

## Kapitel 12 Institutionstheoretische Erklärungsansätze

### § 62 Zur soziologischen Theorie der Institution

I.	Überblick.....	1
II.	Die normsoziologische Theorie der Institution.....	2
III.	Recht als doppelte Institutionalisierung der Sitte.....	3
IV.	Biopsychologische Theorien der Institution.....	4
V.	Die grundlegenden Institutionen der Gesellschaft.....	9
VI.	Die Institutionenlehre Arnold Gehlens.....	11
VII.	Die Institutionenlehre Helmut Schelskys.....	12
VIII.	Institution und Institutionalisierung bei <i>Niklas Luhmanns</i> .....	15
IX.	Institutionelles Rechtsdenken.....	18
X.	Informale Institutionen.....	23

#### I. Überblick

**Literatur:** *Gerhard Göbler/Kurt Lenk/Rainer Schmalz-Bruns* (Hg.), Die Rationalität politischer Institutionen, Interdisziplinäre Perspektiven, 1990; *Helmut Schelsky*, Zur Theorie der Institution, 1970; *Johann August Schülein*, Theorie der Institution, 1987.

Eine Klärung der Verwendung des Institutionsbegriffs in der Soziologie versucht *Schülein*, jedoch ohne endgültigen Erfolg. Es gibt keine allgemein akzeptierte Definition der Institution. Hinter verschiedenen Definitionen verbirgt sich bei der Institution stärker noch, als es bei den auf die Gesellschaft bezogenen Begriffen immer schon der Fall ist, eine Theorie über die Entstehung oder Funktion bestimmter sozialer Phänomene, die von gewisser Festigkeit und Dauer sind. Komplizierter wird die Sache noch dadurch, dass seit den 1980 eine »Neuer Institutionalismus« (Neoinstitutionalismus, der seinen Ursprung in der Verhaltensökonomik hat, die klassischen Institutionstheorien überlagert. Deshalb werden hier nur unterschiedlichen Institutionsbegriffe vorgestellt und kein Versuch unternommen, und sie zu einer einheitlichen Theorie zusammenzufügen. Der Neoinstitutionalismus hat sich so breit gemacht, dass er einen eigenen Paragraphen erhält (§ 63).

Die Darstellung geschieht im Hinblick darauf, dass der Institutionsbegriff sowohl in der Jurisprudenz als auch in den Sozialwissenschaften Verwendung findet, und ihn deshalb viele ihn gerne als Brückenbegriff verwenden würden. Dazu eignet er sich zwar kaum. Er bietet sich aber an, um einige Phänomene, die im Zentrum der Rechtssoziologie stehen, unter dieser Überschrift zu behandeln. Das geschieht in be-

sonderen Paragraphen mit dem Vertrag (§ 64), der Familie (§ 65), dem Staat (§ 65), der Justiz (§ 66) sowie der europäischen Union (§ 67).

## II. Die normsoziologische Theorie der Institution

Die Ausdrücke »Institution« und »Institut« werden, jedenfalls in der Soziologie, weitgehend gleichbedeutend gebraucht, der »Institution« aber bevorzugt. Manchen Soziologen gilt jede soziale Norm als Institution<sup>1</sup>. In der Regel versteht man unter einer Institution jedoch nur eine Kombination von Verhaltensmustern, die zusammenwirken, um ein Bedürfnis einer Gruppe zu erfüllen. Es muss eine **Mehrzahl von Normen** zusammenwirken, um die Institution der Ehe zustande zu bringen: Normen über das Ehealter, über die Eheschließung, den Unterhalt, das Vertretungsrecht, auch gegenüber den Kindern, das Verbot des Ehebruchs und schließlich Regeln über die Auflösung der Ehe. Ebenso konstituiert sich die Einrichtung »Universität« aus einer Vielzahl von Normen, angefangen bei dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, weiter über die Delegation der Kulturhoheit auf die Länder, über Landesgesetze, Universitätsverfassung, Fakultätssatzung, Prüfungs- oder Seminarordnungen, haushalts- und beamtenrechtliche Vorschriften usw. Auch den Vertrag - oder das Eigentum, das Erbrecht, den Wettbewerb usw. - kann man als Institution betrachten. So gesehen ist die Vertragsfreiheit in ihrer konkreten Gestalt das Ergebnis eines ganzen Geflechts von Normen, die erst ihren Gehalt ausmachen. Zur Klarstellung sei aber betont: Institution ist nicht diese Ehe, diese Universität, dieser Vertrag, sondern die Tatsache, dass es immer wieder Ehen, Verträge und Universitäten gibt.

Während die Rollentheorie eine Mehrzahl von Normen aus der Sicht eines Einzelnen als jeweils zusammenwirkendes Bündel von Rollenerwartungen zusammenfasst (§ 53), geht es bei der Institution darum, dass soziale Normen ineinandergreifen und sich ergänzen, um bestimmte Bedürfnisse einer sozialen Gruppe zu befriedigen. Dabei wird regelmäßig nur an größere Gruppen gedacht. Meistens wird betont, dass es sich um die Erfüllung besonders grundlegender und wesentlicher Bedürfnisse der Gruppe handelt und dass diesen Lösungen eine gewisse Stabilität und Dauerhaftigkeit eigen ist. Weiterhin besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Verhaltensmuster, die die Institution ausmachen, im Kern verbindlich sein müssen, dass es sich also um soziale Normen im engeren Sinne (§ 43) handelt. Es müssen zwar keine Rechtsnormen sein. Aber bei allen gesellschaftlich einigermaßen wichtigen Institutionen sind heute auch Rechtsnormen beteiligt. Schließlich wird hervorgehoben, dass sich mit einer Institution regelmäßig Legitimitätsvorstellungen verbinden, also positive Sinngebungen oder Bewertungsstandards irgendwelcher Art. Zusammenfassend

---

<sup>1</sup> Z. B. Berger/Luckmann, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, 4. Aufl. 1974, S. 58)

kann man daher sagen: **Soziale Institutionen sind vergleichsweise stabile, dauerhaft aufeinander bezogene Verhaltensmuster, die in einer sozialen Gruppe wichtigen Bedürfnissen dienen und daher für legitim gehalten und mit sozialen Sanktionen durchgesetzt werden.**

### III. **Recht als doppelte Institutionalisierung der Sitte**

**Literatur:** *Paul Bohannan*, The Differing Realms of the Law, *American Anthropologist* 67, 1965, Sonderheft 6, S. 33-42; ders., Law and Legal Institutions, in: *International Encyclopedia of the Social Science*, 1968, 73-78; *H. L. A. Hart*, Der Begriff des Rechts [The Concept of Law, 1961], 1973; *Niklas Luhmann*, Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem, *RTh* 21, 1990, 459-473; ders., *RdG*, Kapitel 7, S. 297-337.

Schwieriger noch als die Klärung des Institutionsbegriffs ist eine Festlegung des Rechtsbegriffs (o. § 45). Viele knüpfen dazu an die Begrifflichkeit des Anthropologen *Paul Bohannan* an, der für die Annahme von Recht eine **doppelte Institutionalisierung** der Sitte verlangt. Die primäre Institutionalisierung besteht in der Herausbildung ein Zur soziologischen Theorie der Institution

er (verbindlichen) Sitte, ihre Verdoppelung in der regelmäßigen und geordneten Beteiligung Dritter an der Regelung von Konflikten, also eine irgendwie organisierte Reaktion auf die Normverletzung. An den Dritten richtet sich zunächst die Sanktionsnorm, die ihm aufgibt, unter bestimmten Voraussetzungen eine Entscheidung zu treffen oder eine Handlung zu vollziehen. Das Ergebnis ist die Ausdifferenzierung der Richterrolle. Darum herum entwickelt sich eine Reihe von Regeln über das einzuhaltende **Verfahren**, über die Zuständigkeit und über das Zusammenwirken verschiedener Sanktionssubjekte sowie die Unterscheidung zwischen Verhängung und Vollstreckung. Auf das moderne Gerichtsverfahren bezogen handelt es sich um die Verfahrensregeln des Prozessrechts und die Organisationsregeln der Gerichtsverfassung.

In der Neuzeit führt die Entwicklung zur Organisation eines einheitlichen Rechtsstabs durch den Staat, der das Gewaltmonopol und die **Kompetenz-Kompetenz** für sich in Anspruch nimmt. Damit ist die Kompetenz zur Qualifizierung einer Norm als Recht gemeint. Diese Kompetenz kann letztlich niemand verleihen, er müsste sie dann ja selbst von einem anderen bezogen haben. Die Kompetenz-Kompetenz ist daher der rechtliche Aspekt der Souveränität des Staates. Im Gefüge des gewaltenteiligen organisierten Staates gehört sie eigentlich dem Gesetzgeber. Praktisch steht aber außer Frage, dass die Gerichte das letzte Wort haben und damit selbst bestimmen, was sie bestimmen dürfen.

*Luhmann* hat darauf hingewiesen, dass das Rechtssystem allein die Gerichte unter Entscheidungszwang setzt. Der Gesetzgeber und Private können sich entschließen, Gesetze zu erlassen oder Verträge einzugehen; sie stehen dabei oft unter erheblichem

Druck. Aber dieser Druck ist fast immer außerrechtlich begründet. Die Gerichte dagegen müssen von Rechts wegen entscheiden, wann immer sie gefragt werden. Deshalb bilden die **staatlichen Gerichte das Zentrum des Rechtssystems**.

Eine »doppelte Institutionalisierung« liegt auch in der **Differenzierung von primären und sekundären Normen**. Gemeint ist, dass ein sozialer Bereich nicht bloß über Regeln zur Verhaltenssteuerung verfügt, sondern Kriterien entwickelt, nach denen intern entschieden wird, welche Regeln zum System gehören und welche nicht. Diese Begriffsbildung geht auf den Rechtsphilosophen *H. L. A. Hart* zurück und ist in der Rechtstheorie als Erkennungsmerkmal des Rechts sehr beliebt.

#### IV. Biopsychologische Theorien der Institution

**Literatur:** *Heiner Flobr*, Die Bedeutung biokultureller Ansätze für die Institutionentheorie, in: *Gerhard Göbler* u. a. (Hg.), Die Rationalität politischer Institutionen, 1990, 21-57; *Robert Hettlage*, Das Tier im Menschen – die verspätete Suche nach biologischen Ur-Sachen, in: *Gerhard Göbler* u. a. (Hg.), Die Rationalität politischer Institutionen, 1990, 59-84; *Bronislaw Malinowski*, Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern, 1949; *Abraham H. Maslow*, A Theory of Human Motivation, *Psychological Review* 50, 1943, 370-396; *Thomas Sareetzki*, Biopolitics – ein erklärungskräftiger Ansatz zur Erklärung politischer Institutionen?, in: *Gerhard Göbler* u. a. (Hg.), Die Rationalität politischer Institutionen, 1990, 85-114; *Helmut Schelsky*, Die Soziologen und das Recht, 1980; darin S. 232 ff.: Der behavioristische Ansatz der Institutionenlehre (Floyd Henry Allport), und S. 248 ff.: Die Institutionenlehre Herberts Spencers und ihre Nachfolger.

Zur Institution werden Verhaltensmuster dadurch, dass sie für die Gruppe eine Leistung vollbringen, dass sie eine Funktion erfüllen, ein Bedürfnis befriedigen. Es taucht sogleich die Frage auf: Um welche **Bedürfnisse** geht es? Gibt es natürliche, vorgegebene Bedürfnisse, auf die die Gesellschaft ihre Institutionen ausrichten muss? Das ist gerade für Juristen eine wichtige Frage. Denn könnte die Soziologie einen Bedürfniskatalog konstatieren und gar noch eine Rangordnung der Bedürfnisse angeben, dann ließe sich endlich die Interessenjurisprudenz auf eine empirische Grundlage stellen.

Tatsächlich haben die frühen amerikanischen Soziologen *William Graham Sumner*, *Albion Small* u. a. mit solchen Bedürfniskatalogen gearbeitet. So kennt *Sumner* vier Grundbedürfnisse (Hunger, Sexualität, Eitelkeit und Furcht vor Geistern). *Albion Small* hat die sechs grundlegenden Interessen in einer fast dichterischen Formel festgehalten: »Health, Wealth, Sociability, Knowledge, Beauty, Righthness«. Ihnen werden dann jeweils Klassen von Institutionen zugeordnet. Den Grundgedanken dieser biopsychologischen Theorie der Institution hat *Schelsky* folgendermaßen zusammengefasst:

»Alle Menschen haben ähnliche Grundbedürfnisse (basic needs); Versuch und Erfolg (trial and error) in der Befriedigung dieser Bedürfnisse schaffen daher bei dem Individuum Gewohnheiten (habits), kollektiv gesehen relativ einheitliche Brauchtümer

(customs oder folkways), die von Generation zu Generation überliefert werden. Tritt bei den Individuen der Glaube an die Wahrheit und Richtigkeit dieser Bräuche hinzu, d. h. wird das regelmäßige Handeln als Norm ins Bewußtsein aufgenommen, so entwickeln sich Sitten, die dann die Grundlage der sozialen Institutionen bilden, die demnach **die normativ bewußt gemachten auf Dauer gestellten Regelmäßigkeiten des sozialen Handelns** sind. Die soziale Entwicklung, die wenigstens abstrakt-anthropologisch vom individuellen Handlungsversuch ausgeht und über Gewohnheit, Brauch und Sitte zur Institution führt, ist zugleich von einer Evolution der animalischen Bedürfnisse (needs) zu bewussten menschlichen Interessen (interests) begleitet.«

Die meisten Soziologen sind sich längst einig, dass Triebkataloge, wie sie *Sumner* und *Small* zusammengestellt haben, eher ein Abweg sind. Denn sie vermeiden selten den Zirkelschluss, aus der Beobachtung sozialer Erscheinungen biologische Bedürfnisse abzuleiten, um dann sofort wieder aus diesen Bedürfnissen Folgerungen für die Soziologie zu ziehen. So beobachtet man etwa religiöse Institutionen und schließt daraus auf ein biologisches Bedürfnis nach Religiosität, um aus diesem Bedürfnis dann wieder die religiösen Institutionen zu erklären. Selbst dort, wo eine biologische Anthropologie Instinkte oder Restinstinkte als Grundlage menschlichen Verhaltens aufzeigen kann, wie es etwa die von der Tierpsychologie ausgehende Verhaltensforschung versucht (vgl. o. §·26 I), unterlaufen immer wieder **Kurzschlüsse zwischen Trieb- und Instinktfeststellungen biologischer Art und ihrer Verknüpfung mit sozialen Erscheinungen**. Heute gilt es in der Soziologie als gesichert, dass zwischen biologischen Antrieben und Bedürfnissen einerseits und den Formen und Institutionen sozialen Handelns andererseits keine eindeutige Kausalbeziehung zu ermitteln ist. Sicher existieren einige biologische Grundbedürfnisse: Nahrung, Kleidung oder jedenfalls Wärme, Befriedigung der Sexualität und Schlaf. Aber diese vitalen, rein biologischen Bedürfnisse, lassen sich auf sehr verschiedene Art und Weise erfüllen. Und jede Art der Bedürfnisbefriedigung zieht neue, abgeleitete Bedürfnisse nach sich. Aus jeder Problemlösung ergeben sich Folgeprobleme, die nach einer Lösung verlangen. Die Erfindung und der Gebrauch von Werkzeugen etwa, hervorgerufen durch das Bedürfnis nach Nahrung, wirft die Frage auf, wer darüber verfügen darf und wie ein Missbrauch als Waffe verhindert wird. Die Befriedigung der Sexualität bringt Kinder und oft einen gemeinsamen Haushalt mit sich. Daraus entsteht Arbeit, die unterschiedlich verteilt und in verschiedenen Formen geleistet werden kann.

**Sekundäre Bedürfnisse** entstehen nicht nur zwangsläufig aus Folgeproblemen, sondern sie entwickeln sich sozusagen wildwüchsig, wo immer nach der Befriedigung des Existenzminimums noch Kraft verbleibt. Zunächst wollen wir nur essen und trinken. Doch alsbald genügt es uns nicht mehr, dass wir satt werden, sondern wir wünschen auch, dass es uns schmeckt. Wir möchten auch nicht mehr bloß aus der Hand essen, sondern mit Messer und Gabel vom Teller speisen. Später sind wir auch mit der Funktionalität von Messer, Gabel und Löffel nicht mehr zufrieden. Wir ent-

wickeln ästhetische Bedürfnisse. Das Besteck muss aus Silber und der Tisch kunstvoll dekoriert sein. Damit erfüllen wir zugleich unser Geltungsbedürfnis, indem wir anderen unsere Ess- und Tischkultur vorzeigen. Doch auch damit nicht genug. Wir wollen auch noch über unsere Ess- und Tischsitten reflektieren. So sind menschliche Bedürfnisse zwar alle mehr oder minder auf einen biologischen Ausgangspunkt bezogen. Sie sind dadurch aber keineswegs determiniert. Vielmehr ist es die soziale Überformung, die den Bedürfnissen jeweils ihre konkrete Gestalt gibt.

Diese **These der abgeleiteten Kulturbedürfnisse** geht zurück auf den Kulturanthropologen *Bronislaw Malinowski*.<sup>2</sup> Ihr trägt die Bedürfnispyramide des Psychologen *Abraham H. Maslow* Rechnung. *Maslow* ordnet die menschlichen Bedürfnisse in fünf Stufen.

- (1) Die Basis bilden physiologische Bedürfnisse wie Hunger und Durst oder nach Schutz vor Hitze und Kälte (physiological needs).
- (2) Auf der zweiten Stufe finden sich Sicherheitsbedürfnisse (safety needs): Das Bedürfnis nach Sicherheit und Schutz vor Schmerz, Furcht, Angst und Ungeordnetheit, aber auch das Bedürfnis nach schützender Abhängigkeit, nach Ordnung, Gesetzlichkeit und Verhaltensregelung.
- (3) Darüber liegt eine Schicht sozialer Bindungsbedürfnisse (needs for belongingness and love): Der Wunsch nach Liebe und Zärtlichkeit, nach Geborgenheit, sozialem Anschluss und nach Identifikation.
- (4) Weiter unterscheidet *Maslow* eine Schicht sogenannter Selbstachtungsbegriffe (esteem needs): Es handelt sich um Bedürfnisse nach Leistung, nach Geltung oder Zustimmung.
- (5) An der Spitze der Pyramide sind Selbstverwirklichungsbedürfnisse angesiedelt (self-actualization needs): Selbsterfüllung in der Realisierung der eigenen angelegten Möglichkeiten und Fähigkeiten; das Bedürfnis nach Verstehen und Einsicht.

Die Institutionenlehre *Malinowskis* ist in Deutschland vor allem durch *Schelsky* rezipiert und weitergebildet worden. *Schelsky* (1970 S. 19) beschreibt die Ableitung von Kulturbedürfnissen aus den Institutionen so:

»Vitale, biologisch bedingte Grundbedürfnisse erfüllen sich in Primärinstitutionen, die aus sich heraus aber neuartige Folgebedürfnisse, sozusagen abgeleitete Bedürfnisse 1. Grades entwickeln, die wiederum in neuen Institutionen ›2. Grades‹ erfüllt werden, die ihrerseits neue Bedürfnisse aus sich hervortreiben usw.; damit entsteht eine prinzipielle Hierarchie von Bedürfnissen und damit auch Institutionen aufgrund der notwendigen Entwicklung abgeleiteter Bedürfnisse und ihrer institutionellen Erfüllung, die wir den Aufbau einer Kultur nennen können.«

---

<sup>2</sup> Eine Würdigung der Aktualität der Arbeit von *Malinowski* bieten *John M. Conley/William Barr*, *Back to the Tobriands: The Enduring Influence of Malinowski's Crime and Custom in Savage Society*, *Law and Social Inquiry* 27, 2002, 847-874.

Auf die Frage, welches die im institutionellen Wachstum entstandenen Bedürfnisse letzten Grades unserer eigenen Kulturzeit sind, nennt *Schelsky* mit einer interessanten These das **Bedürfnis der Reflexionssubjektivität des Individuums**:

»Dass wir auch Bewußtseinsansprüche als »Bedürfnisse« auffassen dürfen, ist bereits bei Malinowski ausgesprochen; nicht nur in der These, dass er höhere, abgeleitete Bedürfnisse ausdrücklich als »Motive« bezeichnen will und ihnen damit das Kennzeichen des Bewußtseins gibt, sondern etwa auch in dem zitierten Beispiel, wo er das Identifikationsbedürfnis mit Gott im Abendmahl als ein institutionalisiertes Kulturbedürfnis erwähnt. So ist etwa das Bedürfnis des Menschen, zu sich und der Welt Stellung zu nehmen, ein kulturelles Grundbedürfnis, das in alle Institutionen mit eingeht, und damit auch historische Entwicklung erfährt. Die von Malinowski erwähnten mythischen und legendarischen Kodices sind Erfüllung solcher Selbstbewußtseinsbedürfnisse des Menschen aus frühen Stadien der Institutionen. Gegenüber den religiösen und quasi-religiösen Glaubensformen des Selbstbewußtseins taucht in der Moderne immer stärker ein **Bewußtseinsbedürfnis der kritischen Selbstreflexion und des sachlich-konstatierenden Selbstbezugs des Menschen** zu sich auf.« (S. 21)

Eine empirische Interessenjurisprudenz könnte sich nicht damit begnügen, mögliche Bedürfnisse zu beschreiben, sondern sie müsste die Bedürfnisse der Menschen vergleichend bewerten, um ihnen im Streitfall die stets knappen Mittel zur Bedürfnisbefriedigung zuzuweisen. Sie steht damit vor dem Problem der intersubjektiven Nutzenmessung.

Jenseits des Existenzminimums bestimmen sich Art und Stärke der individuellen Bedürfnisse nicht mehr nach der Natur, sondern nach der Kultur. Was wir für unser Bedürfnis halten, haben wir meistens von anderen gelernt. Bei jedem Menschen treffen wir auf eine andere Mischung von erlernten Bedürfnissen und Sättigungsgraden. Nicht einmal die Bewertung eines Reizes als positiv oder negativ ist konstant. Wahrscheinlich gibt es einige Reize, deren Belohnungscharakter biologisch und damit in gewisser Weise absolut ist: Wärme, Nahrung, sexuelle Befriedigung. Umgekehrt werden Schmerz und körperliche Gebrechen oder Entzug der Bewegungsfreiheit praktisch immer als negative Güter zu gelten haben. Meistens ist der positive oder negative Wert eines Reizes jedoch nur sozial determiniert. Wie anders könnte man die biologisch höchst unwahrscheinliche Tatsache erklären, dass es Menschen gibt, die die Verleihung des Bundesverdienstkreuzes als eine Belohnung empfinden? Der Wert eines Reizes wächst oder schwindet je nach dem, in welchem Maße auch andere ihn schätzen. Hier wirken Mode und Markt.

Die soziale Determinierung eines Reizes als Belohnung ist manchmal kaum weniger eindeutig als die Prägung durch biologische Bedürfnisse. Geld und leicht in Geld tauschbare Gegenstände werden mit ähnlicher Sicherheit honoriert wie Wärme und Nahrung. Aber in anderen Fällen ist die positive oder negative Billigung eines Reizes ganz offen. Dazu brauchen wir nicht einmal so abseitige Beispiele wie den

Masochisten heranzuziehen, der Schläge als Belohnung empfindet. Um die Ambivalenz von Reizen zu erkennen, genügt es, an jene afrikanischen Stämme oder studentischen Verbindungen zu denken, die Schmucknarben für erstrebenswert halten. Für den einen ist Rockmusik eine Qual, für den anderen höchster Genuss. Man muss erst lernen, Austern und Kaviar Geschmack abzugewinnen, und mancher lernt es nie. Nicht nur die Art der Bedürfnisse variiert, sondern nicht minder deren Intensität. Alle Bedürfnisse bestehen nur relativ zu ihrem aktuellen Befriedigungsstand (Gesetz vom abnehmenden Gratifikationswert). Wer gerade gegessen hat, lässt sich kaum durch das Angebot einer Mahlzeit locken. Eskimos brauchen keine Klimaanlage, Tropenbewohner keine Heizung. Was dem Armen ein Vermögen bedeutet, ist für den Reichen nur ein Taschengeld.

Jenseits des Existenzminimums sind alle Mittel zur Bedürfnisbefriedigung bis zu einem gewissen Grade substituierbar. Jedes Bedürfnis kann auf verschiedene Weise befriedigt werden. Jedes Angebot befriedigt verschiedene Bedürfnisse. Die Folge ist, dass nur der Betroffene selbst seine Bedürfnisse wirklich kennt und sie einschätzen kann. Es kann nur jeder selbst entscheiden, ob er seine begrenzten Mittel lieber für Essen oder für Trinken, für Wohnung oder für Kultur, für Reisen oder für Spenden aufwenden will. Deshalb gibt es für das Problem der intersubjektiven Nutzenmessung keine Lösung. Es fehlt an einem empirischen Maßstab. Wo es einen Markt gibt, löst er das Problem in einem Tauschprozess. Am Markt stehen sich individuelle Bedürfnisse als potentielle Tauschwünsche gegenüber, und nur die stärksten Bedürfnisse werden in einem Tauschvorgang realisiert. So lenkt der Markt knappe Ressourcen an die Stellen, wo sie den größten Nutzen stiften. Wo ein Markt fehlt oder der Markt versagt, muss das Recht eintreten. Deshalb bleibt es Juristen nicht erspart, immer wieder Bedürfnisse und die Mittel zu ihrer Befriedigung vergleichend zu bewerten. Man kann das ganze Recht als eine Veranstaltung zur vergleichenden Bewertung widerstreitender Interessen begreifen. Damit ist nur die Aufgabe bezeichnet, nicht die Lösung.

*Lampe* hat eine Liste von 17 »rechtserheblichen menschlichen Grundbedürfnissen« zusammengestellt. Diese Liste ist statisch und vernachlässigt damit den Gesichtspunkt der primären und der abgeleiteten Bedürfnisse ebenso wie das Problem der intersubjektiven Nutzenmessung. Für das Recht kommt es aber, wie gesagt, gerade auf eine vergleichende Bewertung widerstreitender Interessen an. Immerhin verhilft ein solcher Katalog zu einem Maßstab der Rechtskritik. Recht, das die menschlichen Grundbedürfnisse nicht gewährleistet, ist – in der Formulierung *Lampes* – nicht »menschengerecht«.

Um jedenfalls einen Ausgangspunkt festzulegen, lässt sich an eine Überlegung von *John Rawls* anknüpfen. *Rawls* akzeptiert, dass es prinzipiell nicht möglich ist, die persönlichen Präferenzen, Ziele und Wertvorstellungen der Individuen zu kennen. Er nimmt jedoch an, dass die Chancen jeder Person, ihre subjektiven Interessen zu realisieren, davon abhängen, in welchem Umfang sie über gewisse gesellschaftliche Grundgüter (primary social goods) verfügt. Das sind Güter, die jeder vernünftige

Mensch in möglichst großem Umfang haben möchte, weil er weiß, dass sie seinen Interessen dienlich sind, worin auch immer diese Interessen bestehen mögen. Solche Güter sind nach *Rawls* (S. 82, 111 ff.) bürgerliche Freiheiten und politische Rechte, soziale Chancen, Einkommen, Vermögen und die sozialen Grundlagen der Selbstachtung. Über die Minimalausstattung mit solchen Grundgütern lässt sich trefflich streiten. Doch steht außer Streit, dass das Recht eine Grundausrüstung vorzusehen hat. *Rawls* spricht insoweit von Basisgerechtigkeit. In diesem Sinne kennt das Bundesverfassungsgericht ein »Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG« das jedem hilfebedürftigen Menschen diejenigen materiellen Voraussetzungen zusichert, »die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind« (BVerfG U. vom 9. 2. 2010, E 125, 175 - 260).

## V. Die grundlegenden Institutionen der Gesellschaft

Die Hervorbringung sekundärer Bedürfnisse durch die Institutionen selbst schließt es aus, die beobachtbaren Institutionen unmittelbar biologischen Bedürfnissen zuzuordnen. Eine weitere Schwierigkeit, die gleichfalls schon von *Malinowski* erkannt wurde, kommt hinzu, wenn wir Bündel von Verhaltensmustern, also Institutionen, unter der Frage betrachten, wie sie zusammenwirken, um ein Bedürfnis zu erfüllen.

- Jede Institution befriedigt zugleich mehrere Bedürfnisarten (**Bedürfnissynthese der Institution**)
- Jedes Bedürfnis findet seine Befriedigung in mehreren Institutionen (**funktionale Äquivalenz der Institutionen**).<sup>3</sup>

Die Ehe z. B. befriedigt das Bedürfnis nach Sexualität, sie dient der gemeinsamen Haushaltsführung und vor allem der Kindererziehung. Aber für jedes Bedürfnis gibt es auch andere Institutionen, die es befriedigen können: Für die Sexualität sorgen auch die Prostitution, außereheliche Verbindungen oder die Pornopresse. Wohnen und Haushalten kann man auch im Hotel oder im möblierten Zimmer, im Studenten- oder im Altersheim, und Kinder können nicht nur in der Familie, sondern auch in Heimen, Kindergärten oder Internaten erzogen werden. Mit diesen Vorbehalten lassen sich gewisse Grundbedürfnisse unterscheiden, die in jeder Gesellschaft befriedigt werden müssen und nach denen man daher die Institutionen ordnen kann.

Ein Grundbedürfnis ist die **Erhaltung der Art**. Diese Funktionen erfüllt für die Gesamtgesellschaft als Hauptinstitution die Familie. Ihre heute in der westlichen Industriegesellschaft am weitesten verbreitete Form ist die Kleinfamilie auf der Grundlage der Einehe (u. § 65). Um sie herum gibt es allerhand Nebeninstitutionen, ange-

---

<sup>3</sup> Formulierung nach *Schelsky* 1970, S. 19.

fangen von Ehevermittlung und Brautwerbung über Verlobung, zivile und kirchliche Trauung, Eheberatung, Gebärkliniken, Kinderärzte und Kindergärten, bis zum Familienwohnungsbau und anderen mehr.

Ein anderes Problem, das gelöst werden muss, lässt sich andeuten mit der Frage: Wie sorgt die Gruppe dafür, dass der Nachwuchs auf die Rollen und Aufgaben, die ihn erwarten, richtig vorbereitet wird? Es handelt sich also um das **Problem der Sozialisation**, das sich als Frage nach den **Erziehungsinstitutionen** stellt. Die primäre Sozialisation findet hauptsächlich noch in der Familie statt. Daran schließen Kindergärten, Schule, Lehre oder Studium an. Auch kleinere Gruppen, nicht nur die Gesamtgesellschaft, müssen für Nachwuchs sorgen, den Nachwuchs ausbilden. So hat etwa ein Industriebetrieb oder ein Fußballklub ganz analoge Probleme. Auch hier ist die Frage der Neuaufnahme oder Mitgliederwerbung irgendwie geregelt. Es gibt Lehrgänge und Übungsmöglichkeiten.

Antwort auf die Frage, wie alle Mitglieder der Gesellschaft erhalten, was zum Leben notwendig ist oder was von ihnen als notwendig oder wünschenswert betrachtet wird, geben in erster Linie die **Institutionen der Wirtschaft**, also die Organisation der Produktionsmittel auf der Grundlage des Privat- oder Staatseigentums, freie Marktwirtschaft, Großhandel, Einzelhandel oder andere Verteilungssysteme, Wirtschaftslenkung, Infrastruktur mit allem, was dazu gehört.

Wie verhält sich die Gruppe gegenüber dem Unbekannten oder dem nicht Beherrschbaren? In historischer Zeit ist dieses Problem vor allem durch **religiöse Institutionen** gelöst worden. In der Neuzeit übernehmen diese Aufgaben immer mehr die **Institutionen der Wissenschaft**.

Weiter brauchen alle höher organisierten Gruppen Institutionen, die den Fortbestand und die Entwicklung der Gruppe bewusst planen und lenken. Diese Aufgabe übernehmen für die Gesamtgesellschaft die **politischen Institutionen**.

Schließlich müssen die unvermeidlichen Konflikte zwischen den Interessen und Neigungen der Mitglieder der Gruppe untereinander sowie unter Untergruppen gelöst werden. Diese Aufgabe übernimmt das **Rechtssystem**, wobei es hier auf die Abgrenzung zwischen politischen und rechtlichen Institutionen nicht ankommen soll.

So kann man die Institutionen der Gesellschaft unter bestimmten Gesichtspunkten ordnen, so wie eben geschehen etwa unter dem funktionalen Aspekt der Bedürfnisbefriedigung. Daraus folgt aber **kein fester Katalog von Institutionen**. Im Detail ist die Identifizierung, Ordnung und Abgrenzung von großen und kleinen Institutionen ähnlich willkürlich wie diejenige von Systemen, Teilsystemen und Subsystemen.

## VI. Die Institutionenlehre Arnold Gehlens

**Texte:** *Arnold Gehlen*, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, 1940, 9. Aufl. 1971; *ders.* *Urmensch und Spätkultur*, 2. Aufl. 1964; *ders.*, *Anthropologische Forschung*, 11. Aufl. 1975.

**Literatur:** *Friedrich Jonas*, *Die Institutionenlehre Arnold Gehlens*, 1966; *Karl-Siegbert Rebbert*, *Eine Grundlagentheorie der Institutionen: Arnold Gehlen*, in: *Gerhard Göhler* u. a. (Hg.), *Die Rationalität politischer Institutionen*, 1990, 115-144; *Johannes Weiß*, *Weltverlust und Subjektivität. Zur Kritik der Institutionenlehre Arnold Gehlens*, 1971; *ders.*, *Institution und Subjektivität*, in: *Gerhard Göhler* u. a. (Hg.), *Die Rationalität politischer Institutionen*, 1990, 145-154.

*Gehlens* Institutionenlehre setzt an bei dem anthropologischen Befund, dass es dem Menschen im Vergleich zum Tier an angeborenen Verhaltensweisen fehlt. Sie betont, dass der Mensch ein zu früh geborenes Mangelwesen ist, das nur noch über verkümmerte Instinktreste verfügt, die keine biologische Verhaltensorientierung mehr ermöglichen. Menschliches Verhalten wäre daher ziellos und zufällig, gäbe es nicht als Ersatz die sozialen Institutionen. Diese stellen auf einer höheren Ebene die Verhaltenssicherheit wieder her, die mit dem Abbau der Instinkte verloren ging. Institutionen ermöglichen, dass menschliches Verhalten »reflexionsfrei« und stetig wird. Die Reflexion wird ersetzt durch die innere Vernünftigkeit der Institutionen. Institutionen bieten damit **Entlastung** von dem Zwang zur Reflexion und Entscheidung.

Diese Lehre ist zugleich ein Versuch, das Phänomen der nicht intendierten Folgen intentionalen Handelns (§ 14, 4xxx) zu begreifen, das *Gehlen* als einen der wichtigsten und am schwersten fassbaren sozialen Zusammenhänge bezeichnet. Der Vorgang der Institutionalisierung bedeutet für ihn **Umschlagen des Handelns in Eigengesetzlichkeit**. In diesem Vorgang befreit sich die Gesellschaft von der Ausgangslage ihrer eigenen Institutionen. Es entsteht in den Institutionen eine neue Realität, die unabhängig ist von den Intentionen der ursprünglich Handelnden, und eben diese neue Realität bewirkt Bereicherung und Entlastung.

Nachdem heute allerdings die **institutionelle Differenzierung** weit fortgeschritten ist, wird diese Entlastung teilweise wieder aufgehoben. Es sind nicht mehr wenige umfassende Institutionen wie Familie, Staat und Religion, die das Verhalten der Gesellschaft lenken, sondern immer neue Institutionen erfassen immer neue Ausschnitte der Persönlichkeit. Nicht mehr allein die Familie sorgt für Erziehung und Ausbildung, sondern sie muss sich diese Aufgabe mit Kindergarten, Schulen, betrieblicher Ausbildung oder Universität, Volkshochschule oder Fernkurs teilen. Parallel dazu erfassen immer neu hinzutretende Organisationen immer speziellere Teile der Bevölkerung. Schließlich kommt es zu Widersprüchen zwischen den Institutionen, zwischen Schule und Familie, Staat und Wirtschaft, Kultur und Religion. Nun können und müssen die Menschen, die von den Institutionen eigentlich entlastet werden sollten, sich doch entscheiden. Man könnte auch sagen, im Gegensatz der Institutio-

nen geraten die Individuen in Rollenkonflikte. Hier setzt bei *Gehlen* Kulturpessimismus ein:

»Die Kultur ist das Unwahrscheinliche, nämlich das Recht, die Gesittung, die Disziplin, die Hegemonie des Moralischen. Aber die zu reich gewordene Kultur bringt eine Entlastung mit sich, die zu weit getrieben ist und die der Mensch nicht erträgt.«

Es ließe sich entgegenhalten, dass auch in der Moderne die Entlastungsfunktion der Institutionen keineswegs erschöpft ist. In hochdifferenzierten Sozialsystemen ist die Loyalität der Mitglieder gegenüber funktional spezifischen Institutionen nur gering. Das ist das Phänomen der Rollendistanz (§ 38). Zwar kann man sich entscheiden. Aber man kann sich auch zurückziehen und das Management der Widersprüche den Institutionen überlassen. Die Vielfalt der Institutionen lässt sich deshalb auch als Freiheitsgewinn interpretieren. Doch damit ist der **Übergang von analysierender Soziologie zu wertender Philosophie** erreicht.

Nur wenige Autoren, die sich mit den Institutionen befassen, können der Versuchung widerstehen, die Institutionenlehre in philosophisch-politische Betrachtungen münden zu lassen. Es ist **die anpassungsfähige Dauerhaftigkeit der Institutionen**, die Soziologen, Philosophen und Juristen immer wieder fasziniert. Einerseits haben die Institutionen etwas Beständiges, Festes. Andererseits entfalten sie ein dynamisches Eigenleben. Sie wandeln sich und behalten doch ihre Identität. Familien hat es wohl immer gegeben. Aber sie sehen heute weit anders aus als früher. Das gilt mehr oder weniger für alle Institutionen. Schule und Universität sind seit Jahrhunderten vorhanden und doch nicht mehr wiederzuerkennen. Aus der Knochenbruchgilde ist die moderne Versicherung geworden, aus dem Dampfkesselüberwachungsverein der TÜV. Die Lebenskraft und Wandlungsfähigkeit ist zugleich beunruhigend und sie stimmt zuversichtlich. Vor allem aber verlangt sie nach Deutungen, die nicht mehr Aufgabe der Soziologie sein können.

## VII. Die Institutionenlehre Helmut Schelskys

**Texte von Helmut Schelsky:** Zur soziologischen Theorie der Institution, in: *ders.* (Hg.), *Zur Theorie der Institution*, 1970, 9-26; *Helmut Schelsky*, Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie, *JbRSoz* 1, 1970, 37-89; *ders.*, Die Soziologen und das Recht, *Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung*, 1980, darin: *Zur soziologischen Theorie der Institution*, S. 215-231; *Der behavioristische Ansatz der Institutionenlehre (Floyd Henry Allport)*, S. 232-247; *Die Institutionenlehre Herbert Spencers und ihre Nachfolger*, S. 248-261.

*Schelsky* (1912-1984) knüpft zunächst an die biopsychologische Theorie der Institution von *Malinowski* an mit der Feststellung, dass man das Recht als Institution nicht einem bestimmten biologischen Grundbedürfnis zuordnen kann. Recht ist im Sinne *Malinowskis* ein abgeleitetes Kulturbedürfnis, das unspezifisch alle biologischen Pri-

märbedürfnisse mit reguliert. Daher kann man sich nach Ansicht *Schelskys* immerhin sinnvoll fragen, in welchem Umfang biologische Bedürfnisse und Antriebe von einer konkreten Rechtsordnung so weit negiert werden, dass notwendig Konflikte entstehen, die dann von eben dieser Rechtsordnung gelöst werden müssen. *Schelsky* gibt folgende Beispiele:

»Das Familienrecht der Gesellschaften des europäischen Hochbürgertums oder das Ehe- und Familienrecht der katholischen Kirchen waren oder sind sexuellen Antrieben gegenüber so »repressiv«, dass konstante anthropologische Konflikte in diesen Rechtsordnungen entstehen mußten; so sind Gegenstand und Ergebnisse der Psychoanalyse Freuds zum Teil auch durch die zu seiner Zeit herrschende Rechtsordnung bestimmt worden. Dagegen hat z. B. das Privatrecht der hochbürgerlichen Epoche mit seiner Betonung des Privateigentums, dem »Territorialinstinkt« - der wahrscheinlich als weiteres Instinktresiduum bei Menschen anzunehmen ist - sowie der Aggression Chancen der Befriedigung gegeben, die in den sozialistischen Gesellschaftsordnungen in erheblich geringerem Maße vorhanden sind und damit zu anders kanalisiert oder gar »systemwidrigen« Befriedigungen führen müssen. Oder: der durchgehende Anspruch auf Rationalisierung und Demokratisierung gegenwärtiger Rechtsordnungen in Europa, den USA und in den kommunistischen Gesellschaften wird begleitet von der fiktiven anthropologischen Konzeption einer völligen Abschaffung von Furcht und Aggression, von Unsicherheit und Ungleichheit und zwingt damit die darauf zielenden instinktnahen Antriebszwänge entweder, sich konzentriert auf die außerhalb der jeweiligen Rechtsordnungen Stehenden zu richten oder unter der Maske von Scheinrationalität und Demokratie ausgegebenem Mehrheits- oder Minderheits-Terror sich auszuleben. Die Perhorreszierung von anthropologischen Konstanten des Menschen - verständlich nach der Ideologisierung seiner biologischen Natur in der Rassentheorie - gehört zu der Grundlage der gegenwärtigen Rechtsordnungen. Es wäre zu erforschen, wie weit diese Voraussetzung die Konflikte der Menschen mit der Rechtsordnung selbst schafft, die diese dann zu lösen sich bestrebt« (JbRSoz 1, 1970, 62 f.)

*Schelsky* übernimmt auch den Ausgangspunkt *Gebdens*, dass die Institutionen den Menschen die verlorengegangenen tierischen Instinkte ersetzen. Er erweitert diesen Ansatz, indem er noch einmal auf die Tierverhaltensforschung zurückgreift. *Gebdens* Institutionenlehre, so kritisiert *Schelsky*, unterschlägt, dass die Tierverhaltensforschung neben den Instinkthandlungen einen Verhaltensbereich kennt, der gewöhnlich **Appetenzverhalten** genannt wird. Das Appetenzverhalten ist ein auf die Triebbefriedigung gerichteter Antrieb, der unter Beibehaltung seines Zieles anpassungsfähige Veränderlichkeit zeigt und nach Auslösesituationen für den Ablauf von Instinkthandlungen sucht. Dieses zielstrebige Such- und Neugierverhalten kann bei höher entwickelten Tieren die Instinkte weit zurückdrängen. So liegt es nahe, dass *Schelsky* Folgerungen für das soziale Verhalten des Menschen zieht. Dem tierischen Appetenzverhalten soll beim Menschen der Bereich subjektiv freien und bewussten Handelns entsprechen: Ein endogener Antrieb zwingt den Menschen zu einem be-

wussten, zweckgerichteten Handeln, in dem Antrieb und Umweltsituation zur Deckung gebracht werden. Sind auf diesem Wege einmal befriedigende Lösungen gefunden, werden sie durch Institutionalisierung auf Dauer gestellt und damit auch weitgehend in den Bereich der unbewussten Gewohnheit verdrängt.

Von hier aus bestimmt *Schelsky* die **anthropologische Funktion des Rechts**: Das Recht ist nun genau das Gegenteil von unbewusster Gewohnheit oder unreflektierter Sitte und Konvention. Es ist die stets bewusste Regelung und Gestaltung sozialer Beziehungen durch freies und bewusstes Zweckhandeln. Damit führt *Schelsky* über das Recht die von *Gehlen* ausgeblendete Reflexion wieder in die Institutionenlehre ein:

»Von unserer These aus wird auch deutlich, was - anthropologisch gesehen - das Recht gegenüber den Institutionen leistet und weshalb es in allen menschlichen Institutionen unentbehrlich ist: Das Recht schafft in den Institutionen den Bereich des bewußten Zweckhandelns, d. h. den Ansatz, die menschlichen Institutionen jeweils unabhängig von den in ihm erfüllten Instinkt- oder Instinkt-mangelbedürfnissen zum Gegenstand und Ziel immer erneuten, aktualisierten bewußten Zweckhandelns zu machen. Institutionen sind anthropologisch eben nicht nur Instinktersatz, sondern zugleich der Bereich des sozialen »Appetenzverhaltens« des Menschen, d. h. jeweils in die »Bewußtseinsfront« des menschlichen Handelns zu ziehen und damit immer dem sich situationsorientierenden, adaptiven, bewußt Zwecke verfolgenden Handeln des Menschen ausgeliefert. Formulieren wir diesen Tatbestand einmal diskussionsprovokativ: die konservative Ansicht der Institution sieht in ihr nur eine Steuerung oder Beeinflussung des Individuums durch übergeordnete soziale Kräfte (so bei Gumpłowicz, mit größter methodischer Wirkung bei Durkheim; auch die Theorie Gehlens von der Institution als ‚Führungssystem‘ und ‚Entlastungssystem‘ liegt ganz auf dieser Linie). Demgegenüber wird hier das Recht gerade als die Ebene des zweckgerichteten, ordnungsgestaltenden und bewußten Handelns für jeweils neue (sekundäre) Bedürfnisse des Menschen innerhalb der Institutionen aufgefaßt. Damit wird dem Recht die planende und gründende Funktion für die Gestaltung der Zukunft (und das Überleben des Menschen) zugeschrieben, denn Recht wird immer »gesetzt«. Im Rechtscharakter der Institution liegt ihre Veränderbarkeit, ihre Anpassungsfähigkeit gegenüber neuen Umweltsituationen, ihre Dimension der bewußten, zweckgerichteten Planung der Zukunft. Das Recht als bewußtes Zweckhandeln ist die Rationalitäts- und Zukunftsdimension der Institution, während das »Institutionelle« im Sinne der dem individuellen Handeln und Denken vorgegebenen Steuerungs-Normativität den anthropologischen Instinktersatz des menschlichen Handelns darstellt und sozusagen die »tierische« Seite der Institution funktionalisiert.« (JbRSoz 1, 1970, 67)

Diese Funktionsbestimmung liegt auf der Linie der Rationalitätshypothese *Max Webers*). Neu ist ihre anthropologische Begründung. Problematisch wird es nur, wenn *Schelsky* aus der anthropologischen Grundlage des Sozialen noch weitere Schlüsse zieht. Während das tierische Appetenzverhalten einen triebbefriedigenden Instinkt-ablauf zum Endziel hat, fehlt bei der menschlichen Parallele des bewussten Zweck-

handeln ein biologisch fixierter Endzweck. Aber, da tierisches Appetenzverhalten immer einen Endzweck habe (folgert *Schelsky*), so müsse auch menschliches Verhalten auf ein Endziel gerichtet sein:

»Die »Leitbilder«, »Ideen«, »Charter«, »absoluten Werte« usw. der Institutionen und der Personen sind damit anthropologisch-funktional begründet; weil sie funktional den Platz der immer angeborenen und starren »consummatory action« des Instinktablaufes in der Tierwelt annehmen, sind sie selbst auch bei Menschen als »angeborene Ideen« interpretiert worden. Wir stehen vor der Einsicht, dass diese »Endziele« von Menschen aus Notwendigkeiten selbst gesetzt sind, aber in einer Form, die ihre Verfügbarkeit aufheben und sie zu unvariablen Endzielen für sich erklären läßt. Der Reflexionsüberschuß des Betrachters und des Analytikers mag anthropologisch feststellen, dass der Mensch frei oder jedenfalls variabel ist in der Wahl seiner »Endziele« (und er kann die Determinanten dieser Wahl erforschen), aber er muß zugestehen und feststellen, dass kein handelndes menschliches Wesen ohne die Annahme solcher Endziele, also ohne diesen selbstgesetzten Instinktersatz des »Absoluten«, auf die Dauer existenzfähig ist. Es scheint uns also eine simple anthropologische Aussage zu sein, dass die »absoluten Endziele« des bewußten menschlichen Zweckhandelns zwar in der »Entscheidung« des Menschen liegen, er eine solche Entscheidung aber aus Lebensnotwendigkeit treffen muß.« (JbRSoz 1, 1970, 68):

*Schelsky* nennt dann selbst drei Leitideen des Rechts, nämlich **Gegenseitigkeit auf Dauer, Gleichheit bei Verschiedenheit** sowie **Integrität und Autonomie der Person gegenüber Organisation**. So sympathisch uns diese Ideen auch erscheinen mögen: Mit ihrer Formulierung überschreitet *Schelsky* die Grenze von der Rechtssoziologie zur Rechtsphilosophie.

### VIII. Institution und Institutionalisierung bei *Niklas Luhmanns*

**Texte von *Niklas Luhmann*:** Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 1965; Institutionalisierung – Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft, in: *Helmut Schelsky*, Zur Theorie der Institution, 1970, 27-41; Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983; Das Recht der Gesellschaft, 1995 (RdG).

*Luhmann* versteht seine Systemtheorie als Alternative zu institutionstheoretischen Erklärungsansätzen (RdG S. 9ff), so dass von ihm keine eigene Institutionstheorie zu erwarten ist. Mit »Grundrechte als Institution« gab der frühe *Luhmann* immerhin eine **funktionale Deutung der verfassungsmäßigen Grund- und Menschenrechte**: Die Ausdifferenzierung des politischen Systems ist tendenziell instabil, weil die politische Funktion keine fest umrissene Sachaufgabe darstellt, sondern jedes Thema mehr oder weniger politisierbar ist. Die Aufrechterhaltung der sozialen Differenzierung in relativ autonome Teilsysteme verlangt daher nach Institutionen, die der Gefahr der Ausbreitung der Politik entgegenwirken. Als eine dieser Institutionen würde wohl jeder Jurist ohne weiteres die Gewaltentrennung nennen. *Luhmann* machte da-

rauf aufmerksam, dass die Grundrechte dieselbe Funktion erfüllen. Sie markieren und stützen die soziale Differenzierung, die sich in den Gesellschaften der westlichen Welt herausgebildet hat.

Später wechselt *Luhmann* von der **Strukturanalyse von Institutionen zur Prozessanalyse der Institutionalisierung**. Die normsoziologische Theorie bezeichnet als Institution jeweils bestimmte Komplexe sozialer Normen, die für die Gesellschaft nicht ganz unbedeutend sind, sich als einigermaßen dauerhaft erwiesen haben und auch als notwendig und richtig anerkannt werden. *Luhmann* kritisiert an dieser Auffassung, dass sie zu sehr auf Konsens abstellt, darauf, dass die Normen der Institution im aktuellen Erleben der Mitglieder präsent seien, dass sie übereinstimmend gewusst und gebilligt würden. Aktueller Konsens, so hält *Luhmann* entgegen, ist jedoch knapp, weil die Kapazität für Aufmerksamkeit und Informationsverarbeitung begrenzt ist. Das zeigt sich schon auf einer Ebene weit unterhalb der Institution, nämlich in zeitlich begrenzten Kleingruppensituationen. Das soziologische Grundgesetz, von dem *Luhmann* ausgeht, behauptet, dass jedes Erscheinen und erst recht jedes Handeln in Gesellschaft bei anderen Kontinuitätserwartungen auslöst.

*Luhmann* analysiert zunächst, **wie sich in einem vergänglichen Sozialsystem Konsens bildet**. Man kann sich dazu irgendeine Kleingruppe vorstellen, etwa Studenten, die sich im Anschluss an eine Vorlesungsstunde noch einen Augenblick unterhalten. Worüber könnten sie reden? Über das Surfen oder über Atomphysik, über eine Ferienreise oder über Verfahren zur Herstellung von bleifreiem Superbenzin. Vielleicht werden sie sich auch über ein Thema unterhalten, das in irgendeinem Zusammenhang mit der gerade gehörten Vorlesung steht. Anfangs kann jeder eine gewisse Führerrolle ergreifen und die Themen selbst bestimmen. Wenn dann aber alle etwa über Nachrüstung reden, kann nicht einer plötzlich von dem Benzinverbrauch seines Autos anfangen, oder davon, dass das Mensaessen teurer geworden sei. *Luhmann* beschreibt diesen Vorgang so:

»Jeder Teilnehmer hat am Anfang die Möglichkeit zu protestieren, diesen oder jenen Punkt anders zu setzen, aber niemand kann, wenn er überhaupt an Interaktionen teilnehmen will, unaufhörlich gegen alles implizierte explizit protestieren. Praktisch bleibt nur die Wahl zwischen drei Möglichkeiten: Die selektive Themenentwicklung selbst zu bestimmen (also Führer zu werden), gegen das System mit seiner bisherigen Geschichte als Ganzes zu protestieren (also das System zu verlassen) oder sich auf das Geschehen einzulassen (also Konsens zu erteilen). So kommt es mit einer gewissen Zwangsläufigkeit in allen sozialen Kontakten zu einem Engagement kraft Dabeiseins, zur Darstellung von pauschal erteiltem Konsens, der, ob gewollt oder nicht, aus der Anwesenheit ersichtlich ist und den übrigen Teilnehmern als Grundlage der Erwartungsbildung dient. Es entstehen kraft Implikation gemeinsam hingenommene, oft unartikuliert bleibende Selbstverständlichkeiten, für die man Konsens unterstellen kann. Die Vielfalt der an sich möglichen und an sich ausdrückbaren, dem individuellen Erleben an sich naheliegenden Ansichten wird dadurch scharf reduziert und wenn nicht ausgeschlossen, so

doch gehemmt und mit Nachteilen belastet... Jeder Teilnehmer erlebt, dass sich im Laufe der Themenentwicklung des Systems Konsensunterstellungen kristallisieren; er merkt, dass er schon geformte Kontinuitäts Erwartungen anderer Teilnehmer durchkreuzen muß, wenn er zu spät damit herauskommt, dass er anderer Meinung ist«. (1970 S. 31 f.)

Der erste Schritt auf dem Wege zur Institutionalisierung besteht also darin, dass über Erwartungen an andere Teilnehmer des Sozialsystems und über das Erwarten von Erwartungen eine breite Grundlage nicht unbedingt von aktuellem, aber doch mindestens von unterstelltem Konsens entsteht. Als nächster Schritt folgt die **Ausdehnung der Konsensunterstellung auf nicht anwesende Dritte**.

»Die Selbstfestlegung in situationsmäßigen Kontakten wirkt über die Situationssysteme hinaus: Wer tanzen gelernt hat, ist nicht nur den Tanzkursteilnehmern gegenüber zum Tanzen verpflichtet, wer Eigentum erworben hat, ist nun Eigentümer und kann in einer Vielzahl von Systemen gehalten sein, sich entsprechend aufzuführen. Nirgendwo kann man mehr leugnen, eine Uhr zu besitzen und die Uhrzeit zu kennen. Soweit überhaupt Menschen durch Kommunikation und Rückkommunikation verbunden sind, kommt es zur Übertragung unterstellbarer Erwartungen; man ist auch denen gegenüber zur Fortsetzung einer Einlassung verpflichtet, die an ihrer Entstehung unbeteiligt waren. Das Engagement kraft Dabeiseins wird generalisiert zum Engagement kraft gesellschaftlicher Existenz.«. (1970 S. 32 f.)

Am Ende steht das **Reflexivwerden des Prozesses der Institutionalisierung**. Es werden Instanzen institutionalisiert, die ihrerseits Themen festlegen, für die Konsens erwartet und unterstellt werden kann. Es bilden sich in diffusen, elementaren Prozessen der Meinungsbildung Deutungsprivilegien, Ämter und Verfahren heraus, für deren Entscheidung man Konsens erwarten kann.

Der zentrale Punkt in diesen Vorstellungen ist die Annahme, dass nicht aktueller Konsens, sondern die **Unterstellung oder erfolgreiche Überschätzung von Konsens** die Gesellschaft zusammenhält. Ihr Fortbestand ist gewährleistet, solange fast alle unterstellen, dass fast alle zustimmen. Später bringt Luhmann diesen Gedanken auf die Formel, der »Begriff der Institutionalisierung von Verhaltenserwartungen« solle den Umfang bezeichnen, »in dem Erwartungen auf unterstellbare Erwartungserwartungen Dritter gestützt werden können« (1983 S. 65).

»Institutionen beruhen mithin nicht auf der faktischen Übereinstimmung abzählbarer Meinungsäußerungen, sondern auf deren erfolgreicher Überschätzung.« (1983 S. 71)

Dies ist die soziologische Version der dem ungarischen Ministerpräsidenten *Kadar* zugeschriebene Maxime: Wer nicht gegen uns ist, ist für uns. Sie enthält im Kern *Luhmanns* Theorie der Legitimation des Rechts. In RdG 1995 lässt *Luhmann* den Begriff der Institutionalisierung fallen.

## IX. Institutionelles Rechtsdenken

**Literatur:** *Wolfgang Fikentscher*, Maurice Hauriou und die institutionelle Rechtslehre, in: FS Ludwig Raiser, 1974, 559-576; *Maximilian Fuchs*, Die allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos, 1979; *Christopher B. Gray*, Theory and Philosophy of Law in Maurice Hauriou's Institutionalism, *Rechtstheorie* 37, 2006, 193-214; *Hauriou*, Précis de Droit Administratif et de Droit Public, 11. Aufl. 1927; *ders.*, Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze, hg. von *Schnur*, 1965; *Krawietz*, Rechtssystem als Institution, *Rechtstheorie Beiheft* 6, 1984, 209 ff.; *Oliver Lepsius*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus, 1994; *Ute Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003; Recht und Institutionen (Helmut Schelsky-Gedächtnissymposium Münster 1985), 1985; *Dieter Reuter*, Ein Plädoyer für das institutionelle Rechtsdenken, FS Mestmäcker, 1996, 271; *Santi Romano*, Die Rechtsordnung, 1975; *Bernd Rütbers*, Die unbegrenzte Auslegung, 1968 (6. Aufl. 2005); *Carl Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, 1931; Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934; *ders.*, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, *Deutsches Recht* 4, 1934, 231-232; *ders.*, Politische Theologie, 2. Aufl. 1934; *Roman Schnur* (Hg.), Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou, 1965; *ders.* (Hg.), Institution und Recht, 1968; *Helmut Schelsky*, Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie, *JbRSoz* 1, 1970, 9 ff.; *Ernst Wolf*, Kritik der institutionellen Rechtsauffassung, in: *Schelsky*, Zur Theorie der Institution, 1970, 77 ff.; *Hans J. Wolff*, Organschaft und juristische Person, Bd. 1, 1933; *Ota Weinberger*, Norm und Institution, 1988.

### 1. Von Savigny bis Windscheid

Die Beschäftigung mit den Institutionen wird von manchen als das Thema der Rechtssoziologie schlechthin und von anderen jedenfalls als Möglichkeit der Vermittlung von Recht und gesellschaftlicher Wirklichkeit angesehen. Grund dafür ist wohl, dass in der Rechtswissenschaft eine lange Tradition vorhanden ist, die man als institutionelles Rechtsdenken bezeichnet. Der Gleichklang der Namen verleitet dazu, soziologische Institutionenlehre und institutionelles Rechtsdenken in eins zu setzen. Das institutionelle Rechtsdenken, wie es von *Savigny*<sup>4</sup> begründet worden ist, unterscheidet sich jedoch von der soziologischen Betrachtungsweise durch das andersartige Erkenntnisziel und die andersartige Methode der Jurisprudenz. Für *Savigny* bedeutete das Rechtsinstitut den **Zusammenschluss miteinander verwandter Rechtsätze zu höheren Systemeinheiten**, z. B. zu den Instituten Ehe, Verwandtschaft oder Eigentum. So stellte für *Savigny* das Rechtsinstitut ein Mittelglied zwischen dem einzelnen Rechtssatz und dem Ganzen der Rechtsordnung dar, das er als ein organisches System von Institutionen verstand. Letztes allgemeines Ziel des Rechts und seiner Institute war für *Savigny* die sittliche Bestimmung des Menschen, »also die An-

---

<sup>4</sup> *Carl Friedrich von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts Bd. I., Berlin 1840, §·5 (S. 9 ff.).

erkenntnis der überall gleichen sittlichen Würde und Freyheit des Menschen, die Umgebung dieser Freyheit durch Rechtsinstitute, mit Allem was aus der Natur und Bestimmung dieser Institute durch praktische Consequenz hervorgeht«<sup>5</sup>. Damit erhielt das institutionelle Rechtsdenken von Anfang an einen überpositivistischen Beiklang.

Ganz positivistisch dagegen definierte am Ausgang des 19. Jahrhunderts das Pandektenlehrbuch *Windscheids*<sup>6</sup>:

»Unter Rechtsinstitut versteht man die Gesamtheit der auf ein Rechtsverhältnis sich beziehenden Rechtsvorschriften. In diesem Sinne bezeichnet man zum Beispiel das Eigentum und den Besitz als Rechtsinstitute, ebenso die Ehe, die Obligation, den Vertrag usw.«

Ähnlich fasst *Otto Mayer*, ein Klassiker des Verwaltungsrechts, das Institut bloß als Hilfsmittel der Rechtswissenschaft zur Beherrschung der Fülle des Stoffes auf<sup>7</sup>. Die einzelne Norm bedeutet wenig. Erst eine Mehrzahl von Normen, die zur Regelung eines bestimmten Lebensbereichs zusammenwirken, begründet ein relativ autonomes Teilsystem, das sich nach seiner Binnenstruktur und seinen Umweltbeziehungen beschreiben und erklären lässt. Die Institutionen bilden die Bausteine der Gesellschaft, die zum größeren Teil schon vorhanden sind und darum in Rechnung gestellt werden müssen, die aber für bestimmte Zwecke auch neu entworfen werden können. Durch Rechtsnormen lassen sich Institutionen begründen, erhalten, verändern oder zerstören. Ob das eine oder das andere geschehen soll, hängt davon ab, wie ihre Leistungen für die Mitglieder des größeren, umfassenderen Systems, des Rechtssystems, bewertet wurden. Dieser technologischen Betrachtungsweise der Institution entspricht der **positivistische Institutsbegriff**, der nichts anderes meint, als geordnete Summe der vorhandenen rechtlichen Regelungen in Bezug auf eine soziale Lebens-einheit (*Rüthers* S. 287 f.). So betrachtet, begründet der Institutsbegriff nur die Einheit des Untersuchungsgegenstandes und stellte damit eine Parallele zum normsoziologischen Institutionsbegriff dar.

## 2. Das Rechtsinstitut als produktives Methodeninstrument

### a) *Maurice Hauriou*

In der Folgezeit wurde aus dem deskriptiv gemeinten **Rechtsinstitut** ein **produktives Methodeninstrument**, das dazu diente, neue Rechtsregeln »aus der Natur der

---

<sup>5</sup> Ebd., S. 55.

<sup>6</sup> Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900, bearbeitet von *Theodor Kipp*, § 37a (S. 140).

<sup>7</sup> Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, 113.

Sache« abzuleiten. Den Anfang machte der Franzose *Maurice Hauriou* (1856-1929). Von *Hauriou* stammt zunächst die technische Unterscheidung zwischen **institutions personnes** und **institutions choses**, die heute im Verfassungsrecht in der Unterscheidung zwischen Institutionen und Instituten fortlebt. Institutionen haben eine verbandsmäßige Organisation: Staaten, Körperschaften, Betriebe, Vereinigungen aller Art. Den Sachinstitutionen, die man heute als Institute bezeichnet, fehlt das körperchaftlich-verbandsmäßige Substrat. Es handelt sich um Verlaufsregelungen, die in typischer Weise immer wiederkehren, wie Vertrag, Eigentum, Erbrecht oder auch Gerichts- und Verwaltungsverfahren.

Wichtiger als diese technische Unterscheidung ist eine andere Kennzeichnung der Institution. Institutionen kristallisieren sich nach der Vorstellung *Hauriours* um eine **Leitidee**, eine *idée directrice*. Was sich in Wille und Vorstellung der an der Institution beteiligten Menschen äußert, ist nur subjektiv. Das eigentlich Objektive sind die unbewussten Ideen, die sich in den Institutionen Organe schaffen. Diese Leitideen, so sagt *Hauriou*, sind das vitale Prinzip der sozialen Organisation. Sie verleihen ihnen ein eigenes Leben, das man von dem Leben der Individuen trennen kann. Der Mensch schafft diese Ideen nicht, er findet sie nur, so wie der Bergmann den Diamanten findet. Daher sind es auch die Institutionen, die die Rechtsnormen schaffen, und nicht umgekehrt.

b) *Carl Schmitt*

Der Staatsrechtler *Carl Schmitt* (188-1985) war es, der seine Lehre zum ersten Male als institutionelles Rechtsdenken bezeichnet<sup>8</sup> und der sie zugleich in Verruf brachte. Danach ist ein Institut ein Gemeinschaftsverhältnis, das sich einer gesetzlichen Normierung entzieht und seine eigene, immanente, konkrete Ordnung hat, wie z. B. die Ehe, die Familie, die Sippe oder das Heerlager. Die Aufgabe des Juristen sollte es sein, die diesen Institutionen innewohnenden Gesetze zu erforschen und zur Grundlage der Rechtsfindung zu machen. Rückschauend betrachtet braucht es nur geringe Vorstellungskraft, um die verhängnisvolle Wirkung solchen **konkreten Ordnungsdenkens** zu ermessen, mit dessen Hilfe Juristen in der Zeit des Dritten Reiches in die Institutionen hineinlegten, was ihren politischen Vorstellungen entsprach. *Rüthers*, der diese Methode einer eingehenden Kritik unterzogen hat, kommt zu dem Schluss (S. 292):

---

<sup>8</sup> *Carl Schmitt*, war aber auch (in seiner Verfassungslehre, 1928) der Erfinder der institutionellen Garantien, die das Leerlaufen der nach der Weimarer Reichsverfassung völlig zur Disposition des Gesetzgebers stehenden Grundrechte verhindern sollten und die bis heute im Verfassungsrecht eine bedeutende Rolle spielen (vgl. auch seinen Aufsatz Grundrechte und Grundpflichten, 1932, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, 181-231). Es ist schwer, das Wirken dieses fraglos herausragenden Mannes gerecht zu beurteilen.

»In diesem Institutsbegriff fallen Sein und Sollen auf eine methodisch ungeklärte Weise zusammen mit der Folge, dass aus der institutionell gedeuteten Wirklichkeit bestimmte normative Forderungen als rechtsverbindlich abgeleitet werden ... Er **korrigiert alte** und er **produziert neue Normen**, wenn das sich ständig wandelnde ›Wesen‹ der Institute es verlangt ... Es handelt sich bei dem Begriff des überpositiven Rechtsinstituts um einen komplexen, ideologisch durchtränkten Begriff, der nach dem Gemenge seiner verschiedenen Merkmale die Grenzen zwischen Soziologie, Geschichte, Jurisprudenz und Metaphysik auflöst.«

Es fällt bis heute schwer, den Institutionsbegriff ganz positivistisch nur als Kurzbezeichnung für einen Normenkomplex zu verwenden. Die Ehe ist sicher das klassische Beispiel einer Institution. Das Bundesverfassungsgericht hält bis heute an der Rechtsfigur der institutionellen Garantie fest (zuletzt im Urteil vom 1. 12. 2009 zur Ladenöffnung an Adventssonntagen). Verfassungsrechtler<sup>9</sup> (*Roellecke, Wächter*) sind jedoch der Ansicht, dass die Einrichtungsgarantie als dogmatische Konstruktion überflüssig sei, weil die Probleme, die sie lösen sollte, heute mit den üblichen Mitteln der Verfassungsdogmatik genauer und besser gelöst werden könnten.

### 3. *Die Institutionenlehre der protestantischen Rechtstheorie*

Die Institutionenlehre der protestantischen Rechtstheorie<sup>10</sup> wird man kaum noch zur Rechtssoziologie rechnen dürfen. Sie sei daher nur am Rande erwähnt. Danach sind die Institutionen (Staat, Kirche, Eigentum, Ehe usw.) nicht schlichte Fakten, sondern sie repräsentieren als Stiftungen Gottes schon immer einen Wert. Insofern sind sie dem Recht vorgegeben – freilich nicht in dem Sinne, als habe sie das Recht einfach zu übernehmen. Sie sind jedoch für eine Rechtsordnung auch nicht in der Weise unverbindlich, wie es nach der technologischen Auffassung von der Institution der Fall ist.

---

<sup>9</sup> *Kay Wächter*, Einrichtungsgarantien als dogmatische Fossilien, *Die Verwaltung* 29, 1996, 47-73; zustimmend *Gerd Roellecke*, Institution und Recht, in: *Arthur Benz u. a.* (Hg.), *Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung*, 2004, 254-265/256.

<sup>10</sup> Vgl. dazu *Rolf-Peter Callies*, Eigentum als Institution, in: *Schelsky*, *Zur Theorie der Institution*, 1970, 119-125; *Hans Dombois* (Hg.) *Recht und Institution*, 1969; *Wolf-Dieter Marsch*, Das Institutionen-Gespräch der evangelischen Kirche, in: *Schelsky*, *Zur Theorie der Institution*, 1970, 127-139; *Trutz Rendtorff*, Das Problem der Institution in der neueren Christentumsgeschichte, in: *Helmut Schelsky* (Hg.), *Zur Theorie der Institution*, 1970, 141-153.

#### 4. Institutionalistischer Rechtspositivismus (MacCormick/Weinberger)

**Texte:** Neil MacCormick, Institutional [Normative Order: A Conception of Law](#), Cornell Law Review 82, 1997, 1051-1070; ders., Institutions of Law. An Essay in Legal Theory, Oxford, New York 2007; Neil MacCormick/Ota Weinberger, Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus, 1985; Ota Weinberger, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987; ders., Norm und Institution, 1988.

**Literatur:** Maksymilian Del Mar/Zenon Bankowski (Hg.), Law as Institutional Normative Order, Farnham, England, Burlington, VT 2009; Marcus Hahn-Lorber, »Recht als institutionelle normative Ordnung« – Fragen und Überlegungen zur Rechtslehre Neil MacCormicks, Rechtslehre 41, 2010, 251-276; Klaus.F.Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, S. 290f; Rainer Schröder, Rechtsfrage und Tatfrage in der normativistischen Institutionentheorie Ota Weinbergers, Kritik eines institutionalistischen Rechtspositivismus, 2000.

Für die »Allgemeinen Rechtslehre« hatte ich die Theorie des institutionalistischen Rechtspositivismus von MacCormick und Weinberger als abstrakte Reformulierung der Anerkennungstheorie Harts charakterisiert. In seiner letzten zusammenfassenden Monographie von 2007 bezeichnet MacCormick sich nunmehr als »post-positivist« (S. 5) und formuliert eine generelle Anerkennungstheorie, die man als Fortbildung der Anerkennungstheorien von Ernst Bierling und Adolf Merkel einordnen kann. Historisch greift sie allerdings nicht auf deutsche, sondern auf schottische Autoren zurück (Hahn-Lorber S. 253, 270). Modern ist sie dadurch, dass sie von der neueren philosophischen und soziologischen Institutionenlehre Gebrauch macht. Qua Institutionalisierung trägt das Recht bei MacCormick »den Charakter einer durchdachten Vernünftigkeit, eines Kondensats geprüfter guter Gründe« (Luhmann, RdG S. 367). Das Recht als institutionalisierte Ordnung gebe zwar immer wieder Anlass zu Auslegungsfragen und zu Skeptizismus hinsichtlich seiner Wirksamkeit. Ihm sei jedoch eine civility eigen, die Recht, Politik und Wirtschaft dennoch funktionieren lasse. Diese Eigenschaft des Rechts »depends, it seems, on some measure of respect for the rule of law internally to states and among them« (S. 73). Der Respekt für das Recht gründe sich auf Gewohnheit, wie überhaupt alle formale Ordnung »rests on a foundation of custom, that is, on informal normative order« (S. 162). Die punktuell gedachte Grundnorm Kelsens ersetzt MacCormick so durch eine *basic norm* (S. 57), die sich als unerklärter Hintergrund des Rechts ständig bewährt und erneuert und dem Recht seine normative Kraft verleiht. **Die *basic norm* ist also die Brücke vom Sein zum Sollen.**

**MacCormicks Institutionenlehre löst den Rechtsbegriff vom Staat und öffnet ihn für den Rechtspluralismus.**

»By focusing on an idea of institutional normative order, one negates the existence of any analytically necessary nexus between law and state. Law is institutional normative order, and state law is simply one form of law.« (1997 S. 1067)

Im Resumé von *Hahn-Lorber* (S. 273):

»Die Idee der »Einheit der Rechtsordnung« weicht der Idee des Grundkonsenses der basic norm, die institutionelle Vielfalt erlaubt und wünscht.«

Am Ende bekommt die Theorie noch **einen thomistisch-naturrechtlichen Über-ton**. Der Inhalt des Rechts sei nicht willkürlich. Äußerlich biete die Einteilung in Grundrechte, öffentliches Recht, Privatrecht und Strafrecht einen Rahmen zum Verständnis (2007 S. 169) und inhaltlich sei es auf Gerechtigkeit und Gemeinwohl angelegt (S. 264).

##### 5. *Die Institution als Kontaktbegriff zur sozialen Realität*

**Eine Gemeinsamkeit allen institutionellen Rechtsdenkens liegt darin, dass es betont auf die soziale Wirklichkeit rekurriert.** Deshalb wird diese Denkweise oft als rechtssoziologisch in Anspruch genommen. Die Wirklichkeit soll über die Institution in die Rechtsbetrachtung oder gar Rechtsfindung Eingang finden. Doch diese Forderung wird nicht eingelöst; das heißt, der Zusammenhang mit empirischer Sozialforschung wird nicht hergestellt. Die Wirklichkeit bleibt durch Alltags- und Berufserfahrung vermittelt. Solche Empirie ist nicht weniger subjektiv als individuelle Wertungen oder Einstellungen. In Anspielung auf die bekannte juristische Formel von der Parallelwertung in der Laiensphäre kann man beim institutionellen Rechtsdenken von einer **Parallelsoziologie in Juristenköpfen** sprechen.

## X. Informale Institutionen

**Literatur:** *Eberhard Bohne*, Der informale Rechtsstaat, Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Immissionsschutzes, 1981; *Douglas C. North*, Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge University Press, 1990; *Helmut Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat, 1984; *Gunnar Folke Schuppert*, Der Rechtsstaat unter den Bedingungen informaler Staatlichkeit, Beobachtungen und Überlegungen zum Verhältnis formeller und informeller Institutionen, 2011.

Besser steht es um die Interdisziplinarität bei der Betrachtung informaler Institutionen. *Schuppert* behandelt das **Verhältnis von formaler und informaler Staatlichkeit**. Auch wenn man seine Grundthese von dem »Megatrend einer zunehmenden Informalisierung des Staatshandelns« nicht teilen muss, so ist doch der noch grundsätzlichere Ausgangspunkt von der prinzipiellen Parallelität von formalen und informalen Institutionen allgemein akzeptiert. Früher galt es als Entdeckung der Rechtssoziologie, dass die förmlich in Gesetzen festgelegten und bürokratisch von Behörden und Gerichten verwalteten Rechtsnormen nur funktionieren, wenn sie auch von einer gesellschaftlichen Moral getragen werden. Dieser Gesichtspunkt war aber noch

zu eng. Heute stellt man nicht mehr auf einzelne Normen, sondern auf größere Zusammenhänge = Institutionen ab. Die wissenschaftliche Diskussion wird unter der Überschrift Neoinstitutionalismus geführt u. § 63). Anknüpfungspunkt ist oft eine Formulierung von *Douglas C. North*, politische Institutionen könnten »any form of constraint that human beings devise to shape human interaction« annehmen und sowohl durch »formal constraints – such as rules that human beings devise – and informal constraints – such as conventions and codes of behavior« wirken (S. 4). *Schulze-Fielitz* (S. 17 f.) schreibt über

»informale Verfassungsregeln, d. h. Regeln, die in unmittelbarem Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Normen stehen, die sie stützen, ergänzen, praktikabel machen, mit Leben erfüllen usw. Eine der diesem Beitrag zugrundeliegenden Hypothesen stellt darauf ab, daß Verfassungsrecht um seiner Funktionsfähigkeit willen notwendigerweise auf derartige informale Regeln angewiesen ist.«

Als **Beispiele** nennt er Koalitionsvereinbarungen, Regeln über die Einhaltung des Fraktions- und Parteienproporz in der Parlamentsarbeit oder Regeln über Inkompatibilitäten. Es geht aber nicht nur um Verhaltensregeln, sondern auch um den Kreis der Akteure. Regierungs- und Parlamentsarbeit wird zum Teil auf außerministerielle oder außerparlamentarische Foren verlagert. Während es hierbei in erster Linie um stützende Informalität geht, ohne die Parlaments- und Regierungsarbeit nicht funktionieren könnte, sind an anderer Stelle informale Gegenordnungen zu beobachten. Ein Extremfall ist das transnationale Terrornetzwerk Al Quaida.

Zwischen formalen und informalen Institutionen gibt es keine ganz scharfen Grenzen, sondern eher fließende Übergänge. »**The difference between informal and formal constraints is one of degree.**« (*North* S. 46) Dennoch gelingt es im Allgemeinen recht gut, eine Institution auf der einen oder der anderen Seite einzuordnen. Formalität setzt eine explizite und schriftlich fixierte Ausformulierung der Regeln voraus. Damit ist auch ein Normgeber als Zurechnungsobjekt definiert. Ebenso ist typisch auch ein Anfangszeitpunkt gesetzt. Die Regeln mögen durch Vertragsschluss entstanden sein, ihre Fortgeltung setzt aber keinen fortbestehenden Konsens voraus. Die Regeln ordnen auch die Beziehungen zwischen verschiedenen Beteiligten, häufig in der Form von Hierarchie und Bürokratie. Informale Institutionen dagegen haben keinen bestimmten Anfang. Die Regeln entstehen aus Übung. Die Beziehungen zwischen den Beteiligten werden typisch als Netzwerk geschildert.