren Unklarheiten. Regeln vom Typ (2b) ermöglichen eine effektivere und effizientere Regeldurchsetzung. Und Regeln vom Typ (2c) erlauben die gezielte Anpassung der Regeln an sich ändernde Umstände in einer dynamischen Gesellschaft.⁸

Anders als in der ökonomischen Literatur ist in der soziologischen Literatur oft nicht explizit von Verteilungs-, Koordinations- und Kooperationssicherungsfunktionen die Rede. Eher werden die folgenden Funktionen des Rechts genannt. (Diese Liste spiegelt keine bestimmte Theorie wider. Die genannten Funktionen sind augenscheinlich miteinander und mit Verteilungs-, Koordinations- und Kooperationssicherungsfunktionen verschränkt.)

(1) Soziale Integration

„Das Recht schafft die Möglichkeit, dass die Menschen in der Gesellschaft zusammenleben können; es organisiert die Gesellschaft und ihre Gliederungen und sichert ihre

⁸ Siehe H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford: Clarendon Press, Kap. V.

Integration und Stabilität.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 187) Dies tun andere soziale Normen auch. Allerdings können nichtrechtliche soziale Normen allein die Integrationsfunktion in hochgradig ausdifferenzierten, durch Wertpluralismus und Interessenheterogenität gekennzeichneten Gesellschaften nicht erfüllen.

(2) Verhaltenssteuerung

Das Recht „reguliert und koordiniert ... das Verhalten und die Erwartungen der Menschen, indem es überindividuelle Verhaltensmuster prägt, soziale Rollen definiert, die Verteilung knapper Güter festlegt, Gruppen und Organisationen das notwendige normative Gerüst verleiht, Rechtsbegriffe und Rechtsinstitutionen ausbildet und diese zu einem ... möglichst widerspruchsfreien System zusammenfügt.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 187) Dabei bewegt es sich augenscheinlich in einem Spannungsfeld zwischen den **Freiheitsbedürfnissen** des Individuums und den Konformitätsansprüchen des Kollektivs. Zumindest einige der Letzteren lassen sich, wie wir oben gesehen haben, durchaus mit den **Wohlfahrtsinteressen** von Individuen rechtfertigen, nämlich mit Interessen an der Vermeidung diverser suboptimaler Zustände wie Konflikt und Unterbereitstellung öffentlicher Güter.

(3) Konfliktbereinigung

Das Recht kann nicht jeglichem sozialen Konflikt vorbeugen bzw. solche Konflikte unterbinden.⁹ Und selbst wenn das möglich wäre, sollte es keine Ambition sein, zumal es erhebliche Kosten verursachen würde: in Form von Freiheitsbeschränkungen und Wohlfahrtseinbußen. Allerdings ist es durchaus eine Aufgabe des Rechts, für einige bereits entstandene Konflikte Verfahren der Bereinigung oder Einhegung bereitzustellen. Diese Funktion „wird nicht nur durch die Rechtsprechung erfüllt, sondern auch durch Wahlen, Abstimmungen, Verwaltungsentscheidungen, Rechtsberatung und durch den Abschluss von Vergleichen“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 188).

Bisweilen ist der juristische Blick auf die Dinge, der Fokus auf Rechte und Pflichten, **selbst Teil des Problems**, indem er Konflikte generiert oder perpetuiert.¹⁰ Dem trägt das Recht auch zunehmend Rechnung. So sieht es in immer mehr Rechtsbereichen Verfahren der einvernehmlichen Konfliktbereinigung vor (z.B. Mediation), in denen die Parteien sich über ihre „eigentlichen“ Interessen klarer werden sollen und verhandeln, ohne ständig auf (tatsächlichen oder eingebildeten) Rechtsansprüchen zu insistieren.¹¹ Oftmals sind solche Verfahren den herkömmlichen Verfahren autoritativen Entscheidens nur

⁹ Zum Begriff des sozialen Konflikts und zur Abgrenzung sozialer Konflikte von bloß divergierenden Überzeugungen, konfligierenden Interessen und Konkurrenz siehe C. Hiebaum, Was ist ein sozialer Konflikt? In *Grazer Forschungsbeiträge zu Frieden und Konflikt*, Hrsg. M. Lakitsch und W. Suppanz, Graz: Graz University Library Publishing 2022, 135-158. <https://library-publishing.uni-graz.at/index.php/lp/catalog/view/31/113/365>.

¹⁰ Gute, erfahrene Juristinnen wissen das und streben deshalb für ihr Klientel nicht bei jeder sich bietenden Gelegenheit eine autoritative Entscheidung durch ein Gericht an.

¹¹ Rechtsanthropologie und Rechtsethnologie legen sogar nahe, dass derartige Verfahren oft den Anfang des Übergangs von bloßen Konventionen zu Recht bilden. Siehe U. Wesel, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 5. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Erster Teil.

vorgelagert. Und dass die Option einer autoritativen behördlichen oder Gerichtsentscheidung weiterhin besteht, hat durchaus Einfluss auf solche Verhandlungen.

(4) *Legitimation von Herrschaft*

Soweit aus den oben genannten Gründen kollektiv verbindliche Entscheidungen notwendig sind, bedürfen diese, um Normen tatsächlich zur Existenz zu bringen, einer Legitimation, die über den Verweis auf allgemeine Funktionen von Normen hinausgeht. Rechtssysteme enthalten, wie bereits erwähnt, Regeln, die Verfahren der politischen Entscheidungsfindung (inkl. bestimmter Beschränkungen wie etwa Grundrechte) einrichten. Die Einhaltung dieser Verfahrensregeln trägt wesentlich zur Legitimität der einzelnen Entscheidungen bei („**Legitimität aus Legalität**“).

(5) *Sicherung der Freiheit*

Moderne im Allgemeinen und Liberale im Besonderen nehmen auch die Freiheitssicherung als eine Funktion des Rechts an: „In politisch und wirtschaftlich offenen Gesellschaften westlichen Typs ist die Gestaltung von rechtlichen Rahmenbedingungen, in denen Menschen selbst aktiv werden können, eine der zentralen Aufgaben des Rechts, deren Lösung für ihre Stabilität und ihren Erfolg wesentlich ist. Sie in unserem Zusammenhang als eigenständige Funktion anzuführen ist wichtig, weil es insoweit gerade nicht um rechtliche Verhaltenssteuerung geht, sondern um den Verzicht darauf.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 189) **Verhaltenssteuerung muss allerdings nicht unbedingt direkte Freiheitsbeschränkungen bedeuten**, zumal sich Verhalten nicht nur über Ge- und Verbote, sondern auch über Anreize (z.B. Steuererleichterungen und Subventionsversprechen) steuern lässt, auf die anzusprechen man nicht *verpflichtet* ist, sondern lediglich im eigenen Interesse und in weiterer Folge auch im allgemeinen Interesse liegt.

(6) *Gestaltung der Lebensbedingungen*

„Die Regelung der Pflicht, sich für Gemeinschaftsaufgaben, zum Beispiel für die Verteidigung gegen äußere Feinde oder den Bau von Deichen, zur Verfügung zu stellen, gehörte seit jeher zu den elementaren Funktionen des Rechts. In der Gegenwart sind die zahlreichen **Aufgaben der Daseinsvorsorge, der Wirtschaftslenkung und des modernen Sozialstaats** hinzugekommen. Das Recht ist neben dem Geld das wichtigste Instrument der politischen Steuerung von Wirtschaft und Gesellschaft.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 189-190)

Gegenwärtig essenziell ist das offenkundig noch sehr unzulängliche Klimarecht. **Klimarechtspolitik** und **Klimarechtsdurchsetzung** erfordern nicht nur nationale, sondern auch internationale Kooperation, welche aufgrund ihres asymmetrischen Charakters und der durch große Ungleichheit geprägten Beziehung zwischen den Akteurinnen nur schwer im nötigen Ausmaß zustande kommt.

(7) Bildung

Primärer Gegenstand des Rechts ist das äußere Verhalten von Menschen. Das gilt auch für Normen, die festlegen, was an Bildungsinhalten in Schulen und Universitäten vermittelt werden soll. Doch können Rechtsnormen direkt oder indirekt auch erzieherische Effekte zeitigen oder sogar darauf abzielen: „Unverkennbar ist die erzieherische Absicht und auch die Wirkung bekannter Strafvorschriften, zum Beispiel des Sexualstrafrechts und zum Schwangerschaftsabbruch. ... [D]ie Warnungen vor Gesundheitsschäden des Rauchens bei der Zigarettenreklame sollen Menschen zur Abstinenz vom Rauchen erziehen. Viele Gesetze der früheren DDR wurden nicht müde, als ihr Ziel die Bildung des sozialistischen Menschen zu propagieren.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 190)

Generell **bekräftigen Rechtsnormen bestimmte Werte und Prinzipien der Rechtsgemeinschaft**, sodass es für die Einstellungen der Einzelnen durchaus einen Unterschied machen kann, ob ein Verhalten in der Gesellschaft lediglich als unmoralisch oder sonst ungebührlich gilt oder auch mit rechtlichen Sanktionen verknüpft ist. Und bisweilen ändern sich irgendwann nach dem äußeren Verhalten auch die inneren Einstellungen (siehe Kap. 5) – was in weiterer Folge den Kontroll- und Rechtsdurchsetzungsaufwand reduziert. Kurz: Das richtige Bewusstsein (Antirassismus, Antisexismus etc.) geht dem richtigen Verhalten (Nicht-Diskriminierung) keineswegs immer *vor*aus.

Typischerweise aber werden **erzieherische Effekte nicht erzielt, wenn es die Rechtsnormen nur darauf abgesehen haben**. Wenn sie nichts anderes tun, als die Werte und Prinzipien der Rechtsgemeinschaft zu symbolisieren, tun sie auch dies allzu oft nicht in dem Sinne effektiv, dass sie damit einen Einstellungswandel bei den Adressatinnen bewirken würden.¹² Allenfalls bewirken sie Genugtuung bei denen, deren Einstellungen die Rechtsnormen (teilweise) wiedergeben, ohne sie verursacht zu haben. Beispiel: „Tiere sind keine Sachen; sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Die für Sachen geltenden Vorschriften sind auf Tiere nur insoweit anzuwenden, als keine abweichenden Regelungen bestehen.“ (§ 285a ABGB) Übersetzt: „Tiere sind zwar keine Sachen. Personen sind sie aber auch nicht. Vielmehr werden sie als *besondere* Sachen behandelt.“

¹² Siehe dazu C. Hiebaum, Symbolische [Rechts-]Politik. Eine Begriffs- und Problemanalyse. *Juridikum* 4/2012, 455-464. https://www.juridikum.at/fileadmin/user_upload/ausgaben/juridikum_2012-4.pdf.

4 Die Effektivität des Rechts

Lit. T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 5. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 239-263.

Damit man von sozialen Normen sagen kann, dass sie gelten, müssen sie ein **Mindestmaß an Effektivität** aufweisen. Das heißt, sie müssen einen signifikanten Einfluss auf das Verhalten einer hinreichend großen Zahl von Adressatinnen haben bzw. ihre Verletzung muss Reaktionen der Missbilligung bis hin zu Sanktionen auslösen. Eine **genaue Effektivitätsschwelle**, die Normen zu überschreiten haben, um als Teil der sozialen Wirklichkeit angesehen werden zu können, **lässt sich nicht angeben**.

Rechtsnormen im Besonderen haben noch **weitere, rechtlich festgelegte Voraussetzungen** zu erfüllen: Sie müssen auf eine bestimmte Art und Weise zustande gekommen und kundgemacht worden sein, dürfen höherrangigen Rechtsnormen nicht widersprechen etc. Erfüllen sie diese Voraussetzungen nicht, besitzen sie keine Rechtsgeltung, können aber – bei hinreichender Effektivität (und Anerkennung) – durchaus als sonstige soziale Normen gelten.

Begriffe und Forschungsfragen

Eine Rechtsnorm gilt oder sie gilt nicht. **Juristinnen sprechen typischerweise nicht von Graden der Geltung**. Geltung ist für sie nicht abstufbar. Denn „Rechtsgeltung“ bedeutet lediglich „*Existenz* als Rechtsnorm“, und etwas, so die (implizite) Annahme, kann nicht mehr oder weniger existieren. Auch Prinzipien (die über die Dimension des Gewichts verfügen und im Kollisionsfall gegeneinander abzuwägen sind) gelten oder gelten nicht.

In der **Soziologie** dagegen findet man oft einen etwas anderen Geltungsbegriff. Demnach **gilt eine Norm in dem Maße, wie sie befolgt wird**. Geltung, so verstanden, ist dasselbe wie Wirksamkeit. Und Wirksamkeit ist eine abstufbare Eigenschaft.¹³ Um Konfusionen zu vermeiden, verwenden wir im Folgenden „Geltung“ im Sinne von „(nicht abstufbarer) Existenz“ und „Wirksamkeit“ bzw. „Effektivität“ für etwas, das Geltungsvoraussetzung ist und zugleich über die bloße Geltung hinausgeht.

„**Effektivität**“ wiederum bezeichnet in der Soziologie, durchaus im Einklang mit dem allgemeinen Sprachgebrauch, zweierlei: (1) den **Grad der Befolgung** (einschließlich der Durchsetzung der Norm durch die hierzu ermächtigten Instanzen) und (2) den **Grad der**

¹³ Dagegen ist schon unklar, ob Rechtsgeltung im juristischen Sinne als eine *Eigenschaft* von Rechtsnormen betrachtet werden kann.

Erreichung von Normzielen, mithin die Funktionalität der Norm.¹⁴ Beides ist Gegenstand der empirischen Effektivitätsforschung.¹⁵

Verhaltens- und Sanktionswirksamkeit

„**Verhaltenswirksamkeit**“ meint den Grad der Befolgung durch die Adressatinnen. Auch diejenigen, die eine Norm als verbindlich anerkennen, befolgen sie oft nicht oder nicht allein deshalb. Oft tun sie dies aus unreflektierter Gewohnheit oder aus Furcht vor Sanktionen oder sonstigen Eigeninteressen. Mitunter, nämlich wenn die Rechtsnorm lediglich eine für richtig gehaltene moralische Norm zum Ausdruck bringt, motiviert die moralische Überzeugung selbst.¹⁶ „**Sanktionswirksamkeit**“ bezeichnet die Wahrscheinlichkeit, dass Normen von den zuständigen Instanzen durchgesetzt bzw. Normverletzungen geahndet werden.

Eine **geringe Verhaltenswirksamkeit kann bis zu einem gewissen Grad durch hohe Sanktionswirksamkeit kompensiert werden**. Sie kann **aber auch zur Überforderung der Sanktionsinstanzen führen**, die dann in der Durchsetzung allzu unverlässlich und selektiv werden, was wiederum Legitimitätsprobleme¹⁷ verursacht, die zu einem Geltungsverlust führen können. **Legitimitätsprobleme** können zudem daraus resultieren, dass Normen zwar durchaus verlässlich und gleichförmig durchgesetzt werden, aber *deshalb* eine geringe Verhaltenswirksamkeit besitzen, weil sie weithin für unannehmbar gehalten werden. In solchen Fällen ruft jede Sanktionierung die Existenz der defizienten Norm in Erinnerung. Das kann Widerstand hervorrufen.

Umgekehrt können Normen sehr **verhaltenswirksam** sein, **obwohl die Möglichkeiten der Sanktionierung von Normverletzungen rechtlich oder empirisch äußerst beschränkt sind**. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Rechtsnorm sonstige gut etablierte soziale Normen (vor allem der konventionellen Sozialmoral) widerspiegelt. Man

¹⁴ Siehe auch H. Rottleuthner und M. Rottleuthner-Lutter, Die Effektivität von Recht. Ein Beitrag zur Rechtssoziologie. In *Kraft Gesetz*, Hrsg. G. Wagner, Wiesbaden: Springer VS 2010, 13-34.

¹⁵ Man bemerke: Empirische Wirksamkeit ist nicht dasselbe wie *normative Wirksamkeit*. Dass eine Regel normativ wirksam ist, bedeutet, dass ein Sachverhalt ihren Tatbestand erfüllt, sodass die an den Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge (etwa die Entstehung einer individuellen Verhaltenspflicht) quasi automatisch eintritt. Die Frage, ob bzw. wann eine Norm normativ wirksam ist oder nicht, ist keine Frage der Rechtssoziologie, sondern eine Rechtsfrage. Doch wie Juristinnen in der Praxis gut daran tun, die empirische Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Normen nicht gänzlich außer Acht zu lassen, ihre eigenen Rechtsüberzeugungen nicht für allein maßgeblich zu halten und zu beobachten, was andere, insbesondere Höchstgerichte, tun und denken, so ist auch die rechtssoziologische Forschung oft auf ein überdurchschnittliches Maß an juristischer Expertise angewiesen. Auch wer lediglich soziologisch Debatten zwischen Juristinnen analysiert, sollte Ahnung vom Gegenstand der Debatten haben und über die einschlägigen Begriffe verfügen. Allgemein gilt: Beobachterinnen sollten zumindest ungefähr wissen, wie sich die Dinge den Teilnehmerinnen darstellen.

¹⁶ So dürften viele auch deshalb geneigt sein, Verträge einzuhalten, weil sie meinen, dass Versprechen moralische Pflichten generieren – und eben weniger aus Sorge um Kooperationsgewinne oder Furcht vor Sanktionen.

¹⁷ Nicht unbedingt und direkt *Legalitätsprobleme*: Nach zumindest in Österreich vorherrschender Auffassung beinhaltet das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz nicht das Recht auf Gleichbehandlung im Unrecht. Man kann sich gegen eine Bestrafung also nicht dem Argument zur Wehr setzen, eine andere Person sei für den gleichen Rechtsbruch nicht bestraft worden.

denke an politische Systeme, in denen Verfassungstext und Verfassungswirklichkeit nicht allzu weit auseinanderdriften, in denen also die politische Kultur den rechtlichen Institutionen weitgehend entspricht (ein Fall von „entgegenkommenden Tugenden“). Die Normen mögen nicht für ideal gehalten werden, aber es wird in solchen Fällen allgemein angenommen, dass sie deutlich besser sind als nichts. Sie fungieren als Koordinationsnormen (siehe Kap. 2) und sind gewissermaßen, soweit bekannt, selbstexekutiv.

Probleme der Bestimmung der Effektivitätsquote

Ermittelt wird die Effektivität von Rechtsnormen mit qualitativen und quantitativen Methoden der empirischen Sozialforschung, also mit Interviews u.Ä. einerseits und statistischen Erhebungen und Berechnungen andererseits. Doch eine genaue **Quantifizierung** fällt **naturgemäß schwer**.

Zur Illustration:

„Die Effektivitätsquote einer Geschwindigkeitsbeschränkung im Straßenverkehr auf 30 km/h lässt sich nur feststellen, wenn unter der Voraussetzung gezählt wird, dass jeder, der auch nur 31 km/h fährt oder doch jenseits einer exakt fixierten Toleranzspanne liegt, gegen das Verbot verstößt. Nun reduziert zwar eine große Zahl von Fahrern ihr Tempo, aber doch nur auf vielleicht 40 oder 50 km/h. Ist die Beschränkung auf 30 km/h in solchen Fällen wirksam oder nicht? Statistisch wäre es auf verschiedene Weise möglich, derartige Annäherungen an das gebotene Verhalten zu berücksichtigen, doch verzerren alle Verfahren die Ergebnisse sehr erheblich.

Nicht zuletzt stößt das Quotenmodell auf prinzipielle Grenzen, wenn die Gesamtzahl der relevanten Situationen nicht bestimmbar ist. Der Anteil der Autofahrer, die bei Rotlicht über eine Kreuzung fahren, lässt sich zählen, wenn die Kreuzung lang genug ständig beobachtet wird. Wie viele Menschen ihre Steuererklärung ‚frisieren‘, kann dagegen nicht genau ermittelt werden. Vollends wäre es verfehlt, die Effektivität des Gebots: ‚du sollst nicht töten‘ dadurch bestimmen zu wollen, dass der Berechnung die Zahl der Fälle zugrunde gelegt wird, in denen das Gebot eingehalten wurde. Hier ist schon theoretisch unsicher, worauf abgestellt werden müsste, denn die Situationen, in denen ein Mord oder Totschlag in Betracht kommt, heben sich vom allgemeinen Strom des Geschehens nicht erkennbar ab. In solchen Fällen muss die Wissenschaft daher zu Hilfslösungen greifen. Sie fragt zum Beispiel, wie viele Tötungsfälle in einem Gebiet pro Jahr auf 100 000 Einwohner entfallen. Bei anderen Fragestellungen ist es immerhin möglich, die einschlägige Größenordnung aufgrund einer repräsentativen Befragung zu ermitteln.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 246)

Prinzipiell etwas leichter fällt es, *Veränderungen* der Effektivität (sowohl der Verhaltens- als auch der Sanktionswirksamkeit) und *Unterschiede* zwischen Bevölkerungsgruppen zu quantifizieren. Bei allen Schwierigkeiten und nötigen Vorbehalten kann eine solche Effektivitätsforschung auch für die Rechtspolitik von großem Nutzen sein – insbesondere, wenn die Befunde mit plausiblen bzw. ihrerseits empirisch fundierten Erklärungen verknüpft werden.

Funktionalität

Unter „Effektivität“ fällt auch der **Grad der Zielerreichung**. Selbst im engen Sinne sehr effektive Rechtsnormen können ihr Ziel verfehlen, ja sogar kontraproduktiv wirken. In letzteren Fällen würde man sich Ineffektivität geradezu wünschen. Die Wahrscheinlichkeit, dass wenig verhaltens- und sanktionswirksame Normen ihr Ziel verfehlen oder kontraproduktiv wirken, ist im Allgemeinen freilich höher.

Die Ziele, die mit einzelnen (Bündeln von) Rechtsnormen verfolgt werden, sind um einiges konkreter als die oben (Kap. 3) besprochenen allgemeinen Funktionen. Worin sie genau bestehen, ist mitunter Gegenstand juristischer wie politischer Kontroversen. Doch selbst in solchen Fällen können die sozialen Konsequenzen der Geltung bestimmter Normen untersucht werden (funktionalistische Analyse). Die erkannten und beabsichtigten Konsequenzen werden in der Soziologie **manifeste Funktionen** genannt, die nicht-erkannten und nichtbeabsichtigten **latente Funktionen**.¹⁸

In der Regel lassen sich Rechtsnormen nicht jeweils *ein* Ziel zuordnen, sondern mehrere, sodass eine Rechtsnorm durchaus in einer Hinsicht funktional und in anderer dysfunktional sein kann. Das trifft besonders auf Regelungen zu, wie sie für den modernen Steuer- und Sozialstaat typisch sind.

Von der Effektivität zu unterscheiden ist die **Effizienz**. Manchmal werden Ziele zwar erreicht, aber auf nicht sonderlich effiziente Weise. Das heißt, es entstehen dabei mehr Kosten als nötig. Zu den womöglich unnötigen Kosten zählt auch die Untergrabung der Funktionalität anderer Normen.

Effektivitätsfaktoren

Die folgenden Faktoren betreffen sowohl die Effektivität im engeren Sinne als auch die Funktionalität von Rechtsnormen. Sie lassen sich zu **verschiedenen Gruppen** bündeln, ohne dass eine eindeutige Zuordnung immer oder gar leicht möglich wäre. Zwischen ihnen bestehen augenscheinlich Wechselwirkungen.

¹⁸ Siehe R. K. Merton, *Soziologische Theorie und soziale Struktur*. Berlin/New York: de Gruyter 1995, Teil I, insbesondere 49. Bisweilen meinen manche, mit den latenten Funktionen einer Norm auch schon herausgefunden zu haben, warum die Norm entstanden ist. Dabei handelt es sich freilich um einen Fehlschluss. Dass die Geltung einer Norm etwa einer bestimmten Gruppe oder Klasse (z.B. „dem Kapital“, den Angestellten oder einer Kirche) nützt, erklärt für sich genommen noch nicht die Entstehung der Norm. Auch die etwaige Tatsache, dass eine Norm allen Gesellschaftsmitgliedern zum Vorteil gereicht, erklärt nicht, warum sie soziale Geltung erlangt hat. Zu funktionalistischen Pseudoerklärungen siehe J. Elster, *Subversion der Rationalität*. Frankfurt/New York: Campus 1987, 59-65. Umgekehrt lässt sich die Nichtexistenz einer allgemein vorteilhaften Norm oder Institution (eines Normenkomplexes) nicht einfach mit der „Dummheit der Menschen“ oder gar „angeborener Dummheit“ erklären, wenn diese über die Ressourcen zur Befriedigung ihres geteilten Interesses, z.B. an Frieden, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, verfügen. (So können ein wenig soziologische Aufklärung und Spieltheorie durchaus als Antidot gegen beispielsweise rassistische Denkmuster wirken.)

Norm- und Normerzeugungsfaktoren

Die Effektivität von Rechtsnormen hängt zuallererst davon ab, ob und inwieweit sie **verständlich und widerspruchsfrei formuliert** und **auf geeignete Weise kundgemacht** worden sind. Dabei ist regelmäßig „ein Mittelweg zwischen allgemeiner Verständlichkeit und rechtstechnischer Genauigkeit zu finden“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 258). Eine große Bedeutung haben in diesem Zusammenhang **Vermittlungsinstanzen** wie Massenmedien und Berufsverbände (die ihre Mitglieder über die für sie maßgeblichen, sehr spezifischen Regelungen informieren).

Vollzugs- und Sanktionsfaktoren

Verteilungs- und Kooperationsregeln müssen, um hinreichende Wirksamkeit zu entfalten, **einigermaßen verlässlich durchgesetzt** werden. Für **Sanktionen** gilt: „Die Sanktionen müssen sachlich geeignet und stark genug sein, die Normadressaten zu beeindrucken und ihren Widerstand zu überwinden. So hängt zum Beispiel die präventive Wirkung eines Verbotsgesetzes wesentlich von dem wahrgenommenen Risiko ab, bestraft zu werden, das heißt nicht nur von der Höhe der Strafanzeige, sondern vor allem auch vom Grad der Wahrscheinlichkeit, dass Tat und Täter entdeckt und verfolgt werden. Auch die Stärke der als Folge der Tat zu erwartenden Stigmatisierung spielt eine Rolle. Es kommt daher zum einen darauf an, den Sanktionsapparat so zu organisieren, dass er erfolgreich arbeiten kann, zum andern, dass seine Tätigkeit hinreichend bekannt gemacht wird und im allgemeinen Bewusstsein präsent bleibt.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 259) Eine hohe, naturgemäß bloß geschätzte **Dunkelziffer** reduziert Präventionseffekte nicht zwangsläufig, solange es wenigstens zu einigen demonstrativen Verurteilungen kommt.

Im **Verwaltungsrecht** bzw. bei sozialgestaltenden Gesetzen kann sich die Berechenbarkeit der Vollziehung durch allzu große Ermessensspielräumen der Organe und durch das Fehlen einer gemeinsamen (für eine gewisse Einheitlichkeit sorgenden) höchsten Instanz verringern.

Allgemeine Wertvorstellungen der Bevölkerung

Je besser Rechtsnormen mit den in der Gesellschaft vorherrschenden Wertvorstellungen harmonieren, desto besser die Chance, dass sie freiwillig befolgt werden. Zumal „sich die Menschen eher an den in ihrem täglichen Lebenskreis praktizierten Regeln orientieren als an dem unvollständig bekannten und sachlich wie emotionell weit entfernten staatlichen Recht. Die Steuerung durch in der Gesellschaft verwurzelte Normen und durch sozialen Druck ist stärker als die Motivation von seiten des Rechts“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 260).

Doch können solche Wertvorstellungen, wie bereits festgestellt, auch (indirekt) durch rechtlich gesetzte Anreize und Zwänge induziert werden (siehe Kap. 5). Bis zu einem gewissen Grad werden Divergenzen zwischen verbreiteten Wertvorstellungen und Rechtsnormen durch (typischerweise unterschiedlich stark ausgeprägtes) allgemeines **Systemvertrauen** „unschädlich“ gemacht. Dieses wiederum hängt einerseits von der (nicht

zuletzt durch Medien beeinflussten) Wahrnehmung der Funktionsweise des Rechts und der Politik und andererseits von der Sozialisation (in der Familie und in der Schule) ab.

Partikulare Wertvorstellungen

In pluralistischen, heterogenen Gesellschaften ist der breite Konsens in Bezug auf Werte und Prinzipien naturgemäß sehr dünn und abstrakt. **Viele Rechtsnormen**, wiewohl nominell an die Allgemeinheit gerichtet, sind aber ohnehin **nur oder primär für jeweils bestimmte Gruppen, Branchen und Milieus maßgeblich**. Ihre Effektivität hängt dann zu einem guten Teil davon ab, inwieweit sie mit den jeweiligen partikularen Wertvorstellungen vereinbar sind oder diese sogar widerspiegeln. So entspricht das Verbot anwaltlicher Erfolgshonorare eines bestimmten Typs, nämlich von Vereinbarungen einer prozentuellen Gewinnbeteiligung (§ 879 Abs. 2 Z. 2 ABGB) durchaus der Standesethik in Österreich und wäre andernfalls wohl weniger effektiv.

Allerdings sind es nicht nur Wertvorstellungen, die Gruppen, Branchen und Milieus prägen, sondern auch **Interessen**. Und Letztere (etwa die Interessen von Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmerinnen) **konfliktieren** oft. Das nötigt den Gesetzgeber, dem an der Effektivität der Normen gelegen ist, zu diversen Balanceakten und Kompromissen.

Manche Divergenzen, etwa zwischen Rechtsnormen und dem „Ethos“ krimineller Subkulturen, **lassen sich schon prinzipiell nicht vermeiden**. Nicht selten ist dann das Recht in Form von Verhaltens- und Sanktionsnormen machtlos und es liegt nahe, sich anderer (durchaus auch rechtsförmiger) Mittel zu bedienen, um sozialen Frieden, Kooperation etc. sicherzustellen.

Faktoren in der Person der Normadressatin

Diese sind Gegenstand weniger soziologischer als **sozialpsychologischer Forschung**, wobei die Grenzen zwischen diesen Disziplinen sehr unscharf sind. Folgende Faktoren sind für die Rechtskonformität einzelner Personen ausschlaggebend: „1. Übereinstimmung mit den eigenen Zielen und Interessen; 2. Furcht davor, bei normwidrigem Verhalten entdeckt und bestraft zu werden; 3. Orientierung an gesetzestreuen Vorbildern und Bezugsgruppen (peer groups). Es ist gut belegt, dass die Ausrichtung daran, was Eltern, Freunde, Personen, die man verehrt, sagen oder tun, zu den wichtigsten Motiven des eigenen Handelns gehört; 4. Glaube an die Legitimität der Recht setzenden Instanzen und Personen und des von diesen gesetzten Rechts, selbst wenn es persönliche Nachteile mit sich bringt 5. Die persönliche moralische Überzeugung und das Rechtsgefühl, die Stimme des Gewissens. Diese Faktoren können mit dem Normbefehl übereinstimmen, aber auch im Gegensatz dazu stehen, was dann Ungehorsam und Widerstand hervorrufen kann. Der in diesem Fall auftretende Konflikt wird allerdings gemildert, wenn Rechtsgehorsam als solcher unabhängig vom Inhalt der Vorschriften als moralische Pflicht empfunden wird.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 263)

5 Tugenden und Anreize

Lit. S. Bowles, *The Moral Economy. Why Good Incentives Are No Substitute for Good Citizens*, New Haven/London: Yale University Press, Kap. II, III, VII.

In der Gesellschaftslehre und der Ethik der griechischen **Antike**, also lange vor der Ausdifferenzierung von praktischer Philosophie, Ökonomik, Soziologie und Politikwissenschaften in eigenständige Disziplinen, stand der Begriff der **Tugend** im Zentrum. Darunter verstand man Einstellungen und Verhaltensdispositionen, die (zusammen mit gewissen äußeren materiellen Voraussetzungen, sozialen wie natürlichen) einem guten Leben zuträglich sind. Wobei „ein gutes Leben“ nicht bloß ein im heutigen Sinne *moralisch* gutes Leben, sondern ein gelungenes, glückliches Leben bezeichnete. Zwischen Moral, Klugheit und Zweckmäßigkeit wurde noch nicht strikt unterschieden, ebenso wenig, wie das Liberale gerne tun, zwischen dem (universellen) Rechten oder Richtigen und dem (partikularen) Guten. Einiges an platonischem, vor allem aber aristotelischem Denken wurde im Mittelalter in christlichem Gewand fortgeführt.

Will man daraus eine **Schlussfolgerung für die Gestaltung rechtlicher und politischer Institutionen** ziehen, so muss diese lauten: **Institutionen sollen so gestaltet werden, dass sie Tugenden befördern oder zumindest nicht untergraben**. Tatsächlich charakterisiert diese Schlussfolgerung das klassische politische Denken.

In der **Neuzeit** änderte sich dies. Der Fokus wurde zunehmend auf eine Gesellschaft gerichtet, deren Mitglieder primär und einigermassen rational die Vergrößerung ihres je eigenen Nutzens anstreben. In der neuzeitlichen und modernen politischen Theorie wurde also die Figur des **Homo oeconomicus** prominent.¹⁹ Die Idee war freilich nie eine anthropologische Annahme. Man wusste immer, dass Menschen tatsächlich oft nicht rational und ebenso oft nicht egoistisch handeln. Allerdings, so das in politischer Theorie und insbesondere normativer Institutionenökonomik populäre Argument, sei es vernünftig, **Institutionen so zu gestalten, als ob wir es mit lauter rationalen Eigennutzenmaximiererinnen zu tun haben**. Wenn die Menschen stattdessen auch über nennenswerte prosoziale Einstellungen und Motivationen (Altruismus, Gemein- und Gerechtigkeitssinn etc.) verfügen, umso besser – dann seien die Regeln, die ihnen entsprechende Handlungsanreize (in Form von Sanktionen und sozialen Vorteilen) geben, einfach nur überflüssig.

Seit einiger Zeit legen verhaltenswissenschaftliche Befunde ein **differenziertes Bild vom Verhältnis zwischen prosozialen Einstellungen und Anreizen** nahe. Auch in den Bereichen der Ökonomik, in denen man sich hauptsächlich mit dem Design von Anreizen befasst, auf die halbwegs rationale oder auf berechenbare, weil durchaus systematische Weise irrational Entscheidende ansprechen, beginnt man die Dinge nicht mehr so einfach

¹⁹ Später wurde immer wieder betont, dass der Homo oeconomicus nicht unbedingt ein Egoist sei, dass sein Nutzen auch in der Steigerung des Wohlergehens anderer liegen könne. Doch damit wird der Begriff des eigenen Nutzens vollkommen konturenlos.

zu sehen.²⁰ Für die Rechtssoziologie ist dies insofern relevant, als **es die Effektivität von Rechtsnormen betrifft**. Viele Rechtsnormen zielen auf Verhaltenssteuerung ab und setzen deshalb Handlungsanreize, und zwar Anreize *im weiten Sinne*. **Als Handlungsanreiz gilt jede „intervention that affects the expected material costs and benefits associated with an action“** (Bowles, *The Moral Economy*, 47).²¹ Anreize geben uns aber nicht nur *direkt* bestimmte Handlungsgründe. Sie können zudem, *indirekt*, prosoziale und andere wünschenswerte Einstellungen erzeugen oder befördern. Vor allem aber können sie solche Einstellungen auch verdrängen oder untergraben. Es macht also bisweilen einen großen Unterschied, als was für Personen wir vom Recht adressiert werden – für unsere Einstellungen und in weiterer Folge für die Effektivität der Normen.

Man bemerke: Das ist „bisweilen“ so, keineswegs immer! Oft wirken Anreize durchaus ziemlich genau so wie beabsichtigt (wenn auch nicht unbedingt bei jedem einzelnen Menschen). Manchmal zeitigen sie auch gar keine Wirkung. Aus dem Folgenden soll also nicht geschlossen werden, dass jede Rechtsnorm, die Handlungsanreize setzt, unsere Persönlichkeiten zum Besseren oder Schlechteren verändert. Oft (aber eben nicht immer) sind Anreize, die an das Eigeninteresse appellieren, und prosoziale Präferenzen unabhängig voneinander bzw. verhalten sich additiv zueinander.

Haben und Sein

In Superspielen entstehen oft stabile Muster der Kooperation, weil die Einzelnen die tit-for-tat-Strategie anwenden. Die Zweiten machen das, was die Ersten gemacht haben. Sie beantworten Kooperation mit Kooperation und Defektion mit Defektion. Das hat nicht nur damit zu tun, dass die Einzelnen langfristig ihren **Eigennutzen maximieren** möchten. Sie möchten auch in den eigenen Augen und in den Augen der Anderen **etwas sein**: „[P]art of the motivation behind the ‘mimic the first mover’ pattern is something that reciprocating says about the second actor herself: ‘I am the kind of person who rewards those who cooperate and stands up to defectors who would exploit the cooperation of others.’ When people engage in trade, produce goods and services, save and invest, vote and advocate policies, they are attempting not only to get things, but also to be someone, both in their own eyes and in the eyes of others. Our motives in other words are constitutive as well as acquisitive.“ (Bowles, *The Moral Economy*, 192)

Gesetze, die die Einzelnen *nur* als Eigennutzenmaximiererinnen adressieren, finden deshalb oft nicht hinreichend breite Unterstützung, um beschlossen werden zu können, oder

²⁰ Soziologinnen dagegen haben tendenziell immer schon mehr Augenmerk auf soziale Normen gelegt und darauf, wie sie „Identitäten konstruieren“ und auf diese Weise unsere Handlungen beeinflussen. Kritikerinnen meinen, sie hätten mitunter *zu* stark darauf fokussiert und der Tatsache, dass wir durchaus eigene Entscheidungen treffen und dabei auch auf Anreize reagieren, zu wenig Rechnung getragen.

²¹ Wir unterscheiden hier als nicht, anders als in normativen, rechtspolitischen Debatten üblich, zwischen *Anreiz* und *Zwang* (diesseits der Anwendung von unmittelbarer Zwangsgewalt). Nicht nur Vergünstigungen, auch Sanktionen fallen deshalb unter den Begriff „Anreiz“.

erweisen sich, einmal in Kraft gesetzt, als ineffektiv, manchmal sogar als kontraproduktiv. Gesetze können aber auch **effektiv** sein in dem Sinne, dass sie unser Verhalten beeinflussen, **und** sich **zugleich** als **dysfunktional** erweisen, indem sie bereits vorhandene Motive, das gewünschte Verhalten zu setzen, verdrängen, sodass Ziele wie eine verbesserte, effizientere Krankenversorgung, Verwaltung oder Ausbildung von jungen Menschen verfehlt werden.

Andere Gesetze hingegen, die die Einzelnen als Eigennutzenmaximiererinnen adressieren, leisten nicht nur das, was man sich von ihnen verspricht. Sie oder die regelmäßigen gesetzeskonformen Handlungen verändern nach und nach auch unsere Einstellungen oder verstärken bereits vorhandene Motivationen zum gewünschten Handeln.

Crowding in

Aus der Tatsache, dass Recht oft wenig effektiv ist, wenn es nicht weitverbreitete moralische Einstellungen widerspiegelt, könnte geschlossen werden: „Solange rassistische, sexistische und ähnliche Einstellungen oder Gleichgültigkeit gegenüber dem Klimawandel weitverbreitet sind und wir das Bewusstsein der Leute nicht geändert haben, sollten wir keine Rechtspflichten zu nichtrassistischem, nichtsexistischem und ähnlichem oder klimafreundlichem Handeln statuieren. Sie würden nichts (als gegebenenfalls Widerstand) bewirken.“ Doch in dieser Pauschalität wäre die Aussage falsch. Abgesehen davon, dass auch Menschen mit den genannten Einstellungen oft auf durch Rechtsnormen gesetzte Anreize ansprechen, sind die Einstellungen nicht gänzlich unabhängig davon, was das Recht sagt und wie in der Regel gehandelt wird.

Das heißt, manchmal substituieren Anreize nicht vorhandene prosoziale Einstellungen und manchmal **verstärken sie prosoziale Einstellungen oder tragen sogar zu deren Entstehung bei**. Die Wahrscheinlichkeit für Letzteres ist etwas höher, wenn die Anreize nicht durch eine Autorität gesetzt werden, die als sozial (und womöglich auch räumlich) weit entfernt wahrgenommen wird, sondern von einem Gesetzgeber, der aus „Peers“ gebildet wird. Dies freilich wird dann eher nicht der Fall sein, wenn Einstellungen wie die oben angeführten problemlos öffentlich artikulierbar sind. Doch gerade dem können Rechtsnormen als Teil eines im Großen und Ganzen für legitim gehaltenen Systems entgegenwirken, indem sie den Anschein eines breiten gesellschaftlichen Konsenses erzeugen. Dieser Anschein wiederum kann auch dann wirksam sein, wenn allgemein bekannt ist, dass die Menschen „im Inneren“ nicht unbedingt so sind, wie sie sich nach außen geben, und ohne rechtlich gesetzte Anreize oft ganz anders handeln würden.

In der einschlägigen Literatur geht es allerdings weniger darum, wie durch kluge Anreize aus Rassistinnen (und dergleichen) Nichtrassistinnen (und dergleichen) werden, als darum, wie aus Personen mit stärkeren akquisitorischen Präferenzen stärker prosozial motivierte werden. Dabei (wie auch bei *Crowding-out*-Effekten) kommt dem, was mit einem Anreiz kommuniziert wird, große Bedeutung zu.

Crowding-in-Effekte basieren zum einen auf einer **Abneigung gegen Dissonanz** (der Neigung, innere Einstellungen und regelmäßiges äußeres Verhalten in Einklang zu bringen) und zum anderen darauf, dass uns **bestimmte Anreize etwas über die öffentliche Relevanz unseres Handelns sagen**. Sie sind vermutlich seltener als *Crowding-out*-Effekte. Empirische Belege für sie, anders als für Maßnahmen des partizipativen Institutionendesigns, die *Crowding-out*-Effekte verhindern, sind jedenfalls etwas schwerer zu finden.

Ein Beispiel aus dem Alltag:

Lange Zeit war es üblich, den Kot der eigenen Hunde auf Wegen und Wiesen liegenzulassen. Nach und nach hat sich aber eine soziale Norm etabliert, wonach Hundehalterinnen den Kot zu entsorgen haben. Eine Verletzung der Norm zieht, so sie auffällt, Sanktionen nach sich, die den Hundehalterinnen einen Anreiz geben, die Hinterlassenschaften ihrer Hunde zu entsorgen: böse Blicke, Tadel etc.

Diese zunächst nur konventionelle Norm wurde zur Rechtsnorm. Damit wird die öffentliche Relevanz des Verhaltens der Hundehalterinnen bekräftigt.

Bei vielen Hundehalterinnen führte das gewohnheitsmäßige Entsorgen des Hundekots zum Zwecke der Sanktionsvermeidung zusammen mit der symbolischen Bekräftigung der Pflicht durch ihre Verrechtlichung zur Tendenz, den Hundekot auch dann zu entsorgen, wenn mit keinerlei Sanktionen im Fall der Pflichtverletzung zu rechnen ist (weil niemand, weder Passantinnen noch Ordnungswache, zugegen ist, der die Pflichtverletzung beobachten könnte). Sie haben die Pflicht verinnerlicht, eine Tugend erworben.

Ein verhaltenswissenschaftliches Experiment:

„... Cardenas implemented an experimental Common Pool Resource (public ‘bad’) game resembling the real-life conservation problem faced by his rural Colombian subjects. As in the other Cardenas experiment, in the absence of any explicit incentives, the villagers on average extracted less of the experimental ‘resource’ than would have maximized their individual payoffs, providing evidence of a significant willingness to sacrifice individual gain in order to protect the resource and raise payoffs for the group. When they were made to pay a small fine if monitoring showed that they had overextracted the resource, they extracted even less than without the fine, showing that the fine had the intended effect.

But that is not the eye-catching result here: the fact that they deviated from what an entirely selfish person would have done by 25 percent *more* than in the absence of the incentive suggests that the fine *increased* the salience of the villagers’ social preferences, resulting in their placing a greater experienced value on not overextracting the resource. The small fine crowded in social preferences; the incentive yielded a collateral cultural benefit.

Tellingly, increasing the initially small fine had virtually no effect. **It seems that the fine thus did not work as an incentive (if it had, the larger fine should have had a greater effect than the smaller). In Cardenas’s view, the very presence of the fine (whether high or low did not matter) was a signal that alerted subjects to the public nature of the interaction and the importance of conserving the resource.** The main effect was due to how the fine framed the situation, not its alteration of the material costs and benefits of extracting from the forest. In Cardenas’s view, the moral message rather than monetary motivation explains the effect.“ (Bowles, *The Moral Economy*, 64)

Manche **Anreize** wirken also **weniger als Motivatoren denn als Signale, die andere Motivationen triggern oder verstärken**. Dafür sprechen auch manche Konsequenzen der *Beseitigung* von Anreizen:

„In Switzerland, the removal of a negligible fine for not voting significantly reduced voting turnout; but a considerable reduction in the cost of voting (by allowing balloting by mail) had no effect on turnout. The implication is that the **fine for not voting encouraged turnout not as an incentive (by affecting the costs of not voting) but rather as a message of the importance of one’s civic duty ...**“²²

Crowding out

Anreize können andere Motivationen wie prosoziale Präferenzen (oder wissenschaftliche Neugier und Lust am Spiel) auch verdrängen. Dieser Verdrängungseffekt kann stark oder schwach sein sowie lediglich von der Präsenz des Anreizes abhängen oder auch von seiner Größe.

Wir können vier Arten von Verdrängung unterscheiden (Kombinationen sind möglich):

- (1) **Starkes Crowding out**: wenn sich der Anreiz als kontraproduktiv erweist, d.h. wenn er sonstige Motivationen zur gewünschten Handlung verdrängt und dabei selbst schwächer motiviert als diese.
- (2) **Schwaches Crowding out**: Verdrängung oder Schwächung anderer Motivationen, aber so, dass die Handlung, die der Anreiz bewirken soll, nicht weniger oft gesetzt wird.
- (3) **Kategorisches Crowding out**: wenn es zum (starken oder schwachen) Verdrängungseffekt kommt, sobald ein entsprechender Anreiz, welcher Größe auch immer (also unabhängig von der Höhe der Strafe oder der Belohnung), gegeben ist.
- (4) **Marginales Crowding out**: wenn der Verdrängungseffekt von der Größe des Anreizes abhängt, also etwa bei geringen Anreizen noch nicht eintritt.

Ob es jeweils Verdrängungseffekte gibt sowie von welcher Art und Stärke diese sind, ist Gegenstand empirischer, zu einem guten Teil ökonomischer Forschung (regelmäßig in Form von Labor- und Feldexperimenten). Zumindest für die Erklärung der Effekte braucht es aber oft auch sonstige sozialwissenschaftliche und psychologische Expertise. Ein Ziel der rechtssoziologischen Effektivitätsforschung ist es, eine genauere Vorstellung davon zu bekommen, wann welche Versuche der Verhaltenssteuerung durch Recht welche Verdrängungseffekte zeitigen. Dies wiederum ist von großer Relevanz für die Rechtspolitik, ja sogar für die Gestaltung von Verträgen.²³

²² S. Bowles und S. Polanía-Reyes, Economic Incentives and Social Preferences: Substitutes or Complements? *Journal of Economic Literature* 50(2) 2012, 417-418.

²³ So können manche Vertragsklauseln, die Anreize zu vertragskonformem Verhalten geben sollen, das Vertrauen zwischen Vertragsparteien unterminieren und der einfachen Vertragsabwicklung gerade entgegenwirken. (Viele Verträge, allen voran Arbeitsverträge, sind „incomplete contracts“, präzisieren also Verhaltenspflichten nicht im Detail bzw. statuieren Pflichten, deren

Beispiele

(1) „In Haifa, Israel, at six randomly chosen daycare centers, a fine was imposed on parents who were late in picking up their children at the end of the day (in a control group of centers no fine was imposed). Parents responded to the fine, but not as the daycare centers had hoped: The fraction picking up their kids late more than doubled When after sixteen weeks the fine was revoked, their enhanced tardiness persisted, showing no tendency to return to the status quo ante. Over the entire twenty weeks of the experiment, there were no changes in the degree of lateness at the daycare centers in the control group. The counter-productive imposition of the fines appears to illustrate crowding-out. Using a market mechanism — the fine — seems to have undermined the parents’ sense of personal obligation to avoid inconveniencing the teachers.“²⁴

(2) „Having noticed a suspicious bunching of sick call-ins on Mondays and Fridays, the Boston fire commissioner on December 1, 2001, ended the fire department’s policy of unlimited paid sick days. In its stead, he imposed a limit of fifteen sick days; firemen responded: the number calling in sick on Christmas and New Year’s Day increased tenfold over the previous year.

The fire commissioner retaliated by canceling the firemen’s holiday bonus checks. The firemen were unimpressed: during the next year, they claimed 13,431 sick days, up from 6,432 a year earlier. Many firemen, apparently insulted by the new system, abused it or abandoned their previous ethic of serving the public even when injured or not feeling well.” (Bowles, *The Moral Economy*, 9)

Wären die Strafen in (1) und (2) höher ausgefallen, hätte sich die Verdrängung prosozialer Präferenzen als Motivatoren wohl deutlich weniger im Verhalten widerspiegelt. Das heißt, aus starkem *Crowding out* wäre wahrscheinlich schwaches *Crowding out* geworden.

(3) „In one [experiment], reported willingness to help a stranger load a sofa into a van was much lower under a small money incentive than with no incentive at all; yet a moderate incentive increased the willingness to help. This suggests that categorical crowding out was at work. Using these data as Polanía-Reyes and I did in the Irlenbusch and Ruchala study, we estimated that the mere presence of the incentive reduced the willingness to help by 27 percent compared with no incentive.“ (Bowles, *The Moral Economy*, 63)

Erfüllung sich, wenn überhaupt, nur schwer kontrollieren und durchsetzen lässt. In solchen Fällen ist wechselseitiges Vertrauen, die wechselseitige Voraussetzung von Tugendhaftigkeit, essenziell.) Ob Klauseln Vertrauen unterminieren oder im Gegenteil generieren, hängt freilich von vielen Faktoren ab. Nicht zuletzt scheint der Kulturkreis eine Rolle zu spielen. Klauseln wie etwa Bestrafungsmöglichkeiten im Fall einer Vertrauensverletzung, die in der einen Kultur Vertrauen schwächen, müssen dies in der anderen keineswegs tun (siehe z.B. Bowles/Polanía-Reyes, *Economic Incentives and Social Preferences*, 418).

²⁴ S. Bowles, Nicolò Machiavelli and the Origins of Mechanism Design. *Journal of Economic Issues* XLVIII(2) 2014, 7-8.

Erklärungen

Mit jedem Anreiz wird nicht nur ein Anreiz gesetzt, sondern **auch über die Einschätzung der Person der Adressatin oder des Verhältnisses zur Adressatin informiert**. Nicht immer deckt sich diese Einschätzung mit jener der Adressatin, mit ihrem Selbstverständnis und ihrem Verständnis der sozialen Beziehung, die durch den Anreiz gestaltet werden soll.

Manchmal signalisiert der Anreiz ein **Misstrauen** gegenüber der Adressatin, das diese geradezu als Kränkung empfindet, die dann entsprechende Reaktionen auslöst. Manchmal **transformiert der Anreiz den sozialen Kontext und entsprechende soziale Rollen**: Was bislang als Verhältnis verstanden wurde, das durch Normen der Fürsorge, der Berufsehre o.Ä. geprägt ist, bekommt den Charakter einer Beziehung zwischen Eigennutzenmaximiererinnen, etwa einer Marktbeziehung.

Was durch das Recht gesetzte Anreize betrifft, so sind gesamtgesellschaftlich **bedeutende Verdrängungseffekte typischerweise nicht einzelnen Normen zuzurechnen, sondern Bündeln von Normen oder ganzen Institutionen**. Das macht die Analyse solcher Effekte zu einer besonderen Herausforderung und ihre genaue Quantifizierung, wie sie in den verhaltensökonomischen Experimenten noch recht leicht möglich ist, wohl zu einem unerreichbaren Ideal.

6 Grund- und Menschenrechte

Lit. P. Koller, Der Geltungsbereich der Menschenrechte. In *Philosophie der Menschenrechte*, Hrsg. S. Gosepath und G. Lohmann, Frankfurt/Main: Suhrkamp 1998, 96-123.

Grund- und Menschenrechte sind, bei allen Unzulänglichkeiten ihrer Implementierung, eine typische, wenn nicht gar essenzielle Institution der modernen (Welt-)Gesellschaft. Sie sind das Ergebnis von Individualisierungs- und Demokratisierungsprozessen (in Form politischer Kämpfe) und zugleich Triebkraft für selbige. Als rechtliche Institution (und nicht bloß moralisches Postulat) **schützen** sie **fundamentale Freiheits-, Partizipations- und gegebenenfalls auch Wohlfahrtsinteressen** von Individuen und sogar Gruppen (z.B. Recht auf kollektive Selbstbestimmung). Sie **sichern** aber auch die **funktionale Differenzierung der Gesellschaft** in sehr verschiedene Sphären ab. Zu diesen bisweilen „Subsysteme“ genannten und unterschiedlich stark globalisierten sozialen Sphären zählen insbesondere Wirtschaft, Politik, Recht, Wissenschaft, Religion, Kunst und Sport.²⁵

Grund- und Menschenrechte sind **Gegenstand zahlreicher juristischer und politischer Kontroversen sowie ethischer und rechtsphilosophischer Reflexionen**. Letztere handeln vor allem von der Begründung bzw. Rechtfertigung von Menschenrechten. Noch umstrittener als die Idee fundamentaler universeller Rechte als solche ist, welche Rechte das *im Einzelnen* sind, was genau ihr Inhalt ist, wem gegenüber sie bestehen und inwieweit bei ihrer Bestimmung kulturellen Differenzen Rechnung zu tragen ist.

Anders als das Erklären von Entstehung, Veränderung, Fortbestand, Wirkungen und Niedergang sozialer Institutionen zählen **Begründung und Rechtfertigung nicht zu den Kernaufgaben der Soziologie**. Dennoch kann die Soziologie zusammen mit anderen Sozialwissenschaften einen Beitrag dazu leisten. Immerhin liegen normativen Argumenten in der Debatte um fundamentale Rechte typischerweise empirische und sozialtheoretische Annahmen zugrunde. Dazu gehören insbesondere Annahmen darüber, was die Institutionalisierung oder Nichtinstitutionalisierung von Rechten für die politische Entscheidungsfindung, für soziale Machtstrukturen und für die Produktion und Distribution von Einkommen und Vermögen bedeutet.²⁶

²⁵ Siehe N. Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 6. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 2019.

²⁶ Die Sozialwissenschaften können auch darüber aufklären, dass manche Argumente für Grundrechte, die auf wünschenswerte soziale bzw. wirtschaftliche Folgen abstellen, sich selbst dann nicht als *öffentliche* Argumente eignen, wenn sie zutreffen. Stark vereinfacht: Grundrechte, insbesondere Rechte auf Eigentumsschutz, schaffen Sicherheit und damit ein gutes Klima für private, sozial nützliche Investitionen. Das tun sie aber nur dann, wenn sie nicht nur deshalb eingeführt werden (siehe J. Elster, *Solomonic Judgements. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge: Cambridge University Press 1989, Kap. IV).

Struktur und Arten von Rechten

Auch wenn sie sich auf sehr unterschiedliche Weise mit Rechten befassen, so teilen Juristinnen, Philosophinnen und Soziologinnen üblicherweise den Begriff des subjektiven Rechts. Zumindest meinen sie, dass **Rechte ihrem Wesen nach Beziehungen** sind (wenngleich sich einige wie Güter behandeln, also übertragen, sogar veräußern lassen). Damit wir von einem Recht sprechen können, braucht es ein **Subjekt**, dem das Recht Handlungsmöglichkeiten eröffnet, eine **Adressatin**, deren Handlungsmöglichkeiten durch das Recht beschränkt werden, die also zu irgendetwas (und sei es nur ein Unterlassen) verpflichtet wird, und eine **Bestimmung des Inhalts** der Handlungsmöglichkeiten und Verpflichtungen. Im Allgemeinen beinhalten Rechte außerdem eine Befugnis des Rechtssubjekts zur Durchsetzung der Pflichten der Adressatinnen. Für die Durchsetzung juridischer Rechte sind bestimmte Verfahren vorgesehen.

Soweit ein Recht tatsächlich existiert, etwa als Bestandteil der geltenden Rechtsordnung, begründet es eine **soziale Beziehung**, eben zwischen den Subjekten und Adressatinnen (inkl. Durchsetzungsinstanzen). Das heißt natürlich nicht, dass ohne Rechte keine sozialen Beziehungen bestünden, sondern nur, dass Rechte selbst schon Beziehungen darstellen bzw. andere Beziehungen mehr oder weniger stark prägen.

Was Typen subjektiver Rechte betrifft, so können wir dreifach unterscheiden: nach dem Kreis der Subjekte zwischen **universellen** und **partikularen** Rechten; nach dem Kreis der Adressatinnen zwischen **generellen** und **speziellen**; und nach dem Inhalt zwischen **Anspruchs-, Freiheits-, Kompetenz- und Immunitätsrechten**.

Grund- und Menschenrechte adressieren als juridische Rechte nahezu ausschließlich Staaten. Und sie sind so gut wie allesamt universelle Rechte, also Rechte, die jeder Person zukommen. Einige dieser Rechte bestehen freilich nicht gegenüber jedem Staat, sondern nur gegenüber demjenigen Staat, dessen Bürgerin man ist (etwa das Recht auf Niederlassungsfreiheit oder das Recht, an Wahlen teilzunehmen). Wenn also staatliche Verfassungen manche Grundrechte nur Bürgerinnen gewähren, verstoßen sie nicht unbedingt gegen internationales Recht, das diese Rechte als Menschenrechte ausweist. Derartige **universelle spezielle Rechte** finden wir auch in Katalogen von explizit „Menschenrechte“ genannten Rechten. Solche Rechte werden in der Regel als „**Bürgerrechte**“ bezeichnet. Sowohl universelle generelle (Menschenrechte im strikten Sinne) als auch universelle spezielle Rechte (Staatsbürgerinnenrechte) sind in Rechtstexten (Verfassungstexten, internationalen Verträgen etc.) sehr **abstrakt** formuliert und umfassen jeweils ein Bündel konkreter Rechte. Ihre nähere Bestimmung erfolgt oft durch Verfassungs- und internationale Gerichte.

In solchen Entscheidungen kommen nicht nur technisch-juristische Argumente, sondern unweigerlich auch **politisch-ideologische Präferenzen des richterlichen Personals** zum Tragen. Wenn diese stark von den in der Bevölkerung vorherrschenden Sichtweisen abweichen, kann es leicht zu **Legitimitätsproblemen** kommen, die sich nicht mit dem Hinweis auflösen lassen, das Gericht habe eben die *Kompetenz* zur verbindlichen Ermessensentscheidung, formal sei alles in Ordnung. Versucht hingegen der Gesetzgeber selbst

(der nationale Gesetzgeber oder eine Mehrzahl von Staaten), eine Konkretisierung herbeizuführen, wird er allzu oft am mangelnden Konsens über Details scheitern. Auf internationalem Terrain behilft man sich dann gerne mit sogenanntem „**Soft Law**“. Darunter versteht man Normen, die nicht strikt rechtsverbindlich sind bzw. aus denen nicht direkt Rechtspflichten abgeleitet werden können. Solche Normen können jedoch eine Rolle bei der Interpretation von „hartem Recht“ spielen und eine gemeinsame Grundlage für weitere politische Diskussionen bilden. Sie sind deshalb nicht *völlig* belanglos.

Zwei Vorbehalte (und drei Erwiderungen)

Realistische Beobachterinnen behaupten bisweilen, dass es **eigentlich keine universellen Rechte gebe, weil Menschenrechte nicht überall auf der Welt anerkannt** seien, geschweige denn verlässlich durchgesetzt würden. Als empirische Beobachtung ist das zutreffend. Doch Ausdrücke wie „fundamentale Rechte“, „Grundrechte“ oder „Menschenrechte“ verweisen auch auf die **moralische Dimension** dieser Rechte. Sie bringen gewissermaßen das Desiderat der allgemeinen Anerkennung und Durchsetzung bestimmter Normen zum Ausdruck und dass die darauf beruhenden Rechte bestimmte Interessen von Menschen schützen sollen, einfach weil es sich um Interessen von Menschen als solchen oder von Menschen als Mitglieder politischer Gemeinschaften handelt.

Aber auch dass es sich um Rechte handelt, die überall auf der Welt anerkannt und durchgesetzt werden *sollten*, wird von manchen bestritten. **Menschenrechte**, so das Argument, **spiegelten lediglich „westliche Werte“ wider** und wurden anderen Kulturen aufgezungen. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Unterscheidung zwischen „der“ westlichen Kultur bzw. „dem“ Westen und dem Rest der Welt in diesem Kontext zu einfach ist. **Auch in der „westlichen Kultur“ selbst** musste und muss die **Menschenrechtsidee** sich immer wieder **gegen widerstreitende Interessen und Ordnungsvorstellungen** behaupten. Ebenso gibt es in „nichtwestlichen Kulturen“ viele, die, gegen die herrschenden Eliten, auf Menschenrechten bestehen und um diese kämpfen.

Zudem ist die Frage, ob und wie genau menschliche Interessen durch institutionalisierte Menschenrechte geschützt werden sollen, nicht bloß mit Blick auf „kulturelle Identitäten“ zu beantworten. Viel hängt von unserer biologischen Beschaffenheit und der Beschaffenheit der Gesellschaft ab. Und zumindest heute leben wir überwiegend nicht mehr in voneinander unabhängigen und sehr homogenen Gesellschaften. Wesentliche Sphären der Gesellschaft sind zu einem guten Teil globalisiert. **Unsere Leben sind durch Kapitalismus, Wissenschaft etc. geprägt und verbunden.** Das, zusammen mit globalen Problemen wie dem Klimawandel, **sollte es uns ermöglichen, uns als für gleiche fundamentale Rechte hinreichend ähnlich anzusehen.**

Entwicklung

Die rechtliche Institutionalisierung fundamentaler Rechte ist, wie eingangs bemerkt, durchaus das Ergebnis politischer Kämpfe, von Kämpfen um die Materialisierung der moralischen Idee gleicher Freiheit. Die Entwicklung dieser Idee als Teil des Rechts lässt sich als **Expansion mit einer inhaltlichen und einer räumlichen Dimension** beschreiben: „Was die *inhaltliche* Dimension betrifft, so ist eine allmähliche *Ausweitung* der Menschenrechtsidee zu beobachten. Die Ausweitung hat sich nach und nach in drei Etappen vollzogen, denen jeweils verschiedene Typen von Menschenrechten entsprechen, und zwar im Wesentlichen die folgenden: liberale Rechte, politische Rechte und soziale Rechte. ... Dazu kommt eine Expansion ... in der *räumlichen* Dimension. Gemeint ist die zunehmende *Verbreitung* dieser Rechte über die ganze Welt, ihre *Universalisierung*, die in zwei Formen auftritt: Zum einen gibt es die Bemühung, den Menschenrechten internationale Geltung zu verschaffen, indem man die einzelnen Staaten – vor allem mittels völkerrechtlicher Abkommen – darauf zu verpflichten sucht, diese Rechte *innerhalb ihres Gebiets zu respektieren und zu schützen*. Zum anderen wird aber, insbesondere von Seiten der armen Länder, immer deutlicher die Forderung erhoben, daß die Menschenrechte auch auf der Ebene der Beziehungen *zwischen* den Nationen Anerkennung finden müssen; so komme es vor allem darauf an, eine gerechtere Verteilung des irdischen Reichtums herbeizuführen, um allen Menschen auf der Welt ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen.“ (Koller, Der Geltungsbereich der Menschenrechte, 97).

Zwischen diesen beiden Expansionen besteht ein **Spannungsverhältnis**: „Denn je mehr die Menschenrechte fordern und je größere Anforderungen an die soziale Ordnung sie inkludieren, desto geringer scheinen die Aussichten, sie in globalem Umfang zu gewährleisten.“ (Koller, Der Geltungsbereich der Menschenrechte, 98) Dieses Spannungsverhältnis prägt auch die Diskussion zwischen Konservativen, die zu einem gewissen Menschenrechtsminimalismus neigen, und Progressiven, die eine, freilich nicht gerade leicht zu bewerkstellende „tiefgreifende Reform der bestehenden internationale Ordnung postulieren“, um sehr anspruchsvollen Menschenrechten faktische Geltung verschaffen zu können (Koller, Der Geltungsbereich der Menschenrechte, 99).

Jede Konzeption von Rechten muss gewissen **Erfordernissen des menschlichen Zusammenlebens Rechnung tragen**. Das gilt auch für Konzeptionen von Menschenrechten. Dass alle die gleichen Menschenrechte haben, kann nicht bedeuten, dass jeder Mensch gegenüber allen anderen die genau gleichen Pflichten hat. Wäre dies der Fall, stünde es um Menschenrechte als mögliche soziale Realität schon prinzipiell sehr schlecht. Man darf vermuten: Wäre jeder Mensch gleichermaßen für die Befriedigung fundamentaler Interessen aller anderen verantwortlich, blieben allzu viele solcher Interessen aufgrund der **Überforderung** der Einzelnen oder aufgrund von **Koordinationsproblemen** unbefriedigt. Zudem meinen wohl die meisten, dass sie **gegenüber bestimmten Personen stärkere Pflichten** haben **als gegenüber anderen** – auch wenn es sich um Pflichten zur Befriedigung fundamentaler Interessen handelt.

In der modernen Gesellschaft ist deshalb nicht nur die wirtschaftliche Produktion durch ein hohes Maß an **Arbeitsteilung** gekennzeichnet, sondern auch das moralische Leben. Moralische Arbeitsteilung **als System abgestufter gegenseitiger Pflichten** kommt in zwei (durchaus kombinierbaren) Modellen vor: (1) Nach dem **Modell der zweckmäßigen Pflichtenzuweisung** können einige Rechte nur Wirksamkeit erlangen, wenn wir ihre Wahrung bestimmten Personen oder Institutionen übertragen. (2) Nach dem **Modell der beziehungsabhängigen Verantwortlichkeiten** haben Menschen gegeneinander umso stärkere Pflichten, „je enger sie durch ein Verhältnis der Kooperation oder der Abhängigkeit miteinander verbunden sind“ (Koller, Der Geltungsbereich der Menschenrechte, 106).

Zwar lässt sich mit diesen Modellen das oben beschriebene Spannungsverhältnis zwischen der inhaltlichen und der räumlichen Expansion nicht auflösen. Aber sie erlauben es, die Praxis der Menschenrechte und den Streit um Menschenrechte als Spezialfall eines ganz allgemeinen Problems des moralischen Lebens in einer komplexen Gesellschaft zu erkennen. In der Beschreibung von Strukturen moralischer Arbeitsteilung verschwimmen naturgemäß die Grenzen zwischen sozialwissenschaftlicher, ethischer und juristischer Analyse.²⁷

Fundamentale Rechte und Demokratie

Sowohl **Menschenrechte** im strikten Sinne (universelle generelle Rechte) als auch Bürgerinnenrechte (universelle spezielle Rechte), **beschränken den Spielraum für einfache Mehrheitsentscheidungen**. Sie tun das *rechtlich*, etwa indem sie höherrangiges Recht darstellen, das nur durch qualifizierte Mehrheiten geändert werden kann; und/oder sie tun es *faktisch*, etwa weil ihre Aussetzung den kostspieligen Austritt aus einem internationalen Vertrag wie der Europäischen Menschenrechtskonvention bedeuten würde.

Gleichwohl besteht nicht einfach ein Konflikt zwischen Menschenrechten und Demokratie. Manche **Beschränkungen** der Demokratie sind, der Art nach, Beschränkungen, **die Demokratie** als ein weithin für legitim gehaltenes und funktionstüchtiges System der kollektiven Entscheidungsfindung erst **ermöglichen**. Demokratie ohne robuste gleiche fundamentale Rechte, „**illiberale Demokratie**“ (Victor Orban), wird auch in der empirischen Demokratieforschung manchmal als „Widerspruch in sich“ bezeichnet.²⁸

Freiheits- und Partizipationsrechte sind zwar keine hinreichenden Bedingungen für eine funktionsfähige Demokratie, aber in einer komplexen Massengesellschaft durchaus

²⁷ Dieses Verschwimmen der Grenzen zwischen Beschreibung, Erklärung und Begründung zeigt sich beispielsweise in B. S. Turner, Outline of a Theory of Human Rights. *Sociology* 27(3), 489-512.

²⁸ A. Schäfer und M. Zürn, *Die demokratische Regression*, Berlin: Suhrkamp 2021, 23.

notwendig.²⁹ Zusammen mit Verfahrensnormen und diversen *Checks and Balances* begrenzen diese Rechte, verfassungs- und/oder völkerrechtlich festgelegt, „die Macht von Individuen und einzelnen Subgruppen und schützen vor allzu viel Myopie und destruktiven Emotionen. In diesem Sinne empfiehlt es sich etwa für eine moderne Gesellschaft, religiöse bzw. theologische Fragen durch verfassungsrechtliche Verankerung einer allgemeinen Religionsfreiheit von der normalpolitischen Agenda zu nehmen.“³⁰ Bezeichnenderweise gehen systematische Menschenrechtsverletzungen und Rechtsstaatlichkeitseinbußen oft Hand in Hand mit Entdemokratisierung. Und genauso oft lässt sich der Kampf um Freiheits- und Partizipationsrechte als Kampf um Demokratisierung sozialer Verhältnisse verstehen.

Damit ist aber **nicht** gesagt, **dass robuste Rechte demokratischer Politik immer zu-träglich wären**. Viel hängt davon ab, um was für Rechte es sich handelt und wie soziale Strukturen beschaffen sind. So können weithin als natürlich oder sakrosankt angesehene Eigentumsrechte unter Bedingungen großer wirtschaftlicher Ungleichheit bewirken, dass große Teile der Bevölkerung keinen Sinn mehr darin sehen, auch nur an Wahlen teilzunehmen. Zugleich sind sie der Boden für **populistische Politiken des Ressentiments** gegen relativ leicht identifizierbare, ohnehin bereits stark diskriminierungsgefährdete soziale Gruppen.³¹

Ein enges Korsett an Rechten kann außerdem zu einer **Juridifizierung des politischen Diskurses** führen – umso mehr, wenn Gehalt und Umfang der Rechte überwiegend durch Gerichte und nicht demokratische Gesetzgeber festgelegt werden. Ein juridifizierter politischer Diskurs ist ein stark verengter Diskurs, der keineswegs allen für eine vernünftige Entscheidungsfindung relevanten Gesichtspunkten und Interessen Rechnung tragen kann. Zudem dominieren in ihm naturgemäß diejenigen, die glaubhaft behaupten können, über eigene oder zugekaufte juristische Expertise zu verfügen. Auch das mag populistische Reaktionen (gegen „die da oben“, gegen „Eliten“) auslösen. Manche der Reaktionen sind eher prodemokratisch-egalitaristisch, andere lediglich illiberal.

²⁹ Neben diversen rechtlichen Garantien braucht es auch kulturelle und vor allem strukturelle Voraussetzungen. Insbesondere müssen sich wirtschaftliche und sonstige soziale Ungleichheiten in gewissen Grenzen halten. Andernfalls sind sie mit politischer Gleichheit unvereinbar.

³⁰ C. Hiebaum, Kollektive Selbstbindung. In *Handbuch Gemeinwohl*, Hrsg. C. Hiebaum, Wiesbaden: Springer VS 2022, 8. https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-3-658-21086-1_8-1; siehe auch S. Holmes, *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago/London: The University of Chicago Press 1995.

³¹ Zum Phänomen des „plutokratischen Populismus“ in den USA J. S. Hacker und P. Pierson, *Let Them Eat Tweets. How the Right Rules in an Age of Extreme Inequality*, New York: Liveright 2021; siehe dazu auch <https://matrix.berkeley.edu/research-article/video-authors-meet-critics-let-them-eat-tweets/>.

7 Eigentum

Lit. B. G. Carruthers und L. Ariovich, The Sociology of Property Rights. *Annual Review of Sociology* 39 2004, 23-46.

Eigentum im engeren zivilrechtlichen Sinne ist ein **exklusives Nutzungsrecht** an einer Sache, typischerweise verbunden mit einem **Verfügungsrecht**, dem Recht, die Sache anderen entgeltlich oder unentgeltlich, dauerhaft oder auf Zeit zu überlassen. Als dingliches Vollrecht ist das Nutzungsrecht ein **partikulares, generelles Freiheitsrecht**. Es steht jeweils einer bestimmten Person zu, erlaubt prinzipiell die umfassende Nutzung einer Sache und verpflichtet alle anderen zum Unterlassen von Nutzungsbeeinträchtigungen. Wie jedes andere Recht stellt es eine **soziale Beziehung** dar. Das System der Regeln, aus denen sich das Eigentumsrecht, sein Inhalt und sein Umfang ergeben, ist eine **soziale Institution**, welche ihrerseits der Rechtfertigung bedarf. Zu diesen Regeln zählen nicht nur die Regeln des Zivilrechts, sondern auch jene Regeln des öffentlichen Rechts, die Nutzungs- und Verfügungsrechte auf diverse Weisen beschränken (z.B. Umwelt- und Klimaschutzvorschriften) oder an das Eigentum bzw. seinen Erwerb bestimmte Pflichten knüpfen (z.B. Steuergesetze).

In einem weiteren Sinne versteht man unter Eigentum so etwas wie **Vermögen**. Nicht nur in den Sozialwissenschaften, sondern auch im öffentlichen Recht (insbesondere wenn es um das Grundrecht auf Eigentumsfreiheit geht) sind mit „Eigentum“ sämtliche „vermögenswerten Privatrechte“ gemeint, also etwa auch Forderungen (z.B. Anleihen) und Anteilsrechte an Kapitalgesellschaften (z.B. Aktien).³² Eng verbunden mit dem Begriff des Vermögens ist der Begriff des **Kapitals**. Manchmal werden die Begriffe synonym verwendet, manchmal ist mit „Kapital“ lediglich das Eigentum an Produktionsmitteln (Liegenschaften, Maschinen etc.) gemeint.

Oft ist auch von einer „**Eigentumsordnung**“ die Rede. Darunter kann man mindestens zweierlei verstehen: (1) das System von (hauptsächlich rechtlichen) Eigentumsregeln, die festlegen, wer unter welchen Bedingungen woran ein Eigentumsrecht hat und worin dieses Recht genau besteht; (2) dieses System *und* die Verteilung von Eigentumsrechten, die sich aus der Anwendung der Regeln ergibt. Soziologisch ist vor allem die Eigentumsordnung im Sinne von (2) einschließlich ihrer sozialen Konsequenzen von Interesse.

Neben **Gemeingütern**, d.h. Dingen, deren Nutzung, wie immer reguliert, allen Gemeinschaftsmitgliedern offensteht (Allmendegüter), dürfte es **privates Eigentum** an persönlichem Hab und Gut in allen Gesellschaften mit einer rechtlichen Organisation des Zusammenlebens geben und gegeben haben.³³ Dies verleitet leicht zum Fehlschluss, dass

³² Würden ordnungsgemäß entstandene Kreditforderungen von Banken vom Gesetzgeber für null und nichtig erklärt, hätten wir es demnach durchaus mit einer (möglicherweise verfassungswidrigen) Enteignung zu tun, auch wenn kein Eigentum im engen zivilrechtlichen Sinne entzogen wird.

³³ „Privates Eigentum“ als Rechtsbegriff (und nicht als Gegenstand sozialwissenschaftlicher Analyse) umfasst genau genommen auch die Eigentumsrechte des Staates. Diese stellen nicht

Eigentum als Institution, wie wir sie kennen, gleichsam natürlich sei. Tatsächlich handelt es sich aber um eine Institution, die eine **große Variabilität** aufweist. Dementsprechend war und ist sie oft direkt oder indirekt Gegenstand sozialer Kämpfe und politischer Debatten. Viele dieser Kämpfe und Debatten haben die **Legitimität und die Regulierung von Märkten, auf denen Eigentum (im weiten Sinne) getauscht** wird, zum Gegenstand: Wer soll woran veräußerbare Eigentumsrechte in welchem Ausmaß haben können? Wie weit sollen die Nutzungsrechte von Eigentümerinnen reichen? Wie sollen sie durchgesetzt werden? Und wie genau sollen Nutzungsrechte erworben und weitergegeben werden können?

Dimensionen des Eigentums

Die Variabilität des Eigentums als sozialer Institution lässt anhand von fünf Dimensionen darstellen.

Objekte des Eigentums

In keiner Gesellschaft kann alles Gegenstand von Eigentumsrechten sein. Woran Eigentum bestehen kann, hängt von ökonomischen, politischen, technologischen und kulturellen Faktoren ab. Zunächst waren es ausschließlich **materielle Güter** wie Land, Werkzeuge und Waffen. Heute sind es auch und zunehmend **immaterielle Güter** wie Unternehmensanteile und Marken-, Urheber- und Patentrechte, welche selbst durch Rechtsnormen begründet werden. Jahrtausendlang und in verschiedenen Gesellschaften gab es **Eigentum an Menschen**. Sklaven dienten nicht nur der Vermögensbildung, sondern stellten selbst Vermögen dar.

Woran *genau* Eigentum bestehen und was auf Märkten gehandelt werden kann, ist nach wie umstritten. Beispiele: Tiere, biotechnologisch veränderte Organismen, CO₂-Emissionslizenzen, menschliche Organe. Generell gilt: „**Objects possessing powerful, non-commercial social meanings are often deemed inappropriate for ownership.** For example, traditional Native American conceptions of land clashed with those of European settlers, who viewed land as private property ... Today, tribal lands are ‘owned’ by Native Americans, but the cultural meaning of land precludes its treatment as a mere commodity ... The adoption and enforcement of modern IPR law in contemporary China has been undercut by the fact that Imperial Chinese law and culture did not conceive of ideas as property ... Current attempts to patent human genetic material violate moral sensibilities about the commercialization of life ...“ (Carruthers/Ariovich, *The Sociology of Property Rights*, 26).

unbedingt Gemeineigentum dar. Nicht alles, was dem Staat oder im Staatsbesitz befindlichen Gesellschaften gehört (z.B. Polizeiautos, Waffen, Gebäude und Computer), darf von allen Mitgliedern der Gemeinschaft genutzt werden.

Subjekte des Eigentums

Auch wer Eigentümerin sein kann, variiert: **Einzelmenschen, Gruppen** („Miteigentümergeinschaften“) oder durch das Recht erst geschaffene bzw. ermöglichte Gebilde („**juristische Personen**“ wie z.B. Kapitalgesellschaften und Vereine). In einem gewissen Sinne sind freilich alle Rechtssubjekte „juristische Personen“. Erst das Recht macht Menschen zu Rechtssubjekten. Es „konstruiert“ sie als solche, indem es sie zu „**natürlichen Personen**“ *erklärt*. Und es kann alle Menschen gleichermaßen zu Rechtssubjekten erklären, es kann aber auch Unterschiede im Rechtssubjektstatus vorsehen (etwa zwischen Männern und Frauen in patriarchalischen Gesellschaften). Es kann manchen Menschen sogar den Rechtssubjektstatus versagen (z.B. Sklaven), wobei die Bedingungen dafür wiederum unterschiedlich sein mögen.³⁴

Vor allem seit dem 19. Jahrhundert wurden **nichtmenschliche Gebilde als Subjekte von Eigentum immer wichtiger**, insbesondere zur Reduktion von Risiken, die mit wirtschaftlichen Großprojekten verbunden sind. Dabei wird mehr oder weniger strikt zwischen Vermögen/Verbindlichkeiten juristischer Personen (wie z.B. Kapitalgesellschaften) und Vermögen/Verbindlichkeiten ihrer Mitglieder getrennt.

Gebrauch des Eigentums

Obwohl das Eigentum im Zivilrecht als (dingliches) Vollrecht an einer Sache gilt, ist sein Gebrauch üblicherweise **auf vielfältige Weise beschränkt**, in der Regel aus Gründen des öffentlichen Interesses (z.B. Umweltschutz) oder zum Schutz von Interessen bestimmter „Stakeholder“ (z.B. Arbeitnehmerinnen oder Gläubiger eines Unternehmens). Bisweilen haben auch **Nichteigentümerinnen beschränkte Nutzungsrechte** (z.B. Betreten eines fremden Waldes). Für manchen Gebrauch wiederum braucht es offizielle Lizenzen (z.B. einen Führerschein). Beschränkungen sind nicht unbedingt nur durch Rechtsnormen auferlegt, sondern bisweilen auch durch andere soziale Normen (z.B. „noblesse oblige“). Für einzelne Eigentümerinnen können sich **Beschränkungen** des Gebrauchs zudem **aus vertraglichen Vereinbarungen** (z.B. aus Franchiseverträgen) ergeben.

Mit Eigentum können außerdem **Pflichten** einhergehen. Insbesondere können dies Steuerpflichten (z.B. Grundsteuer und Vermögenssteuer) sein. Überhaupt trägt das Steuerrecht wesentlich zur Definition dessen bei, was als legitimes Eigentum gelten kann.³⁵

³⁴ Dass heute alle Menschen gleichermaßen Subjekte von Eigentumsrechten sein können, heißt nicht, dass Eigentumsrechte als partikulare Rechte gleichverteilt wären. Tatsächlich zeigen alle Daten eine die Einkommensungleichheit deutlich übersteigende Vermögensungleichheit (Ungleichverteilung von Eigentum), wie es sie seit der Zeit vor den Weltkriegen nicht mehr gegeben hat. Siehe T. Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, Cambridge/Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press 2014.

³⁵ Aus der Perspektive der liberalen politisch-philosophischen Gerechtigkeitstheorie T. Nagel und L. Murphy, *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Durchsetzung des Eigentums

Die Durchsetzung von Eigentumsrechten erfolgt **üblicherweise durch den Staat** und ist durchaus aufwendig.³⁶ Ein System der Durchsetzung von Eigentumsrechten ist ein öffentliches Gut und der Erhalt eines Systems der Durchsetzung von Eigentumsrechten stellt dementsprechend ein **Kooperationsproblem** dar, das u.a. mit Steuergesetzen, die zur Mitfinanzierung des Systems verpflichten, gelöst wird.

Die (Veranlassung der) Rechtsdurchsetzung durch Einzelne zeitigt insofern positive externe Effekte, als sie zur Stabilisierung des Eigentums als Institution beiträgt bzw. Eigentumsverletzungen etwas unwahrscheinlicher macht.

Wird die Eigentumsordnung (inkl. Eigentumsverteilung) weithin für ungerecht gehalten, ist mit vermehrten Eigentumsverletzungen zu rechnen. Die Durchsetzung des Rechts verursacht dann größeren Aufwand und stößt leicht auf Inakzeptanz – Letzteres vor allem dann, wenn die Sanktionen immer strenger werden.

Erwerb und Übertragung des Eigentums

Der Eigentumserwerb findet zum überwiegenden Teil durch **Markttransaktionen** (Tauschgeschäfte) und **von Todes wegen** (Erbschaft, Vermächtnis) statt. Auch **Schenkungen** spielen eine Rolle. Eher unbedeutend ist heute die Aneignung „herrenloser Sachen“. Wie die Regeln des Eigentumserwerbs gestaltet sind, allen voran die Regeln des Erbrechts, hat großen **Einfluss auf die Verteilung von Eigentum**, insbesondere von Eigentum im Sinne von Vermögen. **An manchen Gütern** besteht nur **für begrenzte Zeit Eigentum** im weiten Sinne. Das sind vor allem Güter, die selbst rechtlich konstruiert sind, wie z.B. Patentrechte, die nach einer gewissen Zeit erlöschen.

Wie schon der Gebrauch des Eigentums, so ist auch die Übertragung und sind Markttransaktionen mehr oder weniger stark durch nichtrechtliche soziale Normen geprägt. Beispiel: Normen einer Gemeinschaft, die den Verkauf von Land an Nichtmitglieder regeln.

Soziale Konsequenzen des Eigentums

Die Variabilität des Eigentums in den genannten fünf Dimensionen spiegelt sich in den Konsequenzen der Eigentumsordnung für die Sozialstruktur und die Produktion gesellschaftlichen Wohlstands wider. Eigentumsregeln sind nicht nur **Verteilungsnormen**, die bestimmten sozialen Konflikten vorbeugen (siehe Kap. 3). Sie bzw. die Verteilung von

³⁶ Siehe S. Holmes und C. R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York/London: W. W. Norton & Company 1999.

Eigentumsrechten entscheiden auch über Statusunterschiede zwischen Gesellschaftsmitgliedern und sind Teil der **Organisation sozialer Kooperation** (siehe Kap. 3).

Produktivität und Nachhaltigkeit

Ohne Privateigentumsrechte wären sämtliche Güter öffentliche bzw. Gemeingüter, deren Nutzung ohne sonstige Beschränkungen erhebliche soziale Kosten verursachen würde.³⁷ Eigentumsrechte können einen **Anreiz zur produktiven und nachhaltigen Nutzung vorhandener Ressourcen** geben. Sie führen im günstigen Fall zu einer Internalisierung sozialer Kosten.

Regeln, die Immaterialgüterrechte wie Patente einräumen, schaffen zusätzliche **Anreize zur Innovation**, indem sie „temporäre Monopole“ einräumen. Was genau Gegenstand solcher Rechte sein soll und wie lange sie bestehen sollen, ist umstritten. Vor allem wirtschaftliche schwache Staaten drängen typischerweise auf einen weniger großzügigen Patentschutz.

Da die **Nutzung von Eigentumsrechten selbst soziale Kosten verursacht** (z.B. in Form von Umweltverschmutzung und Klimawandel)³⁸ unterliegt sie idealerweise zahlreichen Beschränkungen. Diese Beschränkungen sind ihrerseits im Detail durchaus kontrovers und Gegenstand politischer Auseinandersetzungen. Eine **große Ungleichverteilung** von Eigentum wiederum wird nicht nur oft für ungerecht gehalten. Sie ist auch, vor allem wenn sie mit massenhaftem Elend einhergeht, **der ökonomischen Effizienz abträglich**. Einerseits verursacht sie großen Eigentumsschutzaufwand, andererseits bewirkt sie eine entsprechende Ungleichverteilung von Lebenschancen und damit ein Brachliegen vieler Talente.

Soziale Gleichheit und Ungleichheit

Privateigentum verbunden mit Vertragsfreiheit und Märkten kann **Statusunterschiede zwischen den Gesellschaftsmitgliedern verringern, aber auch soziale Ungleichheit vergrößern**. In der Frühzeit des Kapitalismus etwa bewirkte die Überwindung feudaler Strukturen und persönlicher Abhängigkeitsverhältnisse durch moderne Eigentumsregeln und Vertragsrecht nicht nur mehr soziale Freiheit für große Teile der Bevölkerung, sondern auch mehr Gleichheit. Mit der Industrialisierung der Produktion und dem Aufkommen einer Klasse von Kapitalisten, für die die Masse Lohnarbeit zu verrichten hatte, nahmen soziale Freiheit und Gleichheit wieder deutlich ab. Aus einer progressiven sozialen

³⁷ Das unter der Bezeichnung „Tragödie der Allmende“ bekannte Gefangenendilemma lässt sich freilich nicht nur mittels Zuweisung von Eigentumsrechten oder zentraler staatlicher Regulierung auflösen. Auch diverse andere, lokale Arrangements zur Sicherstellung der erforderlichen Kooperation kommen infrage. Siehe dazu E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge: Cambridge University Press 1990.

³⁸ Die Privatisierung von Gütern wie Regenwaldflächen verbunden mit der Einräumung der Möglichkeit ihrer kommerzieller Nutzung stellt oftmals, selbst wenn damit kein Entzug von Lebensraum für bestimmte Völker verbunden ist, den ersten Schritt zu einer regelrechten Explosion sozialer Kosten (z.B. durch Beschleunigung des Klimawandels) dar.

Institution (Privateigentum, Vertragsfreiheit und Markt) wurde zunehmend eine regressive, der bisweilen auch neofeudalistische Züge attestiert werden.³⁹ Bereits existierende Ungleichheiten in der Eigentumsverteilung und in weiterer Folge der sozialen Chancen werden typischerweise durch ein liberales Erbrecht verstärkt.⁴⁰

Seriöse sozialwissenschaftliche Analysen der Eigentumsordnung und ihrer Wirkungen beziehen sich nie auf *das* Eigentum schlechthin. Denn **alles hängt ab von der genauen Ausgestaltung der Regeln und der Beschaffenheit des rechtlichen und sonstigen sozialen Kontexts**, nicht zuletzt vom Stand der wirtschaftlichen und technologischen Entwicklung einer Gesellschaft. Ohne Berücksichtigung solcher Faktoren können auch Privatisierungspolitiken allerlei weithin für schlecht befundene Effekte zeitigen. Ein Beispiel dafür ist der übereilte Übergang von einer plan- zu einer marktwirtschaftlichen Organisation der Wirtschaft in Russland nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion. Dieser öffnete Tür und Tor für eklatante Korruption, vergrößerte die wirtschaftliche Ungleichheit und verhinderte die Etablierung wenigstens einigermaßen demokratischer Verhältnisse.

Verträge und die Dynamik der Eigentumsordnung

Rechtliche Eigentumsregeln werden heute typischerweise politisch, **durch staatliche Gesetzgeber geschaffen**, zunehmend nach völker- und hierzulande auch EU-rechtlichen Vorgaben. Die genaue **Verteilung von Eigentumsrechten** hingegen **resultiert aus der Anwendung bzw. Befolgung dieser Regeln** (und der Regeln, auf die sie verweisen, insbesondere der Regeln des Vertragsrechts) in der Rechts- und Wirtschaftspraxis.

Viele **Juristinnen** in den Diensten privater Akteurinnen (Einzelmenschen oder Organisationen) tun aber deutlich mehr, als ihre Klientel über Regeln und Kosten der Regelverletzung zu informieren und deren Rechtsansprüche vertretungsweise geltend zu machen. Sie sind **maßgeblich an der Bildung, Mehrung und Absicherung von Vermögen beteiligt**. Dabei können sie zwar aufgrund des (üblicherweise existierenden) sachenrechtlichen „Typenzwangs“ keine neuen Formen von Eigentum erfinden. Aber sie können bereits vorhandenes Vermögen durch geschickte Gestaltung von Verträgen (insbesondere durch diverse Unternehmens-, Fonds- oder Stiftungskonstruktionen) dem Zugriff Dritter wie Finanzbehörden oder private Gläubigerinnen entziehen.⁴¹ Derartige Dienstleistungen, welche nicht nur gute Rechtskenntnisse, sondern auch einiges an Kreativität erfordern,

³⁹ Siehe dazu E. Anderson, *Private Government. How Employers Rule Our Lives (and Why We Don't Talk about It)*, Princeton: Princeton University Press 2017.

⁴⁰ Für eine soziologische Analyse des Erbrechts siehe J. Beckert, *Unverdientes Vermögen. Soziologie des Erbrechts*, Frankfurt/New York: Campus 2004.

⁴¹ Siehe K. Pistor, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton/Oxford: Princeton University Press 2019; K. Pistor, Die Codierung von Kapital. Eine rechtliche Analyse der Ursachen wirtschaftlicher Ungleichheit. *Juridikum* 1/2021, 75-83.

kosten freilich Geld und kommen schon deshalb primär sehr Wohlhabenden zugute. Zudem ist ihr Nutzen umso größer, je größer die neu zu „codierenden“ Vermögen.

8 Sanktionen

Lit. T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 5. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 223-238.

Recht wird üblicherweise, gerade von juristischen Laien, zuallererst mit Zwang assoziiert. Und wenngleich er bei weitem nicht alles ist, was das Recht auszeichnet, so ist der **organisierte Zwang** in der Tat ein wesentliches Merkmal eines jeden Rechtssystems (siehe Kap. 2). Der Zwang des Rechts manifestiert sich nicht nur in unmittelbarer physischer Gewalt (etwa durch die Polizei), sondern auch, ja hauptsächlich, in der Androhung und Verhängung von Sanktionen verschiedenen Typs.

Gewöhnlich und im Folgenden meinen wir mit „Sanktionen“ **normalerweise unerwünschte Unrechtsfolgen**⁴², also **negative Sanktionen**.⁴³ Dabei können wir unterscheiden zwischen verbalen, physischen und sozialen Sanktionen, zwischen repressiven und restitutiven Sanktionen sowie zwischen präventiven und symbolischen Sanktionen:

„Am leichtesten wirken **verbale Sanktionen**: Das Verhalten des Normbrechers stößt auf Missbilligung und Tadel, der Täter wird ausgelacht oder beschimpft, er erhält einen Verweis oder eine Verwarnung. Auch im Rechtsleben sind Verwarnungen und Verweise, vor allem bei Disziplinar- und Ordnungsverstößen, eine häufig gebrauchte Maßregel. Zur zweiten Gruppe gehören die **physischen Sanktionen**, das heißt alle Formen der körperlichen Züchtigung und der Freiheitsberaubung bis hin zur Todesstrafe. In einer dritten Gruppe kann man **soziale und wirtschaftliche Sanktionen** zusammenfassen. Gemeint sind zunächst Geld- und Vermögensstrafen, Schadensersatzverpflichtungen und der staatliche Zahlungszwang. Hinzu kommen aber weitere, sehr verschiedenartige Praktiken wie zum Beispiel die öffentliche Bloßstellung, früher am Pranger, heute im Fernsehen oder in der Presse. Ferner gehören Fälle einer Störung der Arbeitskooperation, der Verschärfung von Arbeitsanforderungen oder der Zuweisung unangenehmerer Arbeit und des Entzugs von Privilegien hierher. Die schärfsten Formen der sozialen Sanktionen sind

⁴² „Normalerweise unerwünschte Unrechtsfolgen“, weil Menschen gelegentlich auch Straftaten begehen, um eine Haftstrafe verbüßen zu können und etwa im Winter nicht obdachlos zu sein. Die Zahl solcher Fälle dürfte aber – wenigstens hierzulande – äußerst klein sein. „Normalerweise unerwünschte Unrechtsfolgen“, weil nicht jede normalerweise unerwünschte Rechtsfolge eine Sanktion ist. So kann die Entstehung einer in der Regel unerwünschten Steuerpflicht als Folge des Erzielens von Einkommen in einer bestimmten Höhe nicht als Sanktionierung im wörtlichen Sinne verstanden werden (auch wenn bisweilen polemisch von einer „Bestrafung der Leistungsträger“ gesprochen wird).

⁴³ Geläufig ist aber auch die Verwendung von „sanktionieren“ im Sinne von „genehmigen“, „absegnen“ oder „billigen“. Dementsprechend ist in der Soziologie auch von „positiven Sanktionen“ die Rede (Vorteile bzw. Belohnungen, Ehrungen, Preise, Orden, Titel etc.). Mitunter stellen diese ein probateres Mittel der Verhaltenssteuerung dar als die Androhung von Strafen oder Schadensersatzpflichten. Unüblich sind jedenfalls positive Sanktionen für bloß rechtskonformes Verhalten. Letzteres wird von jeder Person erwartet. Manchmal aber werden positive und negative Sanktionen miteinander verknüpft. Beispiel: Wer einen Fund meldet, hat Anspruch auf „Finderlohn“, wer dies nicht tut, macht sich der Unterschlagung schuldig und muss mit einer Strafe rechnen.

der Abbruch der Beziehung und der Ausschluss aus der Gesellschaft oder Gruppe, namentlich in Gestalt der fristlosen Kündigung, des Ausschlusses aus einem Verein oder der Ausweisung aus einem Staat, früher der Verbannung.

Alle genannten Sanktionen wirken dadurch, dass sie dem Normbrecher ein Übel zufügen oder androhen. Sie werden daher als negative Sanktionen bezeichnet. Ihr Zweck geht zunächst dahin, die durch den Normbruch entstandene Störung der sozialen Ordnung aufzuheben. Dabei kann man mit Durkheim zwischen **repressiven und restitutiven Sanktionen** unterscheiden. Während erstere dem Normbrecher einen Schmerz oder eine Sühne auferlegen, dienen die restitutiven Sanktionen dazu, den früheren Zustand wiederherzustellen, den entstandenen Schaden auszugleichen und dem Verletzten Genugtuung zu leisten.

Zugleich erfüllen Sanktionen aber auch **präventive und symbolische Funktionen**. Wie schon Durkheim erkannt hat, bestätigt das Einschreiten gegen den Normbrecher die Geltung der Norm selbst und trägt dadurch zur Festigung der Gesellschaft oder Gruppe bei. Potentielle Normbrecher werden durch die Strafdrohung von ihrem normwidrigen Tun möglicherweise abgehalten. Die Verurteilung eines Täters dient auch dazu, Aggressionen abzubauen, die sich in der Öffentlichkeit gegen ihn aufgestaut haben. Nach Verbüßung der Strafe kann er als ‚gereinigtes‘ Mitglied in die Gesellschaft zurückkehren. Die Sühne bewahrt ihn in diesem Fall davor, auf Dauer zum Sündenbock zu werden.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 223 f.)

Sanktionssubjekte

Sanktionen unterscheiden sich auch nach der Person, Personengruppe oder Instanz, die Sanktionen veranlasst, verhängt oder durchführt.

Benefiziarinnen

Benefiziarinnen sind diejenigen, deren Interessen durch eine verletzte Norm geschützt oder befördert werden sollen. **Benefiziarsanktionen** sind dementsprechend Sanktionen, die durch Opfer bzw. Geschädigte veranlasst, verhängt oder durchführt werden. Sie kommen auch dort häufig vor, wo das staatliche Gewaltmonopol sehr wirksam ist: „Soweit sich der Normbruch gegen private Güter richtet, ist der Benefiziar der geborene Sanktionsträger, weshalb ihm das Recht oft die Sanktionshandlung, zum Beispiel die Kündigung, überlässt und sich darauf beschränkt, die Durchsetzbarkeit zu garantieren, Grenzen festzulegen und Missbräuche zu verhindern. In anderen Fällen wird zwar der staatliche Sanktionsapparat tätig, aber nur, wenn der Verletzte es beantragt.

Aufs Ganze gesehen dürften Benefiziarsanktionen in allen Gesellschaften der häufigste Fall sein, selbst in Staaten mit starken, das Sanktionsmonopol beanspruchenden Behörden und Gerichten. Denn die Durchsetzung des Rechts hängt auch in diesem Fall wesentlich davon ab, dass die betroffenen Rechtsgenossen die staatlichen

Sanktionsinstanzen anrufen können und auch tatsächlich anrufen, ihr Recht dazu also mobilisieren.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 226 f.) Eine Mobilisierung des Rechts im jeweils eigenen Interesse zeitigt also prinzipiell **positive externe Effekte**. Wenn zu viele Menschen darauf verzichten (etwa aufgrund von Konfliktscheue, Bequemlichkeit oder Mangel an Zeit und finanziellen Ressourcen), ist mit einem allgemeinen Absinken der Bereitschaft zum Rechtsgehorsam zu rechnen.

Gruppen

Sanktionen durch die Gruppe, der die Rechtsbrecherin angehört (in der Regel nur dort, wo der innere Frieden der Gruppe gefährdet ist) „**stellen ... das staatliche Gewaltmonopol stärker in Frage**, weshalb sie der moderne Staat deutlich zurückdrängt. In einer pluralistischen Gesellschaft verlieren sie auch deshalb an Bedeutung, weil sich der Normbrecher häufig der Gruppe zu entziehen vermag, der unsportliche Fußballspieler beispielsweise den Verein wechselt, um der Strafe zu entgehen.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 227) Im Rahmen völkerrechtlicher Systeme kollektiver Sicherheit spielen Gruppensanktionen bzw. ihre Androhung eine wichtigere Rolle.

Staatliche Instanzen

In der einen oder anderen Funktion sind an rechtlichen Sanktionierungen, auch an Benefiziarsanktionen, regelmäßig staatliche Instanzen wie **Polizei, Staatsanwaltschaften, Gerichte, Strafvollzugsorgane und Verwaltungsbehörden** beteiligt. Rechtliche Sanktionierungskompetenzen kommen aber oft auch nichtstaatlichen Organisationen wie Kirchen, Berufsverbänden und Vereinen zu.

Normbrecherinnen

Normbrecherinnen können sich in einem gewissen Sinne auch selbst sanktionieren, d.h. **aus eigenem Antrieb Sühne oder Wiedergutmachung leisten**. Oft tun sie dies, um einer Sanktionierung durch andere zuvorzukommen. Manchmal sind sie auch durch (moralische) Schuldgefühle motiviert.

Überirdische Mächte

In der modernen Gesellschaft werden Sanktionierungen nicht mehr überirdischen Mächten überlassen, weil man nicht mehr an solche Mächte glaubt oder weil es keinen hinreichend breiten Konsens darüber gibt, was für Mächte das sind und was diese Mächte von uns erwarten. In vielen vormodernen Rechts- und Protorechtsordnungen hingegen (auch, aber nicht nur in Europa) waren **Orakel, Gottesurteile** und dergleichen sehr verbreitet.

Sanktionswirksamkeit

Wir haben oben (Kap. 4) festgestellt, dass die Effektivität des Rechts sich aus Verhaltens- und Sanktionswirksamkeit einschließlich Funktionalität zusammensetzt. Im Folgenden fokussieren wir auf die für die Sanktionswirksamkeit maßgeblichen Faktoren und mögliche Komplikationen.

Prekarität und Konflikträchtigkeit von Sanktionen

Sanktionen sind **Handlungen (inkl. Äußerungen), die unter anderen Umständen selbst normwidrig wären**: Vermögens- oder Freiheitsentzug, Ehrverletzung etc. Dies kann leicht Widerstand provozieren – vor allem, wenn die Sanktion als zu hart empfunden oder das Unrecht, auf das die Sanktion folgt, nicht gar als solches wahrgenommen wird. Dementsprechend sind Sanktionen selbst mit gewissen **Risiken für den sozialen Frieden** verbunden.

Entsprechung von Normbruch und Sanktion

Allgemein wird erwartet, dass die Sanktion dem Unrecht der Tat entspricht. Ist sie zu schwach, motiviert die Aussicht auf sie zu wenig. Ist sie zu stark, bewirkt sie leicht Protest und womöglich sogar Vergeltung durch die Sanktionierten: „Die **Abstufung der Normverletzung wie auch der Sanktionen nach ihrer Schwere und Sozialschädlichkeit ist weitgehend sozial fixiert und daher auch dem geschichtlichen Wandel unterworfen**. Jedermann weiß, wie sich die Normen der Sexualmoral und die dazugehörigen Strafgesetze in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts grundlegend geändert haben. Auf der Seite der Sanktionen sind als Beispiele etwa die Abschaffung der Todesstrafe, der Folter, der Prügelstrafen und aller anderen körperlichen Züchtigungsmittel zu nennen. Für den Augenblick, in dem die Sanktion verhängt werden muss, ist sie jedoch durch das geltende Recht und die in der öffentlichen Meinung herrschenden Wertvorstellungen jeweils vorgegeben und daher weder für den Normbrecher noch für den Verletzten disponibel.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 230)

Wenn die vom geltenden Recht vorgesehenen Sanktionen zu stark anmuten, kann es auch dazu kommen, dass Unrecht, obwohl es als solches erkannt wird und eine Bestrafung ohne weiteres möglich wäre, sanktionslos bleibt. Man denke an Freisprüche für Holocaustverharmlosungen nach dem österreichischem Verbotsgesetz.

Sanktionspotenzial

Die sanktionierende Instanz muss über „ausreichende Macht [verfügen], sich gegenüber dem Normbrecher durchzusetzen. ... Die Wirksamkeit von Sanktionen und die Wiederherstellung des sozialen Friedens ist so gesehen eine **Frage der Verteilung von Macht und Herrschaft in der Gesellschaft**.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 230)

Bisweilen verfügt nicht einmal der Staat über die erforderliche Macht (man denke an „failed states“, in denen die Staatsgewalt mit anderen machtvollen Akteurinnen wie z.B. „Warlords“ konkurriert).

Sanktionierungskosten

Um das Sanktionspotenzial aktualisieren zu können, muss man freilich erst einmal der Rechtsbrecherin habhaft werden. Der dafür (etwa für die Aufklärung von Verbrechen oder die Überwachung des Straßenverkehrs) verursachte **Aufwand ist mitunter größer als der soziale Nutzen der Sanktionierung**. Potenzielle Rechtsbrecherinnen wiederum wissen dies und lassen, sofern sie rational kalkulieren, die (grob geschätzte) Entdeckungswahrscheinlichkeit in ihre Kosten- und Nutzenkalkulationen einfließen. Kriminalsoziologische und -ökonomische Modelle, die sich auf (nicht sonderlich realistische) Homo oeconomicus-Annahmen stützen,⁴⁴ legen im Übrigen eine „neoliberale“ Strafrechtspolitik nahe, die auf die Androhung besonders hoher Strafen zwecks Prävention setzt. Die Androhung solcher Strafen, so das Argument, verursache selbst keine Kosten, könne aber, einen Mangel an Investitionen in die Aufklärung kompensieren.⁴⁵

Die hohen Kosten von gerichtlichen Strafverfahren und Freiheitsstrafvollzug (Kosten für den Staatshaushalt und sonstige soziale Kosten) sind ein Grund, weshalb Strafgesetzgeber zunehmend Alternativen zur herkömmlichen Sanktionierung geringfügiger Delikte vorsehen, insbesondere **Diversionsmaßnahmen** wie den außergerichtlichen Tatausgleich, und weshalb oft eine **Diversifizierung des Strafansatzes** gefordert wird (etwa die Einführung von Pflichten zu gemeinnütziger Arbeit).

Wenn es sich bei Rechtsbrecherinnen nicht um einzelne, wenig mächtige Personen, sondern um einen starken Verband oder eine Organisation handelt, reichen oft auch das Wissen um den Rechtsbruch und die Rechtsbrecherin sowie die prinzipielle Durchsetzungsmacht nicht aus, um eine Sanktionierung erwarten zu lassen. Immerhin kann die **Überwindung des Widerstands machtvoller Akteurinnen**, selbst wenn durchaus möglich, beträchtliche Kosten verursachen.

Da so gut wie allgemein angenommen wird, dass es unter dem Kosten/Nutzen-Gesichtspunkt unvernünftig wäre, jede Rechtsnormverletzung gleichermaßen zu verfolgen, kann man eine gewisse **Kriminalitäts- und Konflikttoleranz** beobachten. Liberale Staaten, in denen zudem Grundrechtsnormen der Verbrechenaufklärung Grenzen setzen, verwenden tendenziell einen geringeren Teil ihres Gesamtbudgets für die Verfolgung und Sanktionierung von Normverletzungen als autoritäre und totalitäre Staaten.

⁴⁴ Siehe G. S. Becker, Kriminalität und Strafe. Ein ökonomischer Ansatz. In *Ökonomische Erklärung menschlichen Verhaltens*, 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck 1991, 39-96.

⁴⁵ Zum Neoliberalismus in der Verbrechensbekämpfung T. Biebricher, *Neoliberalismus zur Einführung*, Hamburg: Junius 2012, 179-184.

Selektivität der Sanktionierung

Aus dem zuletzt Gesagten ergibt sich eine Selektivität in der Verfolgung von Normverletzungen durch staatliche Instanzen. Der **Verfolgungsaufwand variiert mit dem Unrechtsgehalt der Normverletzung**. In die Aufklärung von Diebstählen wird weniger investiert als in die Aufklärung von Morden.

Wo staatliche Instanzen nur auf Initiative (Klage, Antrag, Beschwerde etc.) von Geschädigten oder Opfern tätig werden können, sorgen die je **individuellen Rechtsmobilisierungskriterien** Letzterer für zusätzliche Selektivität (nicht alle Menschen sind gleichermaßen bereit, den Rechtsdurchsetzungsapparat einzuschalten).

Eine **Selektivität der Sanktionierung** zeigt sich auch **in den Anklagen und Verurteilungen**. Sozial Schwache, vor allem junge ausländische Männer, werden überproportional oft angeklagt und verurteilt. Dies lässt sich durchaus weitgehend sozialwissenschaftlich (im Gegensatz zu: psychologisch oder biologisch) erklären. Wie immer die zutreffende Erklärung genau aussieht, sie wird eine multikausale sein. Diskriminierende Einstellungen und diskriminierungszuträgliche Anreizstrukturen bei den Sanktionierungsinstanzen sind allenfalls ein Faktor unter mehreren (zur Entstehung von Strukturen der Diskriminierung siehe Kap. 10).

Sanktionsnormierung

Innerhalb des Staates, anders als im internationalen Recht, ist die Sanktionierung von Rechtsverletzungen, soweit sie die Anwendung von Zwang beinhaltet, den Geschädigten/Opfern weitgehend entzogen. Selbsthilfe ist nur in Ausnahmefällen zulässig. Vom **Gewaltmonopol** des Staates profitieren die Geschädigten/Opfer, weil die Sanktionierung *prinzipiell* nicht von ihren eigenen Machtressourcen abhängt. Die Rechtsbrecherinnen wiederum sind *prinzipiell* nicht der unkontrollierten Rache der Verletzten oder von deren Gruppe ausgesetzt.

Jedenfalls zeichnet sich das Recht durch **organisierten Zwang** aus. Das heißt, die Zwangsausübung im Zuge der Sanktionierung ist ihrerseits mehr oder weniger detailliert normiert. Unter Bedingungen liberaler Rechtsstaatlichkeit beinhaltet diese Normierung nicht nur **Ermächtigungen** für Sanktionierungsinstanzen, sondern auch **Beschränkungen der Sanktionierungsbefugnisse** (vor allem in Form von Grund- und Menschenrechten). Beschränkungen existieren ebenso dort, wo Private als Sanktionierungssubjekte tätig werden, etwa im Arbeitsrecht (so ist das Entlassungsrecht an bestimmte Pflichtverletzungstatbestände geknüpft).

Doch die „Monopolisierung der Sanktionsgewalt und die Normierung des Sanktionsmechanismus“ gelingen nie vollständig, vielmehr ist stets damit zu rechnen, dass neben oder anstelle offizieller **diffus wirkende unspezifische Sanktionen** des sozialen Umfelds auftreten, in dem der Täter lebt. ... Unspezifische Sanktionen sind ein angemessenes

Hilfsmittel, wenn eine Beziehung so intim und verletzlich ist, dass sie offizielle Sanktionen nicht verträgt.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 236) **Stigmatisierungen** als Folge staatlicher Sanktionen versucht der Staat üblicherweise entgegenzuwirken. Manche erklärt er für rechtswidrig. Unspezifische Sanktionen sind nicht unbedingt überraschende, womöglich sogar „notwendige Folge der Monopolisierung der Sanktionsgewalt..., weil die entmachteten und von der Verantwortung für die Verfolgung des Normbruchs entlasteten anderen Sanktionssubjekte ihren Unmut gar nicht mehr anders äußern können“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 237).

In manchen Fällen sieht das Recht auch einen vorläufigen Verzicht auf Sanktionen durch Zwang vor (z.B. bedingte Strafe bzw. Bewährungsstrafe), und im Wiederholungsfall eine umso strengere Bestrafung (z.B. Strafverschärfung für Rückfallstäterinnen). Man spricht dann auch von „**Bilanzsanktionen**“, „die sich nicht auf einzelne Normbrüche beziehen, sondern auf ein ganzes ‚Schuldkonto‘“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 238). Auf diese Weise soll die Rechtsbrecherin gewissermaßen verpflichtet werden, sich künftig besonders penibel an das Recht zu halten. Damit die Verpflichtung aus dem Sanktionsverzicht als solche anerkannt und ernstgenommen wird, braucht es jedoch wieder ausreichende faktische staatliche Sanktionierungsmacht im Hintergrund (insbesondere eine signifikante Wahrscheinlichkeit der Aufklärung von Normverletzungen).

9 Der Zivilprozess

Lit. T. Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 5. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2009, 314-328; W. Fuchs, Prozessebbe: Wo liegen die Gründe? *Österreichisches Anwaltsblatt* 07/08 2019, 451-460.

Eine zentrale Funktion von sozialen Normen im Allgemeinen und Rechtsnormen im Besonderen ist die **Konfliktbeilegung oder zumindest Konflikteinhegung**. Dafür sieht das Recht mehr oder weniger aufwendig normierte Verfahren vor, das moderne staatliche Recht insbesondere Verwaltungs- und zivilgerichtliche Verfahren, die prinzipiell (aber keineswegs immer⁴⁶) auf eine **autoritative behördliche bzw. richterliche Entscheidung** hinauslaufen. Hier interessieren die (streitigen) Zivilverfahren (mit Klägerinnen und Beklagten).

Nicht alle sozialen Konflikte eignen sich als Gegenstand gerichtlicher Verfahren. Und von denjenigen Konflikten, die autoritativen Entscheidungen zugänglich sind, sind es typischerweise nur bestimmte Dimensionen, die Gerichte bearbeiten können. Im oder durch das Verfahren werden also soziale Konflikte auf eine bestimmte Weise „codiert“. Dabei findet eine höchst **selektive Realitätsverarbeitung** statt:

„Durch den Prozess wird der Gegenstand des Rechtsstreits zunächst in gewissem Ausmaß von seinem gesellschaftlichen Hintergrund gelöst. Die Beteiligten treten nicht mehr in ihren gewöhnlichen sozialen Rollen auf, zum Beispiel als Familienvater, Arzt, Unternehmer, Arbeiter, sondern in den prozessspezifischen Rollen als Kläger, Beklagter, Richter, Zeuge usw. Sie müssen ihre Aussagen von ihrem eigenen Lebenskreis trennen und in der vor Gericht gebräuchlichen Sprache darstellen. Ihre gesellschaftlichen Beziehungen lassen sich im Prozess nicht mobilisieren, ihre Angaben werden ohne Ansehen der Person, namentlich unabhängig von ihrer Stellung und ihrem Prestige gewürdigt. Es kommt nur noch auf den kleinen Teil der Sachverhaltsinformationen an, die rechtlich relevant sind. Alles andere wird nach und nach ausgeschieden, womit sich auch der Argumentations- und Entscheidungsspielraum zusehends verengt, ohne dass sich ein Beteiligter dem entziehen könnte. Gerade auch die streitenden Parteien müssen sich auf diesen Ausfilterungsprozess einlassen, wenn sie nicht aus der Rolle fallen und somit ihre Glaubwürdigkeit verlieren wollen. Ihr Konflikt wird zwar anerkannt und bildet das Strukturprinzip des kontradiktorischen Verfahrens. Es wird erwartet, dass sie gegenteilige Standpunkte vertreten. Aber gerade dadurch wird der Streit zugleich auch relativiert und entschärft.“ (Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 317)

⁴⁶ Nicht nur das Früh- oder Protorecht kennt diverse Verfahren der einvernehmlichen Konfliktlösung. Und viele Verfahren, die mit einer Klage beginnen, enden nicht mit einem Urteil, sondern einem Vergleich. Vergleiche liegen durchaus im Interesse der Richterinnen. Sie ersparen ihnen einiges an Arbeit. Richterinnen sind in vielen Rechtssystemen sogar dazu angehalten, Vergleichschancen auszuloten und womöglich sogar (ein wenig) auf einvernehmliche Verfahrensbeendigungen hinzuwirken.

Die Selektivität der Realitätsverarbeitung bereitet insbesondere den mit Gerichtsverfahren wenig Erfahrenen größere Probleme als den „Repeat Players“, für die das Beschreiten des Rechtsweges Routine ist. Wenn erstere anwaltlich vertreten sind, finden sie sich überdies oft in der Rolle von bloßen Informationslieferantinnen wieder.

Die Selektivität der Realitätsverarbeitung zeigt sich zudem in einer **Vergangenheitsorientierung** streitiger Verfahren. Eine Ungewissheit des Ausgangs resultiert in vielen Fällen weniger aus der Schwierigkeit von Rechtsfragen als aus **Unwägbarkeiten der Feststellung des Sachverhalts**, der der Entscheidung zugrunde zu legen ist.

Die Selektivität der Realitätsverarbeitung ergibt sich nicht immer nur aus allgemeinen Eigenschaften des Rechts und des juristischen Blicks auf die Welt sowie aus den einschlägigen expliziten Normen (der Gerichtsorganisation, des Verfahrens und des materiellen Rechts). Sie ergibt sich bisweilen auch aus den jeweils vorherrschenden Theorien und Methoden der Interpretation. Diese sind **nicht unbedingt ideologisch neutral** (auch dann nicht, wenn sie nicht mit politischen Intentionen entwickelt und vermittelt wurden).⁴⁷ In demokratischen Staaten versucht man, „Tendenzen politischer Einseitigkeit der Judikatur [unter anderem, Anm. C. H.] durch die Beteiligung von Laienrichtern entgegenzuwirken“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 321).⁴⁸

Zugang zu Gerichten und Rechtsvertretung bzw. -beratung

Ein zentrales Thema der empirischen wie der theoretischen Rechtssoziologie ist die **Mobilisierung des Rechts** zur Durchsetzung von Interessen. Dabei gilt es, ihre **Bedingungen** zu bestimmen und augenfällige **Ungleichheiten** im Zugang zu anwaltlicher Beratung/Vertretung sowie in der Bereitschaft zu erklären, den Gerichtsweg zu beschreiten.

⁴⁷ So hat etwa eine aufwendige Studie in den USA ergeben, „that after attending economics training, participating judges use more economics language in their opinions, issue more conservative decisions in economics-related cases, rule against regulatory agencies more often, favor more lax enforcement in antitrust cases, and impose more/longer criminal sentences. The law-and-economics movement had policy consequences via its influence on U.S. federal judges.“ (E. Ash, D. L. Chen und S. Naidu, Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice. *NBER Working Paper* No. 29788 2022, 1, https://www.nber.org/system/files/working_papers/w29788/w29788.pdf) (Hintergrund: Viele US-Bundesrichterrinnen absolvieren nach dem Studium noch einen Rechtsökonomik-Lehrgang, in dem nicht nur sehr marktliberale, sondern auch eher sozialdemokratische Ökonominen unterrichten. Es handelt sich bei den Lehrgängen also keineswegs um bloße Indoktrinationsveranstaltungen einer politischen Partei. Und dennoch scheinen sie den Teilnehmerinnen ganz bestimmte Wahrnehmungs- und Bewertungsmuster beizubringen.)

⁴⁸ Überhaupt hat die Einbindung von Laien in Verfahren die Funktion, für eine gewisse Reduktion der (an sich unvermeidlichen) Selektivität zu sorgen und damit zur Legitimität der Rechtsprechung beizutragen.

Bedingungen der Mobilisierung von Recht

„Die Funktionsfähigkeit und Akzeptanz der Streitentscheidung durch die staatlichen Gerichte hängt weiter davon ab, unter welchen Voraussetzungen diese angerufen werden. Dabei geht es nicht allein darum, dass die vom materiellen Recht gewährten Ansprüche auch vor Gericht geltend gemacht werden können. Vielmehr verlangt der soziale Rechtsstaat, allen Rechtsträgern ohne Rücksicht auf ihre soziale Stellung und ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gleichen und möglichst leichten Zugang zu Rechtsanwälten und Gerichten zu ermöglichen.“ (Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 322)

Allgemein gilt nach vorliegenden empirischen Befunden: Gerichtliche Streitigkeiten aus punktuellen sozialen Kontakten („one-shot games“) sind häufiger als gerichtliche Streitigkeiten aus Dauerbeziehungen (Superspielen). Belegt wird dies insbesondere durch die Häufigkeit von Mahnverfahren und Unfallfolgeprozessen. Gerichtliche Streitigkeiten aus anonymen Dauerbeziehungen sind häufiger als gerichtliche Streitigkeiten aus persönlichen Beziehungen. Zudem müssen letztere zerstört oder nachhaltig gestört sein. Beispiel: Arbeitsgerichtliche Verfahren machen eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sehr unwahrscheinlich.

Doch wer in welcher Rolle freiwillig oder gezwungenermaßen an Zivilprozessen teilnimmt, hängt noch von einigen weiteren Faktoren ab: „In der gesellschaftlichen Realität ... spielt sich, längst bevor ein Anwalt eingeschaltet oder ein Gericht angerufen wird, ein **Prozess vor dem Prozess** ab, in dem sich entscheidet, ob jemand ein Recht durchzusetzen sucht. Wie die rechtssoziologische Forschung namentlich der 1970er und 1980er Jahre herausgearbeitet hat, hängt die tatsächliche ‚Mobilisierung von Recht‘ von zahlreichen Faktoren ab. Je nachdem, ob es sich um Hemmnisse im sozialen Umfeld oder in der Person der Betroffenen handelt, kann man dabei mit einem üblich gewordenen Sprachgebrauch zwischen **Barrieren** und **Defiziten beim Zugang zu Anwälten und Gerichten** unterscheiden. Unter den Barrieren bietet sich weiter die Differenzierung zwischen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und rechtlichen Barrieren an. Die Kernfragen sind in allen Fällen jedoch die gleichen: Welche Hindernisse stellen sich der Anrufung der Gerichte entgegen? Sind diese unschädlich, unvermeidbar oder sogar notwendig und gewollt und mit dem fundamentalen Grundsatz ‚gleiches Recht für alle‘ vereinbar?“ (Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 322)

Augenscheinlich bestehen zwischen den verschiedenen Defiziten und Barrieren Kausalzusammenhänge.⁴⁹

Rechtliche Barrieren

Darunter fallen vor allem **unklare Gesetze**, die Prozessausgänge äußerst ungewiss machen, aber auch **entfernte Gerichtsstände** und eine üblicherweise **lange Verfahrensdauer**.

⁴⁹ Zu (allerdings nicht mehr ganz aktueller) Empirie und weiteren Differenzierungen (insbesondere nach Verfahrensarten) E. Blankenburg, *Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie*, Berlin u.a.: Springer 1995.

Rechtliche Barrieren lassen sich nicht von wirtschaftlichen und sonstigen sozialen Barrieren trennen, da sie in der Regel keine an sich unüberwindbaren Hindernisse darstellen, sondern lediglich die Kosten erhöhen, für viele jedoch so weit, dass sie prohibitiv wirken.

Bisweilen gibt es auch **günstigere Alternativen** zum Gerichtsverfahren, und bisweilen werden diese vom Gesetzgeber geschaffen, *um* die Justiz zu entlasten: „Alternative Rechtsformen und außergerichtliche Streitschlichtungsinstrumente können als funktionale Äquivalente den Gang zur Ziviljustiz überflüssig machen. **Rechtsberatende Einrichtungen** vermögen einerseits den Zugang zu den Gerichten zu befördern und damit die Prozesshäufigkeit zu erhöhen; andererseits können sie aber mitunter auch alternative Abhilfen vermitteln oder bereitstellen und daher prozessvermeidend wirken.“ (Fuchs, Prozessebbe, 454)

Wirtschaftliche Barrieren: Anwalts- und Gerichtskosten

Dass hohe oder unkalkulierbare Kosten vom Gang zur Anwältin oder zum Gericht abhalten können, liegt auf der Hand. Mit der Gestaltung des Kostensystems lässt sich gezielt Einfluss auf die Prozessbereitschaft und die gerichtlichen Fallzahlen nehmen. **Erfolgshonorarsysteme** etwa können das Kostenrisiko reduzieren. In einigen Rechtsordnungen hingegen sind aber zumindest bestimmte Arten von Erfolgshonoraren verpönt.⁵⁰ Für die meisten Prozesse gilt (wenigstens in Österreich): Die unterlegene Partei hat der obsiegenden Partei Gerichts- und Anwaltskosten nach gesetzlichen Tarifen zu ersetzen. Mit ihren eigenen Klientinnen können Anwältinnen freilich Sondervereinbarungen treffen, innerhalb gewisser Grenzen auch über Erfolgshonorare (soweit diese nicht der Art nach verboten sind).

Für sozial Schwache existieren üblicherweise **Verfahrenshilferegelungen**. Diese sollen eine gewisse Neutralisierung wirtschaftlicher Ungleichheit bewirken. Viele keineswegs sehr Wohlhabende kommen freilich nicht in den Genuss solcher Unterstützungsleistungen.

Erleichtert wird der Zugang zu Anwältinnen und Gericht außerdem durch **Rechtsschutzversicherungen**.

Sonstige soziale Barrieren

Nicht nur das Recht und monetäre Kosten, auch (mitunter milieuspezifische) **nichtrechtliche soziale Normen** können vom Rechtsweg abhalten, indem sie ihn als „unangemessen“ ausweisen. Hinzu kommen als Faktoren, die einen Gang zu Anwältin oder Gericht unwahrscheinlicher machen: eine **soziale Distanz** zur Juristinnen- und

⁵⁰ Siehe § 879 Abs. 2 Z. 2 ABGB: „Insbesondere sind folgende Verträge nichtig:

...

2. wenn ein Rechtsfreund eine ihm anvertraute Streitsache ganz oder teilweise an sich löst oder sich einen bestimmten Teil des Betrages versprechen läßt, der der Partei zuerkannt wird; ...“

Richterinnenklasse (siehe unten) und, wie oben angedeutet, das **Interesse an der Aufrechterhaltung von** wichtigen, insbesondere persönlichen **Dauerbeziehungen** (z.B. in Familien).

Personeninhärente Defizite

Ursache für den Verzicht auf die Mobilisierung des Rechts können **Unkenntnis der Möglichkeiten und Chancen** sein, aber auch **Hemmungen und Ängste**, die aus einem Mangel an „kulturellem Kapital“ (P. Bourdieu) wie Bildung und Artikulationsfähigkeit resultieren. Dass diese Defizite in der Person liegen, heißt nicht, dass sie nicht **zugleich sozial bedingt** wären. Tatsächlich stellt ihre Reduktion durchaus eine Aufgabe des Rechts- und Sozialstaates dar. Solche Defizite können auch dem Habitus von Anwältinnen und richterlichem Personal geschuldet sein oder durch diesen verstärkt werden und korrelieren mit Aspekten der allgemeinen gesellschaftlichen Kultur, in die ein partikulares Rechtssystem eingebettet ist (z.B. Untertanenmentalität).

Parteienkonstellationen

Formaliter haben die Parteien in Zivilprozessen einen **weitgehend gleichen Status**. Das heißt, ihre Rechte und Pflichten sind, wenn schon nicht identisch, sehr symmetrisch ausgestaltet. Die Rechtssoziologie „kann **jedoch** bei dieser Sicht nicht stehen bleiben, sondern muss die **unterschiedlichen Situationen des Klägers und des Beklagten** und deren Auswirkungen auf ihr Verhalten ins Auge fassen“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 325).

Verteilung der Klagelast

„Der **Kläger** trägt die Klagelast. Er **muss die Initiative zum Prozess ergreifen**. Dazu muss er nicht nur die Aussichten eines Erfolgs prüfen, sondern auch entscheiden, ob die Durchsetzung seines Anspruchs den erforderlichen Aufwand an Zeit, Kraft und finanziellen Ressourcen lohnt und ob er den Beklagten wirklich mit einem Prozess verfolgen will. Psychische Belastungen, soziale Kosten und Rücksicht auf den Gegner können von der Mobilisierung des Rechts abhalten, ebenso die Unsicherheit des Erfolgs oder die lange Dauer eines Prozesses. Schließlich muss der Kläger Gerichts- und gegebenenfalls auch Anwaltsgebühren vorstrecken, um den Prozess in Gang zu bringen. Der Beklagte hat dagegen keine Wahl. Will er nicht von vornherein klein begeben, ist er gezwungen, sich auf das Verfahren einzulassen, denn anderenfalls wird er verurteilt. Soziologisch und gesellschaftspolitisch ist es also eine wichtige Frage, wer als Kläger und als Beklagter auftritt. Die Frage könnte auf sich beruhen, wenn jedermann mit gleicher Wahrscheinlichkeit in die eine oder andere Rolle hineingezogen würde. Dem ist jedoch nicht so, vielmehr **fällt**

die Klagebelastung in vielen Rechtsgebieten typischerweise bestimmten Parteien zu: beim Kauf dem Verkäufer, welcher den Kaufpreis einklagen muss, bei Miete aus dem gleichen Grund dem Vermieter, bei Unfällen dem Geschädigten, im Arbeitsrecht dem Arbeitnehmer, der glaubt, einen zu geringen Lohn zu erhalten oder sich gegen eine Kündigung wehrt.“ (Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 325)

Asymmetrische Parteienstruktur

Der überwiegende Teil der streitigen Zivilprozesse wird direkt oder indirekt von korporativen Akteurinnen, insbesondere Unternehmen⁵¹, initiiert. Das bedeutet oft ein **Machtungleichgewicht** zwischen den Parteien, dessen möglichst weitgehende Neutralisierung allgemein als rechtspolitische Aufgabe angesehen wird.

Das Machtungleichgewicht ergibt sich zunächst aus **Unterschieden in den finanziellen Ressourcen**, die für Prozesse zur Verfügung stehen. Große Unternehmen etwa können auch mit nur mäßig aussichtsreichen Prozessen bzw. der Androhung von Klagen Gegnerinnen in die Knie zwingen. Ein Beispiel dafür sind strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung („**SLAPP**“⁵²), üblicherweise von Korporationen gegen Kritikerinnen ihrer Geschäfts- und Produktionspraktiken. Vor allem richten sie sich gegen Journalistinnen sowie Menschenrechts-, Umwelt- und Tierschutzaktivistinnen. Oftmals liegt klar Rechtsmissbrauch im durchaus rechtlichen Sinne vor, der nicht nur Klageabweisung, sondern auch Schadenersatzpflichten zur Folge hat. Doch ist dieses Problem mit dem tradierten Instrumentarium augenscheinlich nur schwer in den Griff zu bekommen. Und so versuchen Gesetzgeber neue, adäquatere Vorschriften zu schaffen, um solche Praktiken zu unterbinden, indem sie eine *zügigere* Klageabweisung ermöglichen.⁵³

Korporative Akteurinnen verfügen als „Repeat Players“ auch über deutlich mehr **Prozesserfahrung**.

Parteien hinter den Parteien

Vor allem korporative Parteien lassen sich üblicherweise vertreten, sodass, wenn schon nicht formaliter, so doch im Effekt eine weitere Partei ins Spiel kommt. **Oftmals** sind **auch** andere **Dritte am Prozess interessiert und auf irgendeine Weise beteiligt**, etwa indem sie Kosten übernehmen und das Geschehen im Hintergrund steuern: z.B. Kammern, Gewerkschaften, Mietervereine, Versicherungen und Jugendämter. Bisweilen ist ihr

⁵¹ Wohlgermerkt: Rein juristisch betrachtet sind Unternehmen *Sachen* (im Gegensatz zu Gesellschaften wie die AG oder die GmbH, die als juristische Personen gelten). In den Sozialwissenschaften hingegen, aber auch im nichtjuristischen Alltag verwendet man „Unternehmen“, ebenso wie „Firma“ (rechtlich nur der Handelsname), als Bezeichnung für eine handelnde oder zumindest handlungsfähige Person.

⁵² „Strategic lawsuits against public participation“.

⁵³ Siehe etwa die diesbezüglichen Empfehlungen der EU-Kommission vom 27.4.2022: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2_1_188781_recc_slapp_de_0.pdf.

hauptsächlichliches Interesse die Klärung der Rechtslage nicht bloß für den Anlassfall. Und so ermöglichen sie es (wenn sie nicht schon selbst klagebefugt sind), bestimmte Streitigkeiten durch alle Instanzen bringen, mithin ausjudizieren zu lassen (**Musterprozesse**).

Die rechtssoziologische Forschung hat auch deren Interessen, Beziehungen zu den anderen Parteien und Entscheidungsprozesse zu berücksichtigen. Was die Entscheidungsprozesse und Kalküle betrifft, so haben wir es bei diesen Dritten in der Regel eben nicht mit Einzelmenschen zu tun, sondern mit Organisationen, in denen eine kollektive Willensbildung zu erfolgen hat.

Ein Gegenwartstrend

In Österreich (aber auch in Deutschland) ist die **Zahl der Zivilprozesse** seit längerem **stark rückläufig**, und dies trotz zunehmender Bevölkerung und steigender Wirtschaftsleistung (Bruttoinlandsprodukt): „Fielen in den 1980er Jahren im Durchschnitt jährlich ungefähr 900.000 neue Verfahren an, so ist deren Menge im Jahr 2018 auf unter eine halbe Million gesunken.“ (Fuchs, Prozessebbe, 451)⁵⁴ Was auf den ersten Blick erfreulich anmutet, **kann „aus rechtsstaatlicher Perspektive zum Problem werden**: Wenn häufig auftretende – und materiellrechtlich möglicherweise sogar dicht regulierte – Konfliktkonstellationen die Gerichte kaum mehr erreichen, dann werden sie auch seltener ausjudiziert. Dies vermag nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch dogmatische Fortschritte durch Judikatur und Rechtswissenschaft zu beeinträchtigen.“ (Fuchs, Prozessebbe, 451)

Die Ursachen für diesen Trend dürften vielfältig sein. Im Folgenden unterscheiden wir (im Anschluss an Fuchs) zwischen Faktoren, die grundsätzlich immer als Ursachen infrage kommen, und dem jüngeren sozioökonomischen und technologischen Wandel.

Mögliche allgemeine Ursachen

Ein Erklärungsfaktor sind zweifellos antizipierte Verfahrenskosten und die **Erhöhung von Gerichtsgebühren**. Angesichts der Tatsache, dass Letztere nur einen Teil der Kosten ausmachen, taugt der Hinweis auf eine Gebührenerhöhung jedoch keinesfalls als alleinige Erklärung.

Auch das generelle **Vertrauen in die Justiz** spielt eine Rolle. Dieses dürfte in den letzten Jahren zwar durchaus etwas abgenommen haben (wie überhaupt das Vertrauen in

⁵⁴ Eine ähnliche Entwicklung lässt sich bei den Exekutionsverfahren (Zwangsvollstreckungsverfahren) feststellen. Allerdings hat das Exekutionsverfahren relativ zum vorangegangenen Erkenntnisverfahren an Bedeutung gewonnen. Arbeitsgerichtliche Prozesse wiederum gehen in Österreich (im Gegensatz zu Deutschland) nur leicht zurück, sozialgerichtliche (in Österreich wie in Deutschland) gar nicht.

„Eliten“ oder „Experten“). Aber so stark wie die Zahl der Zivilprozesse ist es wohl bei weitem nicht zurückgegangen. Zu bedenken ist auch, dass die **Mobilisierung des Rechts bzw. der Zivilgerichtsbarkeit** ohnehin **überwiegend durch juristische Personen** (zu ca. 75%), insbesondere Kapitalgesellschaften, erfolgt.

Weiters kann der **Ausbau vielfältiger Alternativen zum streitigen Zivilprozess** zu einem Sinken der Klagezahlen führen.

Allgemein dürften auch das Risikobewusstsein und die **Schwierigkeiten, Entscheidungen zu prognostizieren**, zugenommen haben. Letzteres wäre wohl eine Folge steigender rechtlicher Komplexität im Zuge der Europäisierung des Rechts und einer Transnationalisierung der Sachverhalte (z.B. mehr Verträge mit Auslandsberührung). Hinzu kommt: **Gerade in ökonomisch angespannten Zeiten rechnen sich für viele Repeat Players**, die nach rein betriebswirtschaftlichen Kriterien entscheiden, **Klagen nicht mehr**, vor allem gegen zahlungsschwache natürliche Personen (die überwiegend auf der Beklagtenseite zu finden sind).⁵⁵ In Krisenzeiten nehmen private Haushalte (und Unternehmen) überdies eher Abstand von leichtsinnigen Anschaffungen und riskanten Investitionen

Schließlich kann vermutet werden, „dass der Aspekt der Prozessvermeidung nicht nur in wirtschaftlich-unternehmerischen Zusammenhängen, sondern auch im Bereich der Anwaltschaft an Bedeutung gewonnen hat. Gerade im höheren Streitwertbereich könnten sich **konfliktpräventive Vertragsgestaltungen** entsprechend auf die Verfahrensstatistik auswirken.“ (Fuchs, Prozessebbe, 457)

Transnationalisierung und Digitalisierung

„In den letzten zwei Jahrzehnten haben infolge der Globalisierung **transnationale Verflechtungen** stark zugenommen, sodass inländische Gerichtsstände weniger selbstverständlich werden.

Damit einher geht die **Digitalisierung** vieler Lebensbereiche durch den rapiden Ausbau neuer Informations- und Kommunikationstechnologien, wodurch sich auch bestimmte Formen massenhaft abgeschlossener Verträge wandeln. So setzen etwa gegenwärtig die meisten Verkaufsportale im Internet vollständige Vorauszahlung mit Kreditkarte oder Bankeinzug voraus – ganz im Unterschied zum Versandhaushandel älteren Stils, für den Verlockungen durch aufgeschobene Zahlungen (und die damit verbundenen höheren Preise) geradezu zum Geschäftsmodell gehören. Diese Usancen des Online-Handels dürften das Vorkommen justiziabler Leistungsstörungen deutlich reduziert haben. Dasselbe gilt für Einzugsermächtigungen bei Dauerschuldverhältnissen und für Online-Banking generell – Praktiken, die den guten alten ‚Erlagschein‘ genauso aus dem Alltag verschwinden lassen haben wie viele kleine Bankfilialen aus dem Stadt- und Ortsbild.

... Generell kollidiert die Zeitlichkeit von Rechtsverfahren, in denen es um das Ordnen sozialer Beziehungen in der Zukunft aufgrund vergangener Ereignisse geht, häufig mit der Echtzeit-Logik digital vermittelter Interaktion. ‚Legal Tech‘-Portale, die (gegen satte Abzüge) sofortige Entschädigungen für verspätete Flüge versprechen, oder gegenwärtig

⁵⁵ Gerade für solche Großklägerinnen hat die Zivilgerichtsbarkeit in erster Linie die Funktion eines staatlichen Inkassobüros.

massenhaft durchgeführte (und dem materiellen Privatrecht widersprechende) Sofortstornierungen des Online-Handels sind vielleicht erst die Vorboten eines ‚lebenden Rechts‘, in dem Verträge ihren eigenen Vollzug mit überwiegend technologischen Mitteln sicherstellen (selbstaussführende Verträge). Gemeinsam ist solchen (teil-)automatisierten Lösungen, dass sie umgehend vollendete Tatsachen schaffen können – ob mehrheitlich zugunsten schwächerer Parteien kann freilich bezweifelt werden.“ (Fuchs, Prozessebbe, 457 f.)

10 Antidiskriminierungsrecht

Lit. A. Somek, *Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht*, Wien/New York: Springer, 17-30.

In einer Massengesellschaft haben wir es überwiegend mit für uns weitgehend Fremden zu tun. Diese sind nicht nur an sich sehr verschieden. Sie begegnen uns auch in sehr verschiedenen sozialen Rollen und Funktionen. In der Regel bemühen wir uns nicht, sie als Individuen besser kennenzulernen. Vielmehr halten wir uns an **Stereotypen**. Das heißt, wir ordnen die einzelnen Menschen Gruppen (im Sinne von „Kategorien“ oder eben „Typen“) zu und erwarten, dass sie über bestimmte gruppenspezifische Fähigkeiten, Wünsche und Absichten verfügen und dass sie sich dementsprechend verhalten. Solche Erwartungen, etwa von „berufstypischen“, „geschlechtstypischen“ oder „herkunftstypischen“ Verhaltens, sind manchmal lediglich kognitiver Art, manchmal auch normativer. (In letzterem Fall sind wir indigniert und machen der Anderen womöglich sogar einen Vorwurf, wenn sie die Erwartungen nicht erfüllt. In ersterem Fall tun wir das nicht. Womöglich sind wir sogar positiv überrascht, wenn unsere Erwartungen enttäuscht werden. Wenn dies häufiger geschieht, modifizieren wir unsere Erwartungen, d.h. wir ändern das Stereotyp.⁵⁶)

Stereotypen sind grundsätzlich unverzichtbar für die Navigation durch die soziale Welt. Vielen Stereotypen liegen auch keine unreflektierten Vorurteile zugrunde, sondern durchaus robuste statistische Daten oder vernünftige empirische Annahmen: Dass Raucherinnen insgesamt anfälliger sind für bestimmte schwere Erkrankungen und Frauen eine höhere Lebenserwartung haben als Männer, hat Einfluss auf Versicherungsverträge und Prämienhöhen; dass Absolventinnen eines rechtswissenschaftlichen Studiums gewöhnlich mehr von Recht verstehen als Absolventinnen des Molekularbiologiestudiums, wird schon vor Einstellungsentscheidungen bei der Auswahl der zu Vorstellungsgesprächen Einzuladenden berücksichtigt. Daran ändert nichts, dass die Stereotypen nicht in jedem einzelnen Fall zutreffen. Tatsächlich existieren auch **Normen, die von uns verlangen, nach Stereotypen zu handeln:** etwa, dass wir in einem Land der Dritten Welt, nicht aber in Österreich, unser Auto nur auf bewachten Parkplätzen stehen lassen (andernfalls bei einem Diebstahl kein Ersatzanspruch gegen die Versicherung besteht).

Manche Stereotypen sind bloße Vorurteile. Doch selbst wenn sie gut fundiert sind und auf hinreichend viele Individuen der jeweiligen Gruppe zutreffen, kann das Handeln nach ihnen in einer dem Anspruch nach wenigstens minimal egalitären Gesellschaft (d.h. einer

⁵⁶ Wer *sehr ausgeprägt* rassistisch, sexistisch, antisemitisch, antimuslimisch o.ä. die Welt wahrnimmt, ist freilich typischerweise auch recht immun gegen Evidenzen, die den entsprechenden Stereotypen zuwiderlaufen. Andere Evidenzen dagegen werden durchaus als Beleg oder Beweis angesehen („confirmation bias“). Gerade (aber nicht nur) beim Antisemitismus ist offenkundig, dass nicht bloß eine falsche Theorie darüber vorliegt, wie „der Andere“ ist, sondern eine Aversion gegen eine oft gar nicht bestimmte oder bestimmbar „Andersartigkeit“.

Gesellschaft von Gleichen)⁵⁷ verpönt sein. Mag es ansonsten auch rational sein (z.B. die Nichteinstellung von Frauen, weil man mit „Babypausen“ rechnet), kann dieses Handeln, wenn es eine Benachteiligung der stereotypisierten Individuen darstellt, sogar **Gegenstand rechtlicher Diskriminierungsverbote** sein.

Nicht allen Diskriminierungen liegen konkrete Stereotypen zugrunde. Manchmal sind es auch bloße Aversionen gegen Menschen mit bestimmten Merkmalen wie Hautfarbe oder Herkunft, für die keinerlei Begründung angegeben wird (nicht jede Rassistin hat eine Rassentheorie parat, von der wenigstens sie selbst überzeugt wäre).

Ob sich Gesetzgeber bemüht sehen, eine Gruppe unter Diskriminierungsschutz zu stellen, hängt davon ab, ob und in welchem Ausmaß die Gruppe tatsächlich diskriminierungsgefährdet ist. Das variiert mit den sozialen Verhältnissen, also historisch und kulturell. Es hängt **aber auch davon ab, ob sich mit Diskriminierungsverboten überhaupt und auf vertretbare Weise etwas ausrichten lässt.** Dass es gemeinhin als schön geltende Menschen augenscheinlich leichter haben als Menschen, die für hässlich gehalten werden („lookism“), mag man bedauern. Derartige Benachteiligungen mit rechtlichen Diskriminierungsverboten abzustellen dürfte aber unmöglich sein oder öffentliche Erörterungen (der perzipierten Schönheit oder Hässlichkeit) bedingen, auf die die Benachteiligten selbst gerade keinen Wert legen.

Diskriminierungen

Eine **Diskriminierung** liegt grundsätzlich **dann** vor, **wenn**:

- (1) eine Person benachteiligt wird aufgrund von Merkmalen (Geschlecht, Hautfarbe, Herkunft, Alter, religiöse Einstellungen etc.), über die zu verfügen unmöglich oder unzumutbar ist,
und
- (2) diese Benachteiligung ihrerseits nicht durch Vorteile für die Gruppe, der die Person angehört, ausgeglichen wird⁵⁸ bzw. auf Gründen beruht, die die Annahme beinhalten, dass den Angehörigen der Gruppe ein geringerer Wert zukommt.

⁵⁷ Dieser Anspruch kann sich nicht nur aus Normen der konventionellen Sozialmoral ergeben, sondern auch in Rechts-, insbesondere Verfassungstexten (vor allem in Präambeln und diversen Gleichheitsgarantien) zum Ausdruck kommen.

⁵⁸ Ein Beispiel: „Wer aufgrund geistiger oder körperlicher Gebrechen nicht in der Lage ist, jene Qualifikationen zu erwerben, die ein praktizierender Arzt haben sollte, wird vielleicht mit seinem Schicksal hadern, aber keinen zwingenden (oder auch nur guten) Grund haben, die Regelung, wonach ein Arzt ein Medizinstudium und den sog Turnus absolviert haben muss, als Diskriminierung anzusehen.“ (C. Hiebaum, Gleichheit und Sachlichkeit. Über eine unglückliche Beziehung. *Zeitschrift für öffentliches Recht* 64 2009, 272) So liegt es auch im Interesse der geistig überdurchschnittlich Limitierten, dass praktizierende Ärztinnen den gewöhnlichen intellektuellen, nervlichen und körperlichen Anforderungen ihres Berufs gerecht werden.

Wenn die inkriminierte Benachteiligung direkt aufgrund besagter Merkmale erfolgt, handelt es sich um **unmittelbare Diskriminierung**. Wenn sie Effekt einer scheinbar neutralen Regelung ist, gilt sie als **mittelbare Diskriminierung** (z.B. gesetzliche oder betriebsinterne Urlaubsregeln, die auf Vollzeitarbeitsverhältnisse abstellen, wie sie für Männer, aber nicht für Frauen typisch sind).

Rationale, nicht irrationale und irrationale Diskriminierung

Rationale Diskriminierung ist eine für die Handelnde vorteilhafte Benachteiligung anderer aufgrund der Verwendung von Stereotypen.⁵⁹ Tatsächlich ist die Verwendung von Stereotypen immer dann rational, wenn sie effizienter ist als die Aufklärung der relevanten Tatsachen.

Nicht irrationale Diskriminierung ist jede für die Handelnde zwar nicht vorteilhafte, aber auch nicht nachteilige Benachteiligung anderer aufgrund der Verwendung von Stereotypen.

Irrationale Diskriminierung ist jede für die Handelnde nachteilige Benachteiligung anderer aufgrund der Verwendung von Stereotypen.

Strukturelle Diskriminierung

Manche Marktliberale vertreten die **Auffassung, dass es eigentlich keinen rechtlichen Diskriminierungsschutz, sondern nur freie Märkte braucht, um Diskriminierungen verschwinden zu lassen**. Denn Diskriminierung sei ökonomisch irrational. Wer regelmäßig diskriminiere, erlege sich selbst einen Nachteil auf und könne deshalb langfristig im Wettbewerb nicht bestehen. Doch Diskriminierung kann leicht strukturell werden. „**Strukturelle Diskriminierung**“ bezeichnet ein System von sozialen Entscheidungsbedingungen und eine entsprechende Praxis, welche die Mitglieder einer Gruppe insgesamt tendenziell benachteiligt, ohne dass einzelnen Benachteiligungen unbedingt auf einer Diskriminierungsabsicht beruhen.

Viele Stereotypen haben eine Tendenz, sich selbst zu bestätigen und als soziale Gegebenheiten zu verfestigen. Das liegt auch daran, dass **Diskriminierungsopfer**

⁵⁹ Das ist strenggenommen nicht ganz korrekt. Anders als Somek (in *Rationalität und Diskriminierung*) suggeriert, ist rationales Handeln nicht mit eigennützigem Handeln *gleichzusetzen*. Die Rechtfertigung für die Engführung des Begriffs des rationalen Handelns auf rationales *und eigennütziges* Handeln liegt darin, dass wir uns hier überwiegend auf Diskriminierungen durch Private und dabei auf soziale Kontexte beziehen, in denen rationale Akteurinnen zugleich überwiegend daran interessiert sind, ihren eigenen Nutzen zu mehren. Zu diesen Kontexten zählen insbesondere Arbeits- und Wohnungsmärkte. Für einen ansonsten angemesseneren Begriff des rationalen Handelns siehe z.B. J. Elster, *Solonomic Judgements. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge: Cambridge University Press 1989, 3-7. Demnach zeichnet sich ideal-rationales Handeln durch drei Merkmale aus: (1) Es ist das beste Handeln gegeben Überzeugungen und Wünsche; (2) die Überzeugungen sind die bestbegründeten gegeben die vorhandenen Evidenzen; und (3) der Evidenzsammlungsaufwand war optimal gegeben Wünsche und frühere Überzeugungen.

bisweilen selbst, und zwar durchaus rational, zur Entstehung und Bewahrung diskriminierender Strukturen **beitragen**.

Vom Stereotyp zur Realität am Beispiel der Entwicklung einer geschlechterdiskriminierenden Arbeitsmarktstruktur:

Auf dem Markt ist, entgegen den Auffassungen mancher Marktliberaler, die Anpassung an diskriminierende Präferenzen anderer ein Gebot der Rationalität.⁶⁰ Mitunter existieren diese Präferenzen auch gar nicht wirklich, sondern werden *fälschlicherweise* wechselseitig unterstellt. In der Sozialpsychologie wird dieser Fall „**pluralistische Ignoranz**“ genannt.⁶¹

Das folgende, sehr stilisierte Beispiel soll auch eine Ahnung davon vermitteln, wie eine Diskriminierungsgeschichte in der Gegenwart nachwirkt, weil sich viele oder gar alle rationalen Akteurinnen auf Stereotypen und ihre Auswirkungen eingestellt haben (auch wenn sie den Stereotypen je individuell wenig bis nichts abgewinnen können):

- (1) Es existiert das Stereotyp, dass Frauen besser für Kindererziehung geeignet sind oder dafür eine besondere Präferenz haben.
- (2) Arbeitsgeberinnen stellen eher Männer als Frauen ein. Das ist in der Regel nicht irrational; oft ist es sogar rational, nämlich dann, wenn die Kundschaft ebenfalls dem Stereotyp anhängt und Männern größere einschlägige Kompetenz unterstellt.
- (3) Frauen werden dadurch genötigt, tatsächlich die Hauptlast der Kinderbetreuung zu tragen; der Gesetzgeber trägt diesem Umstand Rechnung (z.B. durch Nachtarbeitsverbote).
- (4) Wenn keine Aussicht auf Vermeidung der Diskriminierung besteht, ist Anpassung rational (Verzicht auf besondere Ausbildung und Bewerbung um „Männerjobs“). Damit entsteht das, was im Stereotyp vorausgesetzt wird, nämlich die *Präferenz* von Frauen für Kinderbetreuung und Teilzeitjobs.
- (5) Diese Präferenz wird dadurch verstärkt, dass das Einkommen des Mannes in der Regel über dem der Frau liegt, sodass darauf weniger leicht verzichtet werden kann.
- (6) Umso mehr ist allseitige Orientierung am Stereotyp rational; die Orientierung am Stereotyp bedeutet eine effiziente Orientierung an der Realität.
- (7) Naturalisierung: „Dinge können nicht anders sein“. Neutralisierung: „Dinge sind, wie sie sind – weder gut noch schlecht“.

Antidiskriminierungsrecht wird üblicherweise auch als eine Strategie verstanden, derartige soziale Mechanismen zu unterbrechen bzw. deren Wirksamkeit abzuschwächen.

⁶⁰ Siehe auch C. R. Sunstein, *Why Markets Don't Stop Discrimination*. In *Free Markets and Social Justice*, New York/Oxford: Oxford University Press 1997, 151-165.

⁶¹ D. Prentice, *Pluralistic Ignorance*. In *Encyclopedia of Social Psychology*, Hrsg. R. F. Baumeister und K. D. Vohs, Thousand Oaks: SAGE Publications 2007, 674-675.

Funktionen, Komplikationen und Limitationen des Antidiskriminierungsrechts

Antidiskriminierungsgesetze schränken (wie viele andere Rechtsvorschriften auch) die Privatautonomie bestimmte sozialer Akteurinnen (Arbeitgeberinnen, Vermieterinnen, Lokalbetreiberinnen etc.) ein. Letzteren werden Pflichten auferlegt. Die daran geknüpften Sanktionen (Strafen, Schadenersatzpflichten) geben Anreize zu Kooperation, die notwendig, wenn auch nicht hinreichend ist für die Gewährleistung sozialer Gleichheit (**materielle Funktion**). Darüber hinaus signalisieren solche Gesetze auch Werthaltungen der Rechtsgemeinschaft, insbesondere ein Bekenntnis zur Statusgleichheit aller Rechtsgenossen. Sie machen klar, dass bestimmte, oft lange Zeit benachteiligte oder gar verfolgte Gruppen denselben Respekt verdienen wie andere (**symbolische Funktion**). Auf diese Weise tragen sie zu einer öffentlichen Kultur bei, in der gewisse Einstellungen wie Rassismus und Sexismus verpönt sind und ohne nennenswerte Gefahr auch „bloß“ informeller Sanktionierung nicht mehr artikuliert werden können.

Unter denen, die auf gleiche Freiheit aller Gesellschaftsmitglieder Wert legen oder zumindest die einschlägigen rechtsförmigen Versprechen (in Verfassungen und internationalen Verträgen) ernst nehmen, besteht **Einigkeit darüber, dass wir in einer heterogenen Gesellschaft mit großer sozialer Ungleichheit ohne Antidiskriminierungsrecht nicht auskommen**. Gleichwohl gilt es, den Blick vor Problemen des Antidiskriminierungsrechts nicht zu verschließen. Die Probleme lassen sich freilich rechtsdogmatisch und durch kluge Rechtspolitik verringern (wenn schon nicht gänzlich auflösen).

Rechtssicherheitsprobleme

Unmittelbare Diskriminierungen lassen sich relativ leicht verschleiern. Ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, wiederum ist oft nicht klar, zumal es für scheinbar neutrale, aber systematisch eine Gruppe benachteiligende Regelungen ebenso unverdächtig anmutende Begründungen geben kann. Viel hängt deshalb von mitunter **schwer prognostizierbaren richterlichen Abwägungen** ab – und damit auch von der persönlichen Weltsicht oder gar der Befindlichkeit der jeweils zuständigen Richterinnen.⁶²

Intersektionalität

Wir alle gehören verschiedenen Gruppen an, und manche **verschiedenen diskriminierungsgefährdeten Gruppen**. Man denke etwa an schwarze lesbische Frauen. Für diesen Sachverhalt hat Kimberlé Crenshaw den Begriff der Intersektionalität geprägt.⁶³ Daraus

⁶² Für eine hochsubtile *theoretische* (und womöglich etwas zu pessimistische) Analyse siehe A. Somek, Neoliberale Gerechtigkeit. Die Problematik des Antidiskriminierungsrechts. *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 51(1) 2003, 45-59.

⁶³ K. Crenshaw, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum* 1989, 139-167,

können sich rechtliche Probleme ergeben. Denn Diskriminierungsverbote stellen üblicherweise auf ein bestimmtes Merkmal (Geschlecht, Hautfarbe, sexuelle Orientierung o.Ä.) ab. Man würde nun erwarten, dass Personen, die mehrere solcher Merkmale aufweisen, umso besseren Diskriminierungsschutz genießen. Doch wie Crenshaw gezeigt hat, ist oft das Gegenteil der Fall. **Antidiskriminierungspolitiken, die jeweils auf ein Merkmal fokussieren, „are becoming ‘exclusive.’** They tend to articulate first and foremost the interests of the ‘privileged’ members within the disadvantaged group, namely those who are only ‘singlyburdened.’⁶⁴

Umgekehrt birgt der **Fokus auf mehrfach diskriminierte Subgruppen** das **Risiko** in sich, zur Konstruktion immer speziellerer Identitäten beizutragen und in **einer exzessiven „Identitätspolitik“** zu münden, die Solidarität zwischen Benachteiligten untergräbt oder deren Herstellung erschwert. Eine solche Solidarität wiederum braucht es für die effektive Bekämpfung sozialer Ungleichheiten einschließlich Diskriminierungen.

Konflikte zwischen diskriminierten Gruppen

Benachteiligte können gleichgültig gegenüber Benachteiligungen anderer sein oder sogar Präferenzen für solche Benachteiligungen haben. Daraus können Konflikte zwischen Gruppen entstehen. Man denke an Angehörige religiöser Minderheiten mit ausgeprägten eigenen Diskriminierungswünschen. Oft ist freilich nicht klar, ob die konfliktgegenständlichen Benachteiligungen tatsächlich Diskriminierungen darstellen. Respektive: Ein Teil des Konflikts besteht sogar in **Auffassungsunterschieden darüber, wessen Präferenzen diskriminierende Präferenzen sind.**

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=ucf>; siehe auch E. Holzleithner, Mehrfachdiskriminierungen im europäischen Rechtsdiskurs. In *Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse*, Hrsg. U. Hormel und A. Scherr, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften 2010, 94-113; E. Holzleithner, Mainstreaming Equality: Dis/Entangling Grounds of Discrimination. *Transnational Law and Contemporary Problems* 14 2005, 945-953, <https://homepage.univie.ac.at/~holzlee2/HolzleithnerDisEntangling.pdf>.

⁶⁴ Holzleithner, Mainstreaming Equality, 947.

Ein **aktuelles Beispiel** ist der **Streit um Rechte von Transgender-Personen**, insbesondere von Transfrauen, also biologischen Männern⁶⁵, die sich als Frauen identifizieren.⁶⁶

⁶⁵ Schon die Verwendung der Begriffe „biologischer Mann“ und „biologische Frau“ ist kontrovers. Zur Erklärung der hier gewählten Terminologie und als Darstellung einer nicht direkt rechtlich oder rechtspolitisch relevanten Facette des Streits: Viele derjenigen, die sich für die Anliegen von Transgender-Personen stark machen, bevorzugen die Rede von einem „zugewiesenen Geschlecht“. Bisweilen wird dies mit einer Art Konstruktivismus („Diskursidealismus“) begründet, der in der Annahme zu bestehen scheint, unsere Beschreibungen würden die natürliche Wirklichkeit einschließlich des biologischen Geschlechts eines Menschen erst hervorbringen. Ich halte diese Annahme für falsch. Dass wir uns für das Beschreiben der Wirklichkeit der Sprache zu bedienen haben und die Sprache wiederum Teil sozialer Praktiken ist, macht das, was wir beschreiben und um das herum wir soziale (z.B. rechtliche) Praktiken entwickelt haben, nicht zu etwas Sprachlich-Sozialem. Etwas häufiger wird ein anderer Grund für die Ablehnung der Rede von „biologischen Männern“ und „biologischen Frauen“ angegeben, nämlich dass die in der Biologie und Medizin für Säugetiere einschließlich Menschen überwiegend angenommene Binarität der Geschlechter gar nicht existiere. Stattdessen hätten wir es mit einem Spektrum zu tun (siehe etwa A. Fausto-Sterling, *Why Sex Is Not Binary*, *New York Times* Oct. 25, 2018, https://www.researchgate.net/publication/338234318_Why_Sex_Is_Not_Binary_591). Was nach herkömmlicher Auffassung lediglich eine (nur selten korrekturbedürftige) Registrierung des männlichen oder weiblichen Geschlechts eines Individuums nach der Geburt (respektive mittels Ultraschalls schon vorher) ist, stelle in Wahrheit, so Vertreterinnen der Spektrums-Auffassung, eine Zuweisungsentscheidung dar, die sich einem allzu selektiven Blick auf die komplexe Wirklichkeit verdankt. Man fokussiere zu Unrecht darauf, ob ein Organismus darauf angelegt sei, große unbewegliche oder kleine bewegliche Keimzellen zu produzieren, um im ersten Fall seine Weiblichkeit und im zweiten Fall seine Männlichkeit zu konstatieren. Ohne selbst über nennenswerte biologische Expertise zu verfügen, scheinen mir der Spektrums-Auffassung, zumindest aber ihrer Verwendung in der Debatte, begriffliche Konfusionen zugrunde zu liegen (siehe E. Hilton und C. Wright, *Two Sexes*. In *Sex and Gender: A Contemporary Reader*, Hrsg. A. Sullivan und S. Todd, London/New York: Routledge 2023, 16-34). Auch wenn mir hier nicht daran gelegen ist, Partei im Streit um die Rechte von Transgender-Personen zu ergreifen, mag man in meiner Begriffswahl eine gewisse Einstellung zu manchen Positionen und Begründungen in der juristischen und rechtspolitischen Gender-Debatte erahnen. Das wäre freilich auch der Fall, würde ich von Personen sprechen, denen ein männliches Geschlecht oder ein weibliches Geschlecht „zugewiesen“ worden sei. Die gewählten Begriffe haben, wie ich meine, zumindest drei Vorzüge: (1) Sie sind durchaus mit der Tatsache vereinbar, dass sich manchen Menschen kein eindeutiges Geschlecht (leicht und zugleich sehr verlässlich) zuordnen lässt. Und dabei leisten sie nicht einer Vermischung der Debatten um Transgender-Rechte und um die Rechte von Menschen mit Intergeschlechtlichkeitskonditionen Vorschub. Bei letzteren Kindern bedeutet „Geschlechtszuweisung“ allzu oft ungerechtfertigte, mindestens aber höchst fragwürdige chirurgische Interventionen. (2) Sie suggerieren nicht, dass eine Person umso männlicher oder weiblicher ist, je mehr Merkmale vorhanden und je stärker die Merkmale ausgeprägt sind, die mit dem jeweiligen Geschlecht biologisch assoziiert sind: Körpergröße, Bartwuchs, Fett an bestimmten Körperstellen, Muskel-Fett-Verhältnis etc. (Vertreterinnen der Spektrums-Auffassung werden darin vielleicht einen politisch-sozialen Vorzug sehen, aber einen, der mit der größeren Ungenauigkeit der binären biologischen „Geschlechtszuweisung“ erkaufte werde.) (3) Da sie nicht auf soziale oder individuelle Entscheidungen bei der Geschlechtsbestimmung abstellen, führen sie weniger leicht zu einer Verwechslung dessen, was im biologischen Sinne männlich oder weiblich ist, mit dem, was kulturell als „maskulin“ oder „feminin“ codiert ist (Kleidung, Spiel- und Sportpräferenzen, Kommunikationsverhalten, Gestik, Gangart etc.). Definitiv liegt ihrer Verwendung keine biologistische Auffassung zugrunde, wonach die kulturellen Codierungen selbst rein biologisch erklärbar, im Grunde also natürlich sind.

⁶⁶ Siehe C. Price, *Women's Spaces, Women's Rights: Feminism and the Transgender Rights Movement*. *Marquette Law Review* 103(4) 2020, 1509-1564, <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5461&context=mulr>; siehe auch das Streitgespräch zwischen Faika El-Nagashi und Katt Spiel in *Der Standard* vom 25. Juli 2022:

Der Punkt ist nicht, ob Transgender-Personen abstrakt als das anerkannt werden sollen, als was sie sich selbst sehen. Der nicht zuletzt rechtspolitisch relevante Punkt ist, ob und inwieweit sie die Rechte haben sollen, die an das biologische Geschlecht, mit dem sie sich identifizieren⁶⁷, geknüpft sind: Zugang zu Frauenhäusern, Damentoiletten und -umkleideräumen sowie Frauengefängnissen; die Möglichkeit, an Frauensportbewerben teilzunehmen oder in den Genuss von Frauenförderungsmaßnahmen zu kommen; etc.⁶⁸ Darüber hinaus geht es um die Frage, ob man Kinder und Jugendliche in ihren Trans-Identitäten (die möglicherweise wieder aufgegeben werden) bestärken soll, eventuell bis hin zur Verabreichung von Pubertätsblockern und Hormonen und zu chirurgischen Eingriffen.

Manche Feministinnen nehmen hier einen Konflikt zwischen den Interessen bestimmter Männer und den Interessen von Frauen als „sex class“ an. Andere hingegen votieren für ein inklusiveres Verständnis von „Frau“. (Transmänner, also biologische Frauen, die sich als Männer identifizieren, spielen in der politischen Debatte eine geringere Rolle, da sich von ihrer Inklusion in Männerbereiche kaum jemand eine Beeinträchtigung von Männerinteressen erwartet.)

Soziale Ungleichheiten, die keine Diskriminierungen sind

Nicht alle sozialen Ungleichheiten lassen sich am besten als Diskriminierungen oder Diskriminierungseffekte beschreiben. Das gilt vor allem für Ungleichheiten in der gesamtgesellschaftlichen Verteilung von Einkommen und Vermögen, für **Klassenunterschiede**. Zwar mögen Ungleichheiten innerhalb der Klassen auf relativ systematischen Diskriminierungen und auf einer Geschichte der Unterdrückung und des sozialen Ausschlusses beruhen. Doch die Klassenunterschiede selbst resultieren aus sozialen Mechanismen, wie sie für die kapitalistische Marktwirtschaft typisch sind. Diese haben nicht unbedingt etwas mit fragwürdigen Stereotypisierungen oder bloßen Antipathien zu tun.⁶⁹

Will man diese Unterschiede etwas einebnen oder strebt man gar eine klassenlose Gesellschaft an, empfehlen sich – nicht als Alternative, sondern als Ergänzung – **andere Rechtsnormen als Diskriminierungsverbote**, vor allem Reformen der Eigentumsordnung. Zwischen dem **Kampf gegen Diskriminierungen** und jenem **für mehr wirtschaftliche Gleichheit in der Gesamtgesellschaft** gibt es, bei allen Verschränkungen, einen typischen **Unterschied**: Letzterer zielt auf eine Auflösung der benachteiligten

<https://www.derstandard.at/story/2000137639109/debatte-um-trans-personen-mir-wurde-ins-gesicht-gespuckt>.

⁶⁷ Schon was eine „gender identity“ genau ist, wenn nicht die Identifikation mit einem sozial etablierten Geschlechtsstereotyp, ist vielen nicht klar. Das Problem ist letztlich ein metaphysisch-philosophisches und hier nicht zu erörtern.

⁶⁸ Ähnlich wie es in einigen anderen Staaten bereits geschehen ist, hat 2024 auch der Bundesgesetzgeber in Deutschland ein „Selbstbestimmungsgesetz“ beschlossen, wonach jede Person (höchstens einmal pro Jahr) ihren Geschlechtseintrag im Personenstandsregister ohne vorherige medizinische Begutachtung ändern lassen kann. Die Regelung einiger rechtlicher Konsequenzen einer solchen Änderung wird offen- bzw. Ländern, Sportverbänden und anderen Instanzen überlassen.

⁶⁹ Man bemerke: Auch „Klassismus“ im Sinne einer Diskriminierung nach Klassenzugehörigkeit, eine Schlechterbehandlung von wirtschaftlich Schwachen, ist nicht das, was wirtschaftliche Ungleichheit (hauptsächlich) erklärt.

Gruppen bzw. ein Verschwinden der Gruppenkonturen ab, denn die Gruppen, um die es geht (z.B. Arme, Armutsgefährdete und sonstige wirtschaftlich Schwache), werden durch die Benachteiligung erst konstituiert. Ersterer dagegen zielt nicht darauf ab, die benachteiligten Gruppen zu beseitigen. Ihre spezifischen Merkmale (Geschlecht, Hautfarbe, sexuelle Orientierung etc.) können und sollen weiterexistieren, aber eben ohne mit sozialen Nachteilen verknüpft zu sein.