

Lorenz Engi

translated by Annemarie Thatcher

Zusammenfassung

Das Recht der Moderne ist auf den Begründungsmodus der Positivität umgestellt, und es ist Instrument einer Politik mit weitreichendem Steuerungsanspruch. In Kombination mit einer Steigerung der Umweltkomplexität ergibt sich daraus für das Recht eine starke Belastung. Es wird quantitativ ausgedehnt, an normativer Kraft aber eher ärmer. Als neuer Faktor tritt die Globalisierung der Weltverhältnisse in diese Situation ein. Da das Recht sich globalisieren kann, die Politik aber nur begrenzt (kein Weltstaat), ergeben sich daraus Möglichkeiten der partiellen Wiederabkoppelung des Rechts von der Politik. Das Recht könnte der Politik von politikunabhängigen Legitimationsgrundlagen her verstärkt wieder eigenständig gegenüberreten.

*

Auf eine durchaus faszinierende Weise hat das Recht im Laufe der Geschichte seine Form immer wieder geändert. Einstmals Ausdruck eines zeitlosen transzendenten Willens, erscheint es heute als Ergebnis menschlicher Entscheidungen. Es geriet in den Bannkreis eines Machgeistes, der im Verlauf der Zeit immer mehr in seinen Bereich mit einbezieht – und in unseren Tagen dazu ansetzt, den Menschen selbst zu erfassen.

Diese Umwendung zur Machbarkeit und Änderbarkeit impliziert einen Verlust an Würde. Denn würdig ist nur, was nicht gemacht, sondern empfangen worden ist¹. Und in der Tat hat das Recht an Ausstrahlung in neuerer Zeit unverkennbar eingebüßt. Es erscheint dem Subjekt heute als eine tendenziell unüberschaubare Masse an eher technisch anmutenden Reglementen und verliert an eigentlich handlungsprägender Kraft.

Es darf daher für einmal in grundsätzlicher Weise gefragt werden, wie eigentlich die Situation des Rechts sich darstellt und welche Perspektiven sich ihm bieten. Das sei

1 Weshalb auch der operativ und genetisch optimierte Mensch seine Würde verliert. Umgekehrt kann die letzte Institution, die Würde ausstrahlt, die katholische Kirche, dies allein deshalb tun, weil sie sich nicht als menschlich gemacht, sondern als tradiert versteht (und inszeniert).

Summary

Modern law has shifted towards a positivistic mode of reasoning, and is the instrument of a form of politics that claims wide-ranging rights of control. In combination with an increase of environmental complexity, law is impacted strongly. It is quantitatively extended, thereby losing its normative power. A globalization of world conditions enters the situation as a new factor. As law has the ability to globalize itself, whereas politics can only do so in a limited way (not a world state), possibilities for a partial re-disengagement of law from politics result from this. Law is now able to face politics more strongly from a basis of legitimization that is independent from politics.

*

Throughout the course of history, law has had a fascinating way of repeatedly changing its shape. Once the impression of a timeless transcendental will, today it appears to be the result of human decisions. It has been drawn into a spirit of facilitation that with time draws even more into its wake, and in our day and time even attempts to define people themselves.

This change towards making things possible and being changeable implies a loss of dignity. What is made is not dignified, what is received, is.¹ And law has indeed, in recent times, undoubtedly forfeited some of its radiance. It appears to the subject today as a vast mass of rather technical rules that are losing their actual power and influence.

We may therefore ask, once, how the situation of law actually presents itself and what perspectives it is presented with in general. In doing so, we will try to follow

1 Which is also why the operatively and genetically optimized man loses his dignity. By contrast, the last Institution that embodies dignity, the Catholic Church, only does so because it is not understood to have been created by man, but rather as having been born out of tradition.

an dieser Stelle getan. Es soll versucht werden, dem Entwicklungsgang des Rechts nachzuspüren, wobei es uns nicht um rechtshistorische Untersuchungen zu tun ist, sondern um eine Gesamtdeutung, die der historischen Informiertheit nur um der rechtsphilosophischen Interpretation willen bedarf. Dass ein solches Unterfangen notwendig skizzenhafte und auch essayistische Züge tragen wird, sei sogleich eingeräumt.

1. *Positivität plus politischer Steuerungsanspruch*

Die Situation des modernen Rechts ist einerseits bestimmt durch die Umstellung auf Positivität, andererseits durch die Instrumentalisierung seitens eines politischen Sozialgestaltungsanspruches.

Das Recht liegt in unserer Zeit als ein änderbares vor und als ein solches in den Händen einer fortschrittlich angelegten Politik. Dagegen hatte besonders das Mittelalter es bekanntlich als vorbestehendes, gegebenes Recht wahrgenommen. Bei Bedarf wurde dieses bei den Urteilsfindern erfragt, die es nach allgemeiner Auffassung aber nicht schufen, sondern nur auffanden und feststellten.

Diese Rechtsidee verliert sich nur langsam und im Laufe einer langen Entwicklung. Durch den Verwissenschaftlichungsprozess, der vor allem durch die Neurezeption des römischen Rechts stimuliert wurde, gelangte man zu einem neuen, reflektierten Umgang mit dem Recht. Das Recht tritt aus den Untergründen des seit je Bestehenden gleichsam an die Oberfläche und gerät so immer mehr auch in eine menschliche Verfügungsmacht. Es wird einem rationalisierten Zugriff unterworfen, der es bald auf Veränderungs- und Verbesserungspotential hin befragt.

Schon im 12. Jahrhundert setzt eine Rechtskompilierung ein, welche die Grundlagen für die spätere Aufbereitung des Rechtsstoffes schafft². Mit den „Reformationen“ im 16. Jahrhundert dann ist der Schritt zur prinzipiellen Änderbarkeit des Rechts vollzogen³. Und endgültig mit der Kodifizierung im 18. und 19. Jahrhundert ist das Recht in eine greifbare, veränderbare Form gebracht worden.

the development of law, seeking its holistic meaning rather than examining it historically. We concede from the onset, however, that such an undertaking can only be carried out in a very sketchy and essayistic manner.

1. *Positivity plus political steering*

The situation of modern law is determined on the one side through the positive change and on the other side through political instrumentalization.

Today's law is seen as something changeable and as such lies in the hands of progressive politics. By contrast, law in the Middle Ages was perceived as something pre-existing and given. It was requested from the decision makers where required, who, according to general opinion did not create it but only discovered and determined it.

This idea of law was lost only slowly and over the course of a long period of development. Through the process of scientification, which was stimulated primarily by a revived reception of Roman law, a new reflective use of law was attained. Law emerged, as it were, from the foundations of basest existence out onto the surface, where it was increasingly at the disposal of human influence. It was subjected to rationalized access, which soon started to question whether it had potential to change and be improved.

In the 12th century they had already begun to compile laws, which would lay the ground work for the later preparation of legal material.² With the „reformationen“ and „reforms“ of the 16th century, the step towards changing law as a matter of principle was affected.³ And finally, following formal codification in the 18th and 19th centuries, law is brought into its tangible and flexible form.

2 Vgl. *Heinrich Mitteis/Heinz Lieberich*, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl., München 1992, S. 298 f.; *Marcel Senn*, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 3. Aufl., Zürich 2003, S. 102.

3 Vgl. *Hans Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl., Heidelberg 2001, S. 80 ff.; *Marcel Senn* (Fn. 2), S. 90, 185 ff., 196.

2 Ref. *Heinrich Mitteis/Heinz Lieberich*, „Deutsche Rechtsgeschichte“, 19th edition, Munich 1992, pp. 298-299; *Marcel Senn*, „Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss“, 3rd edition, Zurich 2003, p. 102.

3 Ref. *Hans Schlosser*, „Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte“, 9th edition, Heidelberg 2001, pp. 80 et seq.; *Marcel Senn* – see above – p. 90, pp. 185 et seq., p. 196.

Positivierung impliziert Änderbarkeit⁴. Sobald die metaphysische Verwurzelung durchtrennt ist und die Rechtssammlung für sich alleine steht, kann sie auch menschlich umgestaltet werden. Was vorher in weiten Teilen diffus und undurchsichtig war, ist jetzt fassbar, handhabbar. Die naturrechtliche Selbstinterpretation der ersten Kodifikationen kommt gegen diese Umstellung der Gesamtkonstellation nicht an. Anfänglich auf Ewigkeit angelegt, geraten die Rechtsbücher bald in die Fänge der politischen Reformarbeit.

Parallel zur Positivierung – es handelt sich um Verhältnisse enger Verschränktheit – wird ein diesseitig gewendeter Fortschrittsgeist immer virulenter, der sich vor allem in den Formen neuzeitlicher Politik manifestiert und das Recht als Mittel gesellschaftlicher Gestaltung entdeckt. Wie kein anderes Steuerungsmittel erlaubt es doch das kodifizierte Recht (scheinbar), die Gesellschaft nach bestimmten Programmen zu formen. Die Veränderung der generell-abstrakten Norm, die jetzt ermöglicht war und bald zur Routine wurde, wird zur präferierten Methode einer nicht mehr punktuelle Eingriffe, sondern gesamtgesellschaftliche Umformungen beabsichtigenden Politik⁵.

Das Recht wurde zum Instrument der Politik⁶. Und diese wiederum schaukelte sich in immer neue Höhen der versuchten Menschenbeglückung auf. Ein erster Höhepunkt war diesbezüglich im aufgeklärten Absolutismus erreicht, als dem Staat die Herbeiführung allgemeiner Glückseligkeit aufgetragen wurde. Es kamen die Visionen der perfekt funktionierenden Staatsmaschine auf, die vom

Positivism implies changeability.⁴ Once the metaphysical roots are severed and the collection of law stands for itself, only then can law be reorganized by mankind. What was once largely opaque and diffuse is now tangible and pliable. The natural legal self-interpretation of the first codification does not hold out against the changed concept as a whole. Legal books that were originally designed to last forever, started to be trapped in the claws of political reforms.

Parallel to positivisation – the circumstances here are closely interlaced – the spirit of progress tending in this direction becomes more virulent, which manifests itself particularly in modern political forms and discovers law as an agent of societal design. As no other means would allow, codified law (seemingly) permits societies to be formed according to certain agendas. The change of the generally abstract norm that is made possible by this, and which was soon to become routine, becomes the preferred method of intervention by a political movement that no longer intervenes selectively, but intends to reform society as a whole.⁵

Law became an instrument of politics.⁶ And this, in turn, swung the attempts at human happiness into new heights. One of the first highlights was reached by these attempts in enlightened „Absolutism“, when the government was commissioned to induce a state of general happiness. Visions of a perfectly working governmental machine arose, which were ideally programmed by fully rationalized law. As *Johann Heinrich Gottlob von Justi* said paradigm-

4 Ein besonders von *Niklas Luhmann* erhellter Zusammenhang. Er geht soweit, von „Positivität = Änderbarkeit“ des Rechts zu sprechen (Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997, S. 424).

5 Dass die im Grunde sehr politischen Griechen nie zu einem wirklichen Sozialengineering durchbrachen, sondern ihre Diskurse über die gute Gesellschaft immer auf eher philosophische und spekulative Weise führten, dürfte wesentlich auch damit zusammenhängen, dass ihnen ein beliebig machbares Recht eben noch nicht zur Verfügung stand. Vgl. dazu *Jochen Bleicken*, Die athenische Demokratie, 2. Aufl., Paderborn/München/Wien/Zürich 1994, S. 428: „In Athen liegt das Fundament alles dessen, was für das Volk gut und richtig ist und was das Volks auch dafür hält, in der Tradition und ist in der Summe der bestehenden Gesetze aufgehoben: Das Interesse aller liegt in dem Gesetzesgehorsam; die Politik bewegt sich im Rahmen der Gesetze und dient darüber hinaus tagespolitischen Wünschen. Heute hingegen liegt das, was ‚richtig‘ ist, in der Zukunft: Es geht um die Veränderung des Bestehenden, und folglich hat die Möglichkeit der Änderung (man sagt natürlich: Verbesserung) des Rechts in dem Bewusstsein aller einen so hohen politischen Stellenwert, dass der Gehorsam gegenüber dem geltenden Gesetz darüber in den Hintergrund rückt.“

6 Vgl. zur Vereinheitlichung von Recht und Politik im Laufe der Geschichte *Uwe Wesel*, Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 2. Aufl., München 2001, S. 59 f.

4 A connection that has been shed light on particularly by *Niklas Luhmann*. He goes as far as to speak about „Positivity = Changeability“ of the law („Das Recht der Gesellschaft“, Frankfurt a. M. 1997, p. 424).

5 The fact that the very politically oriented Greeks never made a break through in social engineering, but always kept their discourse on good society on a philosophical and speculative level, probably has to do with the fact that they did not have access to a law that could be changed arbitrarily. See also *Jochen Bleicken*, „Die athenische Demokratie“, 2nd edition, Paderborn/Munich/Vienna/Zurich 1994 p. 428: „In Athens, lies the fundament of all that is good and right for the people, and what the people consider to be so, in their tradition, and is repealed in the sum of existing laws: it is in the interest of all to obey the laws; politics moves within the framework of the law and serves above all the political interests of the day. Today, by contrast, the concept of what is ‚right‘ can be found in the future; it is about altering what already exists, which results in the possibility to change (one naturally says: „improve“) the law to attain such a high political rank in the collective conscience that obedience to the valid law moves to the background.“

6 See *Uwe Wesel*, „Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart“, 2nd edition, Munich 2001 pp. 59-60 for more on the unification of law and politics throughout the course of history.

durchrationalisierten Recht ideal programmiert würde. Paradigmatisch *Johann Heinrich Gottlob von Justi*: „Ein wohl eingerichteter Staat muss vollkommen einer Maschine ähnlich sein, wo alle Räder und Triebwerke auf das genaueste ineinander passen; und der Regent muss der Werkmeister, die erste Triebfeder oder die Seele sein, wenn man so sagen kann, die alles in Bewegung setzt.“⁷ Und *Friedrich der Große*⁸: „Ein vollkommenes Gesetzbuch wäre das Meisterstück des menschlichen Verstandes im Bereiche der Regierungskunst. Man müsste darin Einheit des Planes und so genaue und abgemessene Bestimmungen finden, dass ein nach ihnen regierter Staat einem Uhrwerke gleiche, in dem alle Triebfedern nur einen Zweck haben.“

Gegen Ende des 18. Jahrhunderts wurde die Staatszielsetzung im deutschen Raum dann reduziert⁹. Eine verbreitete Deutung nimmt hier den Einzug eines „Nachtwächterstaates“ wahr. Das ist empirisch aber kaum haltbar¹⁰, und es bedeutet meist auch ein Verkennen der tieferen Antriebskräfte neuzeitlicher Staatsentwicklung: Durch die Abschneidung der Staatsherrschaft vom Gottesgnadentum ist diese zu ihrer Legitimierung nun zwingend auf diesseitige Effekte verwiesen. Deshalb kann sie ihre Gestaltungs- und Verbesserungsansprüche höchstens periodisch zurücknehmen, ist in ihrer Grundtendenz aber auf Ausweitung angelegt.

matically: „A well-equipped government must wholly resemble a machine, in which all the cogs and gears fit together precisely; and the regent must be the factory master, the mainspring or the soul, if one can put it that way, who sets everything in motion“⁷ *Fredrick the Great* stated⁸: „A perfect book of law would be the masterpiece of human reason in the art of government. It would contain the uniformity of the plan and such exact and measured provisions that a government ruled by this book of law would run like clockwork, in which each mainspring has a single purpose only.“

Towards the end of the 18th century, the goals set by the government in the German realm were reduced.⁹ Widespread interpretation perceives here the introduction of a „night watch state“. However, this interpretation can hardly be maintained empirically¹⁰, and usually implies a misconception of the deeper driving forces behind modern state development: by severing state rule from the divine rights of kings, state ruling now being imperatively bound to secular legitimization. This is why the respective demands of form and improvement are reduced occasionally, at most, although their general tendency is to expand.

7 Die Chimäre des Gleichgewichts von Europa, Altona 1758, S. 47 f.
 8 Über die Gründe, Gesetze einzuführen oder abzuschaffen (1749), in: Gustav Berthold Volz (Hrsg.), Die Werke Friedrichs des Großen, Band VIII: Philosophische Schriften, Berlin 1913, S. 22 ff., 32.
 9 Deutlich kündigte etwa *Johann Gottlieb Fichte* „jener giftigen Quelle alles unsers Elendes, jenem Satze: dass es die Bestimmung des Fürsten sei, für unsre Glückseligkeit zu wachen, den unversöhnlichsten Krieg an.“ (Zurückforderung der Denkfreiheit von den Fürsten Europas, die sie bisher unterdrückten, in: Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, hrsg. von Reinhard Lauth und Hans Jacob, Stuttgart 1964, 1. Abt., Band 1, S. 163 ff., 171). Dagegen kommt in Frankreich der Staatseudämonismus in der Revolution erst zum vollen und unüberbietbaren Ausbruch. Der Jakobiner *Babeuf* etwa forderte „Wohlstand für alle, Unterricht für alle, Gleichheit, Freiheit und Glück für alle“ (*Thilo Ramm*, Die großen Sozialisten als Rechts- und Sozialphilosophen, Erster Band, Stuttgart 1955, S. 162).
 10 Vgl. *Thomas Ellwein*, Der Staat: Moloch oder Lückenbüßer?, in: *Zuviel Staat? Die Grenzen der Staatstätigkeit*, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1982, S. 11 ff.; *dens./Ralf Zoll*, Zur Entwicklung der öffentlichen Aufgaben in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1973, S. 211; *Renate Mayntz*, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, 2. Aufl., Heidelberg 1982, S. 48 f.; *Erika Müller*, Gesetzgebung im historischen Vergleich. Ein Beitrag zur Empirie der Staatsaufgaben, Pfaffenweiler 1989.

7 „Die Chimäre des Gleichgewichts von Europa“, Altona 1758, pp. 47-48.
 8 „Über die Gründe, Gesetze einzuführen oder abzuschaffen“ (1749), in: Gustav Berthold Volz (ed.), „Die Werke Friedrichs des Großen“, Volume VIII: Philosophische Schriften, Berlin 1913, pp. 22 et seq., p. 32.
 9 As announced by *Johann Gottlieb Fichte* as a declaration of war against „that poisonous source of all our suffering, the phrase: that it is the responsibility of our prince to watch over our happiness.“ („Zurückforderung der Denkfreiheit von den Fürsten Europas, die sie bisher unterdrückten“, in: Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, ed. by Reinhard Lauth and Hans Jacob, Stuttgart 1964, 1st Sec., Volume 1, pp. 163 et seq., p. 171). On the other hand, in France state demonism first erupted fully and without competition in the revolution. For instance, Jacobean *Babeuf* demanded „wealth for all, education for all, freedom and luck for all“ (*Thilo Ramm*, „Die großen Sozialisten als Rechts- und Sozialphilosophen“, 1st Volume, Stuttgart 1955, p. 162).
 10 *Thomas Ellwein*, „Der Staat: Moloch oder Lückenbüßer?“, in: „Zuviel Staat? Die Grenzen der Staatstätigkeit“, Stuttgart/Berlin/Cologne/Mainz 1982, pp. 11 et seq.; *Thomas Ellwein/Ralf Zoll*, „Zur Entwicklung der öffentlichen Aufgaben in der Bundesrepublik Deutschland“, Baden-Baden 1973, p. 211; *Renate Mayntz*, „Soziologie der öffentlichen Verwaltung“, 2nd edition, Heidelberg 1982, pp. 48-49; *Erika Müller*, „Gesetzgebung im historischen Vergleich. Ein Beitrag zur Empirie der Staatsaufgaben“, Pfaffenweiler 1989.

Darin liegt ja die besondere Bedeutung von *Hobbes*: Zum erstenmal muss sich der Herrscher dort als nützlich erweisen. Zum erstenmal rechtfertigt sich seine Befehlsgewalt – in noch denkbar grundsätzlicher und minimaler Weise – durch die Vorteile, die sie den Unterworfenen bringt. Damit war (ironischerweise im Gewande des Autoritarismus) der Samen gesetzt für spätere Demokratisierungsprozesse. Denn ansatzweise gerät die Herrschaft nun in einen Erklärungszwang gegenüber ihren Untertanen, und ansatzweise kann an eine Veränderung gedacht werden, wenn sie ihre Zwecke nicht erfüllt.

Die ganze Problemverarbeitung stellt sich um. Die menschliche Mangelersahrung findet mit der Politik einen neuen Adressaten, den sie früher außerweltlich gesucht hatte. *Luhmann*: „In dem Maße, als die Gesellschaft selbst als Ursache dessen erscheint, was früher als individuelles Schicksal hingenommen werden musste und allenfalls religiös thematisiert wurde, wird von der Gesellschaft auch Prävention, Abhilfe und Ausgleich von individuell unterschiedlich treffenden Nachteilen erwartet.“¹¹ *Hannah Arendt* spricht von einer neuen Situation, „in der die ‚Menschheit‘ faktisch die Rolle übernommen hat, die früher der Natur oder der Geschichte zugeschrieben wurde.“¹² „Der politische Körper musste nun selbst die Garantien schaffen, die bisher von außenpolitischen Mächten getragen worden waren.“¹³

Der Diskurs über mehr oder weniger Staat, der die Zeitungsspalten füllt, erscheint gegenüber diesen mentalen Grunddispositionen fast hoffnungslos oberflächlich. Solange der neuzeitliche Mensch a) seine äußerlichen Lebensbedingungen für existentiell bedeutungsvoll hält und b) diese nicht als göttlich gestiftet, sondern als menschlich veränderbar erfährt¹⁴, ist der Politik eine Tendenz zur Totalität ihrer Gegenstands- und Gestaltungsgebiete notwendig gegeben. So brachte denn vor allem das 20. Jahrhundert auch eine Extension der Staatsaufgaben. *Wolfgang Reinhard* spricht zugespitzt von „inzwischen erworbener Allzuständigkeit, mit dem sozialen Staat als weicher, dem totalen Staat als harter Variante“¹⁵.

This is where the special meaning of *Hobbes* lies: for the first time, leaders have to prove that they are useful. For the first time their power of command is justified – in the most basic and minimalist way imaginable – by the advantages that are brought to their subjects. With this, the seed was planted for later democratization processes (ironically by turning to Authoritarianism). The lords were rudimentarily forced into explaining themselves to their subjects, and change could rudimentarily be considered where they did not serve their purpose.

The entire way of processing problems was rearranged. The human experience of deprivation found a new addressee in politics, which it had earlier searched for in the divine. *Luhmann*: „To the extent that society itself appears to be the cause of what was earlier individual fate and thematized as a purely religious issue, if at all; society expected prevention, remedies and equalization to counteract the different individual disadvantages.“¹¹ *Hannah Arendt* speaks of a new situation, „in which ‚humanity‘ has factually taken over the role that was formerly attributed to nature or history.“¹² „The political body must now provide guarantees, which were previously borne by forces outside politics.“¹³

Next to these mental basic dispositions, the discussions on having more or less state that fill newspaper columns seem almost hopelessly shallow. As long as the modern person a) considers his external living conditions to be of existential importance and b) perceives them to be humanly modifiable rather than divinely given¹⁴, politics necessarily tends towards totality in its substantial and planning spheres. This is how particularly the 20th century brought about an extension of governmental tasks. *Wolfgang Reinhard* speaks pointedly of „total responsibility acquired in the interim, with the social government being the softer and the totalitarian state the harder version.“¹⁵

11 *Niklas Luhmann* (Fn. 4), S. 558.

12 *Hannah Arendt*, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, München 2005, S. 617.

13 *Hannah Arendt*, a.a.O., S. 602.

14 In *beiden* Punkten unterscheidet er sich vom mittelalterlichen Menschen.

15 *Wolfgang Reinhard*, *Geschichte der Staatsgewalt*, München 1999, S. 29.

11 *Niklas Luhmann* (Footnote 4), p. 558

12 *Hannah Arendt*, „*Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*“, Munich 2005, p. 617

13 *Ibid.*, p. 602

14 In *both* points he distinguishes himself from people in the Middle Ages.

15 *Wolfgang Reinhard*, „*Geschichte der Staatsgewalt*“, Munich 1999, p. 29

2. Sozialgestaltung plus Komplexität

Das Recht wurde im Laufe der Neuzeit also positiviert und bekam so den Charakter des – prinzipiell unbegrenzt – Machbaren und Änderbaren. Als solches fiel es einer Politik in die Hände, die – beflügelt durch die Fortschritte der Naturwissenschaften und der Technik – einen neuartigen Ehrgeiz zur planmäßigen Verbesserung der sozialen Gesamtverhältnisse entwickelte. Dieser Ehrgeiz ist im 18. Jahrhundert, aber auch in der Sozialstaatlichkeit neuester Prägung besonders präsent.

Für das Recht bedeutet das eine Drucksituation. Es ist einerseits beliebig änderbar, andererseits Instrument einer Politik mit sehr hohem Steuerungsanspruch geworden. Deshalb verlagert sich ganz selbstverständlich ein immer größerer Teil politischer, vor allem sozialstaatlicher Programmatik in das Recht hinein. Dieses bekommt so einen teleologischen Charakter. Es soll die Verhältnisse nun nicht mehr stabilisieren und ordnen, sondern möglichst verbessern.

Das Recht unterliegt im Sozialstaat einer Materialisierung und Moralisierung. Es kann sich nicht mehr auf eine formale Konfliktregulierung beschränken, sondern soll nun eine inhaltliche Richtigkeit, vor allem auch der privaten Verträge, gewährleisten. Schon *Max Weber* hat diese juristischen Implikationen der Sozialstaatlichkeit erkannt: „Nun aber entstehen mit dem Erwachen moderner Klassenprobleme materiale Anforderungen an das Recht von seiten eines Teils der Rechtsinteressenten (namentlich der Arbeiterschaft) einerseits, der Rechtsideologen andererseits, welche sich gerade gegen diese Alleingeltung solcher nur geschäftssittlicher Maßstäbe richten und ein soziales Recht auf der Grundlage pathetischer sittlicher Postulate (‘Gerechtigkeit’, ‘Menschenwürde’) verlangen. Dies aber stellt den Formalismus des Rechts grundsätzlich in Frage. Denn die Anwendung von Begriffen wie ‘Ausbeutung der Notlage’ (im Wuchergesetz) oder die Versuche, Verträge wegen Unverhältnismäßigkeit des Entgeltes als gegen die guten Sitten verstoßend und daher nichtig zu behandeln, stehen grundsätzlich auf dem Boden von, rechtlich betrachtet, antiformalen Normen, die nicht juristischen oder konventionellen oder traditionellen, sondern rein ethischen Charakter haben: materiale Gerechtigkeit statt formaler Legalität beanspruchen.“¹⁶

Die Materialisierungstendenz verändert die Gestalt des Rechts auf eine nicht unproblematische Weise. Es wird mit Gestaltungsfunktionen beladen, die seiner Anlage und

16 *Max Weber*, Rechtssoziologie, hrsg. von Johannes Winckelmann, 2. Aufl., Neuwied/Berlin 1967, S. 335 f.

2. Social planning plus complexity

Over the course of modern time, law has become positively charged and has thus acquired the character of – principally unlimited – feasibility and changeability. As such, it fell into the hands of politics, which – given flight by progress made in natural sciences and technology – developed a new kind of ambition for methodically improving the development of social relationships as a whole. This ambition was especially evident in the 18th century, but also in the social state in its current form.

For law, this means a pressure situation. On the one hand, it can be changed at will; on the other hand it has become a political instrument with high expectations of control. That is why an increasing number of political influences and above all influences from the social state agenda have been naturally displaced into law. In this way, law is given a teleological character. Not only is it supposed to stabilize and organize relationships, but also to improve them where possible.

In a social state, law is subject to materialization and moralization. It can no longer limit itself to formally regulating conflicts, but must now ensure that contents are accurate, above all in relation to private contracts. *Max Weber* had already recognized the legal implications of the social state: „Now, however, with the emergence of modern class problems, law is confronted with material demands by one part of the legal claimants (namely the workforce) on the one hand, and legal ideologists who are against the sole validity of business-ethics standards on their own, demanding a social law based on emotionally-laden ethical postulates (‘justice’, ‘human dignity’) instead, on the other. However, this questions the formalism of law in general. Because the use of terms such as ‘exploitation of a financial emergency’ (in the law of usury – ‘Wuchergesetz’) or the attempts to declare any agreements as unethical and void because they agree upon remuneration in excess of what is generally considered to be reasonable, generally stand on a foundation of norms that are anti-formal from a legal perspective, which do not have legal or conventional or traditional character, but have ethical character only: demanding material justice instead of formal legality.“¹⁶

This tendency to materialize things changed the shape of law in a manner that is not unproblematic. It is laden with creative planning instruments that do not reflect its

16 *Max Weber*, „Rechtssoziologie“, ed. by Johannes Winckelmann, 2nd Edition, Neuwied/Berlin 1967, pp. 335-336.

Geschichte weniger entsprechen als die traditionellen Funktionen der Ordnungssicherung. Dazu kommt ein zweiter Einflussfaktor, der das Recht in seiner Leistungsfähigkeit zunehmend strapaziert: die wachsende Komplexität der Umweltbedingungen und die Dynamisierung der Soziallagen.

Das rechtlich zu Ordnende hat einen immer unübersichtlicheren, unbeständigeren Charakter. Die Entwicklungen in Forschung und Technik sind rasant und weitgehend nur noch für den Spezialisten nachzuvollziehen. Aber auch die Realitäten des menschlichen Zusammenlebens sind von schnellem Wandel, zunehmendem Pluralismus und steigender Unübersichtlichkeit geprägt. All dies müsste ein altes Naturrecht, das nicht auf sozialen Fortschritt abzielt, nicht weiter irritieren – aber das politisierte Positivrecht der Gegenwart wird von diesen Entwicklungen gleichsam mitgerissen.

Es ist diese Kombination von Aufgabenstellung und Umweltkomplexität, die das Recht an die Grenzen seiner Möglichkeiten bringt: Es soll eine planmäßige Steuerung und Verbesserung der Gesellschaftsentwicklung bewerkstelligen, während die Sozialbedingungen gleichzeitig immer unsteter und komplexer werden. Es soll einer fast unbeherrschbar erscheinenden Realität gestaltend Herr werden. Es soll steuern, wo eigentlich alle zentrale Steuerung schon unterkomplex anmutet.

Notwendigerweise kopieren sich in dieser Konstellation die Dynamisierung und Verkomplizierung der Umweltbedingungen in das Recht hinein. Die akzelerierte Gesetzesproduktion und -revision ist unter den gegebenen Bedingungen im Grunde unausweichlich. Dies wird verkannt von der notorischen Klage über Normenflut und Reformhast. Gewiss könnte manches Gesetz besser gestaltet werden und ist nicht jede Reform nötig. Aber die Idee, man könne zu einem einfachen, übersichtlichen Recht zurückkehren, ist im Hinblick darauf, was das Recht der Gegenwart zu leisten hat, illusionär.

Das Recht muss die realen Veränderungsprozesse mitmachen, will es seine Aufgaben erfüllen. Dabei stößt es nun freilich zunehmend an Grenzen. Inhaltliche wie zeitliche Adäquanz zu den Regelungsgegenständen können nur noch mit Mühe aufrechterhalten werden. Die Abstände zwischen den Revisionen verkürzen sich fortlaufend, und das Recht gerät in einen Zustand permanenter Anpassung. Das bringt es in einen Konflikt mit seiner Grundfunktion, Stabilität und Verlässlichkeit herzustellen¹⁷.

17 Nach der berühmten Deutung *Luhmanns* hat das Recht die Funktion der Stabilisierung normativer Erwartungen (Das Recht der Gesellschaft [Fn. 4], S. 131).

composition and history as well as its traditional function of securing order. In addition, a second influential factor is putting a growing strain on law's efficiency: the growing complexity of environmental conditions and the fact that the social strata are becoming more dynamic.

Whatever requires legal regulation is becoming increasingly unclear and unstable. Developments in research and technology are rapid and for the main part comprehensible to specialists only. But even the realities of human co-existence are characterized by rapid transformation, growing pluralism and increasing obscurity. All this would not necessarily confound an old natural law, which is not aimed at social progression – but the politicized positive law of the present is dragged along by these developments.

It is this combination of task definition and environmental complexity, which has brought law to the limits of its possibilities: it was supposed to accomplish regular control and to improve the development of society, while at the same time social conditions are becoming more erratic and complex. It ought to master and structure an apparently almost uncontrollable reality. It should take control, whereas it actually appears that any form of central control is doomed to fail.

As a matter of necessity, in constellations in which the environmental conditions become increasingly dynamic and complicated, these conditions are reflected in law. The accelerated production and revision of law is basically unavoidable, given the current conditions. This is underestimated by the notorious complaints about the surge of norms and haste of reforms. Of course, some laws could be more structured, and not every reform is necessary. But the concept of being able to return to a simpler, clearer idea of law is illusory, given what the law of the present has to accomplish.

Law must experience the real processes of change if it wants to fulfil its functions. In the process, it encounters more and more barriers. The adequacy of content and timing of objects that are regulated can only be maintained with great effort. The gap between revisions continues to get shorter, and law is in a permanent state of adaptation, which brings it into conflict with its basic function of facilitating stability and dependability.¹⁷

17 According to *Luhmann's* famous interpretation, law has the function of stabilising normative expectations („Das Recht der Gesellschaft“, see above, 4, p. 131).

Die Spannung zwischen nötiger Umweltadäquanz und verlangerter Erwartungsstabilisierung wird immer größer. Das Recht wird – in extremer Perspektive – zur fluiden Masse, die sich in ihrer aktuellen Konsistenz nur noch dem Fachspezialisten (auch nicht mehr dem Juristen) erschließt. Doch auch so kann besonders der technischen Entwicklung oft nur noch hinterhernormiert werden und von einer eigentlichen Beherrschung der Entwicklungen seitens der rechtsreformierenden Politik kaum mehr die Rede sein¹⁸.

Der politisch-positive Zugriff, der (auch) das Recht der Neuzeit prägt, führt dieses so in Regionen der Technizität, der Überfülle und der Unüberschaubarkeit. Gleichzeitig ist aber kaum ersichtlich, wie die positivistische Methodik abzulösen wäre¹⁹. *Helmut Willke* stellt fest, „dass nach der Positivierung des Rechts ein weiterer Umbau des Rechtsmechanismus auf eine erhöhte Komplexitätsverarbeitungskapazität nicht mehr möglich sei.“²⁰ Und zieht daraus den Schluss, „dass das Recht allein die gegenwärtigen und absehbaren sozietaalen Steuerungsaufgaben nicht mehr zu leisten vermag.“²¹

3. *Weltrecht*

Das Recht unserer Zeit unterliegt also einem politischen Steuerungsoptimismus, der es als Mittel zur Verbesserung der Gesellschaft und möglichst auch des Menschen betrachtet. Daraus ergeben sich Tendenzen der Materialisierung und Ethisierung des Rechts. Und gleichzeitig drückt nun von den Realbedingungen her eine zunehmende Unübersichtlichkeit, Pluralität und Unstetigkeit, die zu einer Verkomplizierung, Technisierung und Dyna-

The tension between necessary environmental adequacy and the demand for the stabilization of expectations continues to grow. Law becomes – from an extreme perspective – a fluid mass that only specialists (lawyers as such are no longer able to) can elucidate. Even so, it is frequently only possible for legal provisions to almost catch up with the fast-moving technical developments, leaving large legislative gaps, and it is therefore no longer possible to argue that law-reforming politics have factual control over developments.¹⁸

This politically positive form of access that (also) currently shapes modern law, leads it into the realms of technologization and of over-filling, and it is difficult to maintain an overview. At the same time it is barely apparent how the positivistic methodology could be replaced.¹⁹ *Helmut Willke* determines „that after the law has been positivized, further amendment of the legal machinery to attain an even higher level of processing complexity would not be possible.“²⁰, and came to the conclusion „that law alone can no longer handle the present and foreseeable challenge of social control.“²¹

3. *Global law*

The law of our time is thus subject to a political optimism of control, which sees itself as a means for improving society and, if possible, also mankind. Out of this comes the tendency to materialize the law and form it ethically. And at the same time the real conditions coerce increasing confusion, plurality and inconsistency, which results in complexification, and a more technical and dynamic form of law, which was supposed to structure reality in an orderly manner in the first place.

18 Vgl. *Manfred Mai*, Das Recht als politisches Gestaltungsinstrument in modernen Gesellschaften, in: Michael Becker/Ruth Zimmerling (Hrsg.), Politik und Recht, Politische Vierteljahresschrift Sonderheft 36/2006, Wiesbaden 2006, S. 523 ff., 524: „Anhand von Fallstudien aus den Bereichen Medien und Technik lässt sich zeigen, dass das Recht den scheinbar eigendynamischen Entwicklungen in diesen Bereichen hinterherhinkt und den Gesetzgeber immer häufiger dazu verurteilt, nur noch nachträglich den Status quo in Gesetze zu gießen, statt gestalterisch zu wirken.“

19 Vgl. *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1987, S. 207: „Zwar begegnet der klassische rechtswissenschaftliche Positivismus heute (mehr übrigens als der wissenschaftliche Positivismus) breiter Ablehnung, aber ernsthafte Versuche, ihn durch eine andere Theorie der Begründung des Rechts zu ersetzen, sind nicht in Sicht, und die Tatsache der Positivität des Rechts bleibt zu deuten.“

20 *Helmut Willke*, Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozietaalen Steuerungstheorie, Königstein 1983, S. 54.

21 Ebd. Anzumerken ist, dass das Recht allein die Steuerungsaufgaben natürlich nie zu erfüllen hatte; immer standen auch organisatorische, finanzielle oder personelle Steuerungsinstrumente zur Verfügung.

18 See *Manfred Mai*, „Das Recht als politisches Gestaltungsinstrument in modernen Gesellschaften“, in: Michael Becker/Ruth Zimmerling (eds.), Politik und Recht, Politische Vierteljahresschrift Sonderheft 36/2006, Wiesbaden 2006, pp. 523-524: „Case studies from the areas of media and technology show that law appears to trail behind the dynamic developments in each area, and that the legislator is frequently condemned to repairing the status quo retroactively, instead of being able to plan in advance.“

19 *Niklas Luhmann*, „Rechtssoziologie“, 3rd edition, Opladen 1987, p. 207 „Although classic legal positivism today (more so than other scientific positivism) experiences wide-ranging rejection, there are no serious attempts to replace it with another theory on substantiating law, and the fact that law is positivistic remains to be proven.“

20 *Helmut Willke*, „Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer sozietaalen Steuerungstheorie“, Königstein 1983, p. 54.

21 Ibid. I would point out that law never had to assume control on its own; organizational, financial or personal instruments of control were always available.

misierung des Rechts, das diese Realität ordnend gestalten soll, führt.

Das Recht kommt aus dieser Zwangslage nicht mehr heraus. Denn die Umweltbedingungen können unmöglich gewollt einfach gehalten werden. Der politische Steuerungs- und Gestaltungsanspruch ließe sich theoretisch reduzieren, ist aber so eng mit den Legitimationsgrundlagen moderner Politik verknüpft, dass es dazu nicht kommt. Im Gegenteil: Wenn die nützlichen Fiktionen des Nationalismus²² unter den Bedingungen des Multikulturalismus nun zunehmend brüchig werden, dürften die Hinweise auf die sozialfördernden Wirkungen zur Legitimierung politischer Herrschaft eher noch wichtiger werden²³.

So scheint das positivierte, nationalpolitisch generierte Recht in eine Überlastung hineinzulaufen. Es sind Leistungen von ihm verlangt, die es natürlich jederzeit scheinbar, real aber immer schwerer und nur noch begrenzt erfüllen kann. Die moderne Form des Rechts selbst, seine Kopplung mit der Politik und seine Anbindung an die jeweiligen Soziallagen, wird problematisch. Dazu kommt ein weiteres: Die reine Positivität und politische Machbarkeit kommt auch durch den (um ein Schlagwort zu benutzen) Globalisierungs-Prozess unter Druck.

Dieser verlangt nach einem Ordnungsrahmen, der einerseits politisch zu schaffen und positivistisch zu begründen ist. Es sind technische Standards und dergleichen zu vereinheitlichen, was normativ anspruchsarm verläuft. Dazu aber gibt es auch einen Bedarf an globalisierter Grundwertigkeit, der im Modus der Positivität schwerlich zu decken ist. Es kommen besonders über die Figur der Menschenrechte teilweise wieder vopolitische und vopositive Begründungsmuster zur Geltung. *Juliane Kokott* hat deshalb die Vision einer Weltverfassung gezeichnet, die stark naturrechtlich geprägt wäre²⁴.

Diese Weltverfassung stünde über der nationalstaatlichen Politik, hätte diese zu begrenzen und zu begründen. Sie könnte nicht einfach als Staaten-generiert begriffen werden (die völkerrechtliche Spielart der positiven Methode), sondern bedürfte zumindest teilweise auch wieder anderer Geltungsgrundlagen. Ob dabei ein klassisches Naturrecht neu ins Spiel kommt, mag hier offen bleiben. Aber die nun so vertraut und fast selbstverständlich

Law cannot escape this predicament. Because the environmental conditions cannot be kept simple on a voluntary basis. The political claims of control and formation could theoretically be reduced, but as they are linked so closely to the basis for legitimization in modern politics in practice, this does not happen. On the contrary: if the useful fictions of nationalism²² start to crumble progressively under the conditions of multiculturalism, indications of socially supportive effects should become even more important in legitimizing political leadership.²³

So it appears that positivized, national-politically generated law is being driven to an over-taxed state. Efforts are being demanded from the law, which it appears to be easily able to fulfil, but in reality finds increasingly difficult to and can only fulfil to a certain extent. The modern form of law itself, its coupling with politics and its connections to the respective social conditions becomes problematic. On top of this: the pure positivity and political feasibility are being pressured through the process of (to use a key word) globalization.

This demands a framework, which can be created on a political level, on the one hand, and can be supported by positivistic reasoning. Technical standards and similar associations have to be unified, which normally requires little normative effort. But apart from this, there is also a need for globalized fundamentality, which is hard to cover in a mode of positivity. The figure of human rights particularly accentuates pre-political and pre-positive patterns of reasoning. *Juliane Kokott* had thus drawn her vision of a world constitution, which was strongly influenced by natural law.²⁴

This global constitution would stand over the politics of national government, and would have to both limit and reason it. It can not simply be perceived as something state-generated (the international law play on positivist methodology), but would require – at least partially – other bases to become valid. Whether or not classical natural law would come into play in this case again, remains to be seen. But the now all so familiar figures of legal reasoning

22 Vgl. *Eric Hobsbawm/Terence Ranger* (Hrsg.), *The Invention of Tradition*, Cambridge 1983; *Benedict Anderson*, *Imagined Communities*, 2. Aufl., London 1991.

23 Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: ders., *Recht – Staat – Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt a. M. 1991, S. 92 ff., 112 f.

22 *Eric Hobsbawm/Terence Ranger* (eds.), *„The Invention of Tradition“*, Cambridge 1983; *Benedict Anderson*, *„Imagined Communities“*, 2nd Edition, London 1991.

23 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *„Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation“*, in: *Böckenförde*, *Recht – Staat – Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt 1991, pp. 92 et seq., pp. 112-113.

gewordenen Figuren der Rechtsbegründung scheinen doch auch in dieser Hinsicht in eine neue Fragwürdigkeit hineinzugeraten.

Das Interessante an der postnationalen Konstellation im Hinblick auf das Recht ist dies: Das Recht kann sich globalisieren, die Politik aber kaum. Die Möglichkeiten veritaibler Weltpolitik, die sich auf die institutionellen Formen eines Weltstaates zu stützen hätte, werden besonders im Hinblick auf die Missbrauchsrisiken fast einhellig abgelehnt²⁵. Gleichzeitig aber siedeln sich Regulierungsleistungen auf globaler Ebene an. Die Globalisierung bringt so Entstaatlichung und gleichzeitig Verrechtlichung²⁶. Es kommt zu einer „Entkopplung der Rechtsproduktion von der Nationalstaatlichkeit“²⁷. *Gunther Teubner* spricht, über das Recht hinaus auf die Systeme insgesamt ausgreifend, von einer „Asymmetrie von voll globalisierten Teilsystemen der Gesellschaft und bloß internationalisierter Politik“²⁸.

Natürlich erheben sich sogleich Fragen. Eine Weltverfassung, die nicht durch ein entsprechendes (weltstaatliches) Sanktionspotential gedeckt wäre, erscheint als eher wacklige Konstruktion. Ihr Rechtscharakter selbst kann einem modernen Verständnis zweifelhaft erscheinen. Auch ist zu sehen, dass die Globalkonstitution nur einen rechtlichen Kernbestand sichern, nie aber die Lebensregu-

that we practically take for granted seem to be put in question again.

The interesting thing about the post-national constellation with regard to the law is this: law can globalize itself, but politics is hardly able to. The possibilities for creating a veritable form of world politics based on institutional forms of a world state are turned down almost unanimously, due to the risks of misuse and abuse.²⁵ At the same time, efforts to regulate on a global level are setting in. In this way, globalization brings with it de-nationalization and simultaneous regulation on a global basis.²⁶ The result is a „de-coupling of the production of law from the idea of national constitutionality“²⁷. *Gunther Teubner* speaks about law, reaching out over the law to address the system as a whole, of the „Asymmetry of fully globalized partial systems of society and merely internationalized politics“²⁸.

Naturally, this immediately raises questions. A world constitution that is not complemented by a correlating (world government) sanctioning potential seems to be a shaky construction. Its legal character may appear dubious to a modern understanding. It is also apparent that a global constitution would only be able to regulate a specific core

-
- 24 *Juliane Kokott*, Naturrecht und Positivismus im Völkerrecht – sind wir auf dem Wege zu einer Weltverfassung?, in: *Recht und Internationalisierung – Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000*, Zürich 2000, S. 3 ff. Zur Weltverfassung auch *Brun-Otto Bryde*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, in: *Der Staat* 42 (2003), S. 61 ff.; *Andreas Fischer-Lescano*, Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 88 (2002), S. 349 ff.; *Jochen A. Frowein*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 39, Heidelberg 2000, S. 427 ff.
- 25 Klassisch *Immanuel Kant*, *Zum ewigen Frieden*, in: *Werkausgabe* Band 11, hrsg. von *Wilhelm Weischedel*, Frankfurt a. M. 1977, S. 195 ff. (insb. Zweiter Definitivartikel).
- 26 Vgl. *Gunmar Folke Schuppert*, *Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen*, in: ders. (Hrsg.), *Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien*, Baden-Baden 2005, S. 371 ff., 393.
- 27 *Christoph Möllers*, *Globalisierte Jurisprudenz: Einflüsse relativierter Nationalstaatlichkeit auf das Konzept des Rechts und die Funktion seiner Theorie*, in: *Michael Anderheiden/Stefan Huster/Stephan Kirste* (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 79 (2001), S. 41 ff., 46.
- 28 *Gunther Teubner*, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63 (2003), S. 1 ff., 12.

- 24 *Juliane Kokott*, „Naturrecht und Positivismus im Völkerrecht – sind wir auf dem Wege zu einer Weltverfassung?“, in: *Recht und Internationalisierung – Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000*, Zürich 2000, pp. 3 et seq. For more on global constitutions, see also *Brun-Otto Bryde*, „Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts“, in: *Der Staat* 42 (2003), pp. 61 et seq.; *Andreas Fischer-Lescano*, „Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft“, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 88 (2002), pp. 349 et seq.; *Jochen A. Frowein*, „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“, in: „Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen“, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Voelkerrecht*, Volume 39, Heidelberg 2000, pp. 427 et seq.
- 25 Classically, *Immanuel Kant*, „Zum ewigen Frieden“, in: *Werkausgabe* Volume 11, ed. by *Wilhelm Weischedel*, Frankfurt 1977, pp. 195 et seq. (especially the 2nd definitive article).
- 26 *Gunmar Folke Schuppert*, „Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen“, in: *Schuppert* (ed.), „Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien“, Baden-Baden 2005, pp. 371 et seq., p. 393.
- 27 *Christoph Möllers*, „Globalisierte Jurisprudenz: Einflüsse relativierter Nationalstaatlichkeit auf das Konzept des Rechts und die Funktion seiner Theorie“, in: *Michael Anderheiden/Stefan Huster/Stephan Kirste* (eds.), „Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts“, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, *Attachment* 79 (2001), pp. 41 et seq., p. 46.
- 28 *Gunther Teubner*, „Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie“, in: *Zeitschrift für ausländisches oeffentliches Recht und Voelkerrecht* 63 (2003), pp. 1 et seq., p. 12.

lierung im einzelnen gewährleisten könnte. Selbstverständlich ist daher nicht von Verhältnissen der Substituierung, sondern nur von solchen der Ergänzung auszugehen²⁹.

Diese Fragen können hier offen bleiben. Allein dass sie sich stellen, ist bemerkenswert genug. Es scheint möglich, dass neben der positiv-politischen Rechtsfundierung andere Begründungsformen neue Bedeutung gewinnen. Die Komplexität und Pluralität der Weltverhältnisse verlangen nach einem Recht, das sich von dieser Komplexität und Pluralität gerade freimacht und auf Gründe, die hinter den Verschiedenheiten liegen, rekurriert. Im globalen Rahmen könnte das Recht, das wir nur noch als gemachtes Recht kennen, daher verstärkt auch wieder als gegebenes Recht ins Spiel kommen³⁰.

4. Schluss

Das Recht ist, in seiner nationalstaatlichen Form, also durch inhaltliche Ausdünnung bei quantitativer Vermehrung bestimmt. Es nimmt ein verstärkt technisches, funktionales Gepräge an. Es verliert, der Tendenz nach, seine Maßstäblichkeit und wird zur Maßnahme.

Im nationalen Kontext – zentraler Bezugspunkt des immer noch bemerkenswert unglobalisierten Rechtssystems – ist an dieser Lage wenig zu ändern. Ein Recht, das einer prinzipiell allzuständigen Politik als wichtigstes Steuerungsmittel dient, kann unter dynamischen und komplexen Bedingungen nicht anders als selbst dynamisch und komplex sein. Alle Wünsche, dieses Recht wieder einfach und klar zu haben, müssen unerfüllt bleiben.

Eine Revitalisierung könnte sich am ehesten von einem globalen Niveau her einstellen. Das Recht hat gegenüber einer entgrenzten Realwelt in wachsendem Ausmaß Ordnungsfunktionen zu erfüllen, ohne dass es auf globaler Ebene in der Hand einer korrespondierenden Politik liegen könnte wie im Nationalstaat. Daraus ergeben sich Potentiale für einen grundlegenden Formwandel: in teilweise vorpositiver und vorpolitischer Gestalt könnte das Recht neu zur Geltung kommen.

area, but could never secure legal regulation for individuals. Naturally, our conception is based on a principle of supplementation rather than replacement.²⁹

These questions can remain open here. The fact that they are being asked is sufficiently remarkable. It appears to be possible that in addition to positivist-political-based law, other forms of law may become more important as well. The complexity and plurality of world relationships demands a form of law that can free itself from these complexities and pluralities, and can resort to reasons that lie behind these differences. In a global context, the law that we now only know as „made law“ can be strengthened and can be brought back into play more frequently as „given law“.³⁰

4. Closing

In its national constitutional form, law is determined by diluting its contents while increasing its quantity. It is starting to take on a more technical, functional, and less standardized character to become an action in itself.

In a national context – the central point of reference for a still remarkably unglobalized legal system – is to change the situation as little as possible. In dynamic and complex situations a form of law that is the most important element of direction for a system of politics that is principally responsible for everything, can become nothing other than dynamic and complex itself. Any hopes of simplifying this law and making it clearer will have to remain unfulfilled.

Revitalization is most likely to happen on a global level. Law must increasingly secure order in a delimited real world, without being in the hands of a corresponding political body, as it would be in a constitutional state. This gives rise to potentials for a basic change of form: law could be re-emphasized in a partly pre-positive and partly pre-political form.

29 Skeptisch zu einer Konstitutionalisierung auf globaler Ebene *Dieter Grimm*, Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, in: Jutta Allmendinger (Hrsg.), Entstaatlichung und soziale Sicherheit, Opladen 2003, S. 71 ff., 88 f.; *ders.*, Gemeinsame Werte – Globales Recht?, in: Herta Däubler-Gmelin/Irina Mohr (Hrsg.), Recht schafft Zukunft. Perspektiven der Rechtspolitik in einer globalisierten Welt, Bonn 2003, S. 14 ff., 27 ff.

30 Wobei mit „gegebenes Recht“ an eine Betrachtungsweise, und natürlich nicht an eine reale Gegebenheit des Rechtsstoffes gedacht ist.

29 A sceptical contribution on global constitutionalization in *Dieter Grimm*, „Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung“, in: Jutta Allmendinger (ed.), Entstaatlichung und soziale Sicherheit, Opladen 2003, pp. 71 et seq., pp. 88-89; *Dieter Grimm*, „Gemeinsame Werte – Globales Recht?“, in: Herta Däubler-Gmelin/Irina Mohr (eds.), Recht schafft Zukunft. Perspektiven der Rechtspolitik in einer globalisierten Welt, Bonn 2003, pp. 14 et seq., pp. 27 et seq.

30 Whereas „given Law“ is thinking more of an approach, and obviously not of real circumstances presented in legal material.

Das nationalstaatliche Recht würde dadurch keineswegs verdrängt. Im Gestaltungsbereich der nationalen Politik vollziehen sich die skizzierten Entwicklungen der Verarmung des Rechts, ohne dass Alternativen erkennbar wären. Nur in einer ergänzenden Weise kann ein globales Recht wirksam werden, das auf anderen als rein politischen Grundlagen beruht. Für das Rechtssystem insgesamt bedeutet dies keine Vereinfachung, sondern eher eine noch weitere Komplexitätszunahme.

Das globale Recht selbst wäre hingegen durch eine Anspruchsreduktion gekennzeichnet. Es kann nicht die Funktion einer – dann weltweiten – Sozialgestaltung haben. Es wäre nicht dazu da, die Verhältnisse zu verbessern, sondern eine Grundordnung zu schützen und den Übertritt zu sanktionieren. Es wäre nicht Gestaltungsmacht, sondern Ordnungsmacht. Das Recht fände so wieder in eine Rolle, die ihm vertrauter und in der es historisch geübter ist als in seiner heutigen.

National law would be in no way displaced by revitalization in this case. The sketched out developments of legal depletion are implemented in the area of influence of national politics, without alternatives being obvious. Global law can only be effective in a supplemental way, which is based on something other than pure politics. For the legal system as a whole, this does not imply simplification, but rather a further increase in complexity.

The global law itself would, however, be characterized by a reduction in demands. It cannot have a global social-planning function. It would not exist to improve the circumstances, but to protect a basic order and to sanction transgressions. It would not be a power of influence but a power of order. Law would once again find itself in a role that is more familiar to it and in which it is historically more practised than in its current role.