

# Sakralisierung des Strafrechts?

Zur Renaissance der Rechts- und Moralsoziologie Émile

Durkheims<sup>1</sup>

---

*Bijan Fateh-Moghadam*

## 1. EINFÜHRUNG: SAKRALISIERUNG – EIN NEUES MASTERNARRATIV?

Die Frage nach den Interdependenzen von Recht und Religion wurde in den letzten Jahrzehnten aus kulturgeschichtlicher und religionssoziologischer Perspektive überwiegend unter Rückgriff auf den Begriff der Säkularisierung beantwortet (vgl. Rémond 2000; Hübinger 2008). Mit der Krise der Säkularisierungstheorie (vgl. nur die Beiträge in: *The Hedgehog Review* 2006 und die aktuellen Sammelbände Gabriel u.a. (Hg.) 2012 sowie Willems u.a. (Hg.) 2013), die in der Gegenwartsdiagnose einer ›Rückkehr der Religionen‹ (vgl. Riesebrodt 2001; Graf 2004; Koschorke 2013) auf eine die öffentliche Wahrnehmung prägende Formel gebracht wurde, gewinnt dagegen die Kategorie der Sakralisierung als – je nach Lesart – Gegen- oder Komplementärbegriff zur Säkularisierung disziplinübergreifend an Bedeutung. Dies gilt auch und gerade für aktuelle Bestandsaufnahmen zum Verhältnis von Recht und Religion, in denen die Rede von der Säkularität des Verfassungsstaates unweigerlich den Gegenbegriff der Sakralität auf den Plan ruft (vgl. Dreier 2013). Die Behauptung einer permanenten Sakralisierung des Rechts und die Vorstellung von in das moderne Recht eingeschriebenen säkularen Tabus bilden dabei einen wechselseitigen Verweisungszusammenhang. Beide Denkfiguren – ›Sakralisierung‹

---

**1** | Erweiterte Fassung eines Beitrags, der unter gleichem Titel in: Felix Hafner/Anne Kühler/Jürgen Mohn (Hg.): *Interdependenzen von Recht und Religion* (Reihe ›Diskurs Religion‹), Würzburg: Ergon (i.V.) erscheint. Er ist im Kontext der Arbeitsgruppe ›Säkulare Tabus‹ entstanden, deren gemeinsame Ergebnisse in Form eines Autorenbandes (Thomas Weitin/Michael Neumann/Bijan Fateh-Moghadam/Thomas Gutmann: *Säkulare Tabus*, i.V.) publiziert werden. Der Verfasser dankt allen Mitgliedern der Arbeitsgruppe.

und ›säkulare Tabus‹ – stehen in einem mehrdeutigen Verhältnis zum Begriff der Säkularisierung. Wenn der Rechtshistoriker Dietmar Willoweit die globale Rechtsgeschichte vom Alten Ägypten bis in die Gegenwart als eine Sakralisierungsgeschichte rekonstruiert (Willoweit 2013), scheint dies zunächst zu bestätigen, dass die Kritik am Masternarrativ der Säkularisierung inzwischen selbst zu einem Masternarrativ avanciert (vgl. Pollack 2011: 482). Ausgehend von der Prämisse eines anthropologischen Bedürfnisses nach einer höheren, außerrechtlichen Legitimation des positiven (Gesetzes-)Rechts, stellen sich Willoweit alle Transformationen und Umbrüche in der Rechtsgeschichte als Verschiebungen und Übertragungen von Sakralität dar: von der ägyptischen Göttin Ma'at (vgl. Assmann 2006)<sup>2</sup>, über das theologische Naturrecht und Gottesgnadentum, das aufgeklärte Vernunftrecht, das ideologische Recht im real existierenden Sozialismus und im Nationalsozialismus, bis hin zum modernen Rechts- und Verfassungsstaat mit seinem ›Glauben‹ an vorstaatliche Menschenrechte (Willoweit 2013: 162).<sup>3</sup> Die Geschichte der Säkularisierung wird gewissermaßen in ihr Gegenteil verkehrt, um – mit einem Diktum des Historikers Gangolf Hübinger gesprochen – »die Moderne als panreligiöse Glaubensgeschichte neu zu vermessen« (Hübinger 2008: 93).

Gleichzeitig verwirklicht sich mit der Umstellung von Säkularisierung auf Sakralisierung eine von Hans Blumenberg markierte Tendenz, die dem Begriff der Säkularisierung selbst innewohnt. Indem dieser immer schon einen Bezug zur Religion herstellt, sei es auch nur im Sinne einer Verlust Erfahrung, sperrt er sich gegen die These eines neuzeitlichen Bruchs im normativen Selbstverständnis der Moderne. Stattdessen begibt sich der religiöse Beobachter, den der »neuzeitliche Anachronismus des Säkularisierungstheorems« voraussetzt, auf die Suche nach Verbindungslinien zwischen theologischer und moderner Normenbegründung. Im Extremfall erscheint letztere dann lediglich als »Umbesetzung authentisch theologischer Gehalte in ihre säkulare Selbstentfremdung« (Blumenberg 1996: 75). Säkularisierung und Resakralisierung bilden insoweit kein Gegensatzpaar, sondern verhalten sich komplementär zueinander.

Eine alternative Relation zwischen archaischer Mythologie, Religion und Recht stellen strukturfunktionalistische Ansätze her, die in modernen Rechtsinstituten zwar keine Substanztransformation religiöser Gehalte identifizieren, ihnen jedoch eine funktional äquivalente Rolle für die normative Integration der Gesellschaft zuschreiben. Für einen funktionalistischen Sakralisierungsbegriff, dessen Pointe darin besteht, auch kategorial Unterschied-

**2** | Assmann erkennt indes mit Hinweis auf Kant ausdrücklich eine Zäsur an, nach der die Moral auf eine neue – säkulare – Grundlage gestellt wird (Assmann 2002: 66).

**3** | Als vorläufig letzte Stufe des Sakralisierungsprozesses identifiziert Willoweit den ›Glauben an die Wissenschaft‹ und eine wissenschaftliche Rechtfertigung des Rechts ausweislich der Zunahme der Bedeutung der wissenschaftlichen Politikberatung.

liches vergleichbar zu machen, stellt sich dann aber die Frage, was der Begriff des Sakralen noch unterscheiden soll, wenn alles sakral ist: theologisches Naturrecht, aufgeklärtes Vernunftrecht, Kommunismus, Kapitalismus usw.<sup>4</sup>

Der analytische Gehalt des Begriffs der Sakralisierung und seine Leistungsfähigkeit für eine Theorie und Soziologie des Strafrechts sollen im Folgenden am Beispiel der von Hans Joas im Anschluss an Émile Durkheim ausgearbeiteten Theorie der ›Sakralisierung der Person‹ im modernen Strafrecht (Joas 2004: 151-168; 2006; 2011: 63-107) diskutiert werden. Ein besonderes Augenmerk wird dabei darauf liegen, wie sich in Joas' Durkheim-Lektüre die Relation von Religion und Recht von einer strikt struktur-funktionalistischen (Durkheim) zu einer (wenn auch nur in einem eingeschränkten Sinne) inhaltlichen Verbindung (Joas) verschiebt.

## 2. MENSCHENWÜRDE UND FOLTER ALS SÄKULARE TABUS?

Hans Joas zielt mit seiner These der ›Sakralisierung der Person‹ im modernen Strafrecht einerseits auf eine kultursoziologische Deutung der Entstehung und Durchsetzung der Menschenrechte, andererseits aber auch auf die Explikation ihrer spezifischen Funktion in der Produktion von Unverfügbarem in modernen Rechtsordnungen. Zentrale Bezugspunkte sind dabei die Unantastbarkeit der Menschenwürde und das Verbot der Folter. Im Diskurs über die Zulässigkeit der sogenannten Rettungsfolter, also in Konstellationen wie derjenigen der Folterandrohung durch den Frankfurter Polizeipräsidenten Daschner im *Fall Gäfgen* und in den sogenannten *ticking bomb*-Szenarios vom Typ der US-amerikanischen Fernsehserie ›24‹, verbindet sich gemäß einer Formulierung des Staatsrechtlers Josef Isensee »das Tabu der Folter [...] mit dem Tabu der Menschenwürde« (Isensee 2006: 190). Es ist also eine Situation der Krise der Normenbegründung, in der die Gewissheit um die Geltung des absoluten Folterverbots bereits verloren gegangen ist und in der sich sowohl für die Kritiker als auch für die Bewahrer eines ausnahmslosen Folterverbots die Frage stellt, wie sich der kategorische, abwägungsfeste Charakter der Menschenwürde in einer säkularen Rechtsordnung begründen lässt. Die Qualifikation des Folterverbots als Tabu bildet dann gewissermaßen die Kehrseite der Deutung des modernen Menschenwürdeverständnisses als Prozess der ›Sakralisierung der Person‹. Um schreibt die Menschenwürde einen Bereich, der gemäß dem Wortlaut des Art.1 Abs.1 GG nicht angetastet werden darf, so liegt es schon semantisch nahe, das

---

4 | Plausibel erscheint dies eben nur im Kontext einer funktionalen Bestimmung des Begriffs des Sakralen, ähnlich wie im Falle des ›Glaubens‹ in Max Webers Begriff des ›Legitimitätsglaubens‹.

Eindringen in diesen Bereich als Sakrileg und die Folter damit als ein säkulares Tabu zu verstehen.

Genau in diesem Sinne eines religiös fundierten Berührungsverbot es deutet Hans Joas die Reformen des Strafrechts und der Strafpraxis, die zum »Verschwinden der Folter als eines legitimen Instruments aus der europäischen Strafjustiz« (Joas 2011: 63) geführt haben. Er erkennt im gesamten Prozess der Entstehung und Durchsetzung der Menschenrechte nicht eine Folge des Rechtediskurses, sondern den »Ausdruck einer tiefreichenden kulturellen Verschiebung, durch die die menschliche Person selbst zum heiligen Objekt wird« (Joas 2011: 81), und damit einen Prozess der »Sakralisierung der Person« (vgl. ebd.: 81-101). Dieses Paradigma richtet sich in der Rekonstruktion von Hans Joas ausdrücklich gegen jene von ihm als »gefährlich« apostrophierten »Prozessbegriffe« der Rationalisierung, Differenzierung und Modernisierung, die den Kern der Säkularisierungstheorie bilden: »In meiner Sicht können wir die Geschichte der Menschenrechte nicht als Säkularisierungs-, Rationalisierungs- oder Differenzierungsgeschichte verstehen, sondern nur als eine neuartige Sakralisierung, nämlich die der Person.« (Joas 2012: 621) Die Entwicklung des modernen Rechtsstaats wird nicht länger als »Vorgang der Säkularisation« (Böckenförde 2006), sondern als Prozess der »Verschiebung von Sakralisierungen« interpretiert.

Joas' Auffassung darf deshalb jenen rechtstheoretischen Ansätzen zugeordnet werden, die moderne Rechtsinstitute im Zuge einer historischen und kultursoziologischen Betrachtung in einen religiösen Deutungszusammenhang stellen, um so die andauernde Bedeutung der Religion für Genese, Geltung, Legitimation und Auslegung des modernen Rechts zu betonen. Zwar postuliert Joas keine direkte inhaltliche Kontinuität im Sinne einer Substanztransformation von religiösen Gehalten in moderne Rechtsinstitute wie die Menschenwürdegarantie (so etwa Stein 2007 und Isensee 2006). Mit der Umstellung von Säkularisierung und funktionaler Differenzierung auf Resakralisierung zielt Joas aber explizit darauf ab, die Möglichkeit einer tatsächlich religiösen Deutung des Ursprungs der »Sakralität der Person« und des Fortbestandes religiöser Rückhalte der Menschenrechte zu erhalten (Joas 2011: 87). Diese »religiöse Pointe« des Sakralisierungsparadigmas radikalisiert sich in Form des von Joas gegen die Differenzierungstheorie verteidigten universellen Anspruchs der Religion auf »Gestaltung aller Kultursphären und Funktionssysteme«, der unmittelbar auf eine religiöse Imprägnierung des Rechts zielt (Joas 2012: 622).

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt der Sakralisierungsthese ist die Rechts- und Moralsoziologie Émile Durkheims. Joas' Durkheim-Lektüre wird dadurch als Teil einer gegenwärtig zu beobachtenden Durkheim-Renaissance kenntlich, die den Begründer der modernen Soziologie in einer neueren Rezeptionslinie zugleich als Theoretiker der Menschenrechte feiert (Koenig 2002; 2008; Mül-

ler 2009). Auffallend ist dabei, dass es vor allem die religiös konnotierten Begriffe Durkheims sind, die eine starke Anziehungskraft ausüben, namentlich der ›Kult des Individuums‹, die ›Religion des Individuums‹, das ›Sakrale‹ und das ›Tabu‹.<sup>5</sup> Die entsprechenden Semantiken werden in der Staats- und Strafrechtswissenschaft aufgegriffen, etwa von Tatjana Hörnle, die von »körperbezogenen Tabus« spricht, wenn sie die Skepsis zu charakterisieren versucht, mit der die Öffentlichkeit auf die Kommerzialisierung des Körpers reagiert (Hörnle 2007: 186), oder von Kurt Seelmann, der eine »Verlagerung des Tabus ins Subjekt« (Seelmann 2010) beobachtet, um den strafrechtlichen Schutz der Unverfügbarkeit der Persönlichkeit durch sogenannte Verhaltensdelikte auf den Begriff zu bringen. Hans Joas und seine rechtswissenschaftlichen Rezipienten knüpfen relativ unvermittelt an diese religiösen Semantiken an und beuten deren Versprechen sozialer Kohäsion aus. Es ist augenfällig, dass sie in diesem Kontext den Zusammenhang mit Durkheims Moral- und Rechtssoziologie zwar betonen (vgl. Joas 2011: 89), aber nicht systematisch entfalten. Der Grund dafür liegt offenbar in einer radikalen Differenz, die das Verhältnis betrifft, das die Sakralisierungsbegriffe von Joas und Durkheim zur Säkularisierungstheorie unterhalten.<sup>7</sup>

Im Folgenden wird dieser Differenz nachzugehen sein, bevor abschließend die Probleme und Widersprüche aufgezeigt werden, die durch die rechtswissenschaftliche Adaption sowohl der Durkheim'schen als auch der Neo-Durkheim'schen Theorie der ›Sakralität der Person‹ auf den Plan treten. Beiden Möglichkeiten wird eine alternative Sichtweise entgegengehalten, die die Autonomie des Rechts betont.

---

**5** | Als Ausdruck einer Renaissance der Soziologie des Sakralen darf man ferner die deutsche Neuedition der Texte des *Collège de Sociologie* deuten (Hollier (Hg.) 2012).

**6** | Der Staatsrechtler Günter Frankenberg stellt die Frage, ob wir es bei der Rückkehr der Folter in ihren neuen und alten Formen mit »Verletzungen eines Tabus, eines quasi-sakralen Verbots, durch dessen Normalisierung« (Frankenberg 2010: 276) zu tun hätten. Diese Frage scheint er positiv zu beantworten, wenn er den Teufel ins Spiel bringt, mit dem diejenigen, die die Folter legitimieren, einen Pakt schlössen (ebd.: 309).

**7** | Dies geschieht nicht im Gestus der Entlarvung, da Hans Joas, unzweifelhaft einer der besten Kenner Durkheims, diesen Unterschied selbst betont, aber zugleich relativiert (vgl. Joas 2012: 617-619).

### 3. DIE ›SAKRALITÄT DER PERSON‹ IN DER STRAFRECHTSZOLOGIE ÉMILE DURKHEIMS

#### 3.1 Differenzierung: Der ›Kult des Individuums‹ als theorienotwendige Fiktion

Um die Denkfigur einer ›Sakralität der Person‹ adäquat einordnen zu können, ist es sinnvoll, zunächst danach zu fragen, welches Problem Durkheim mit ihr lösen wollte. Der ›Kult des Individuums‹ bildet Durkheims Antwort auf das zentrale theoretische Bezugsproblem seiner Moralsoziologie, nämlich die Frage nach der Herstellung gesellschaftlicher Solidarität vor dem Hintergrund fortschreitender struktureller Differenzierung und Pluralisierung: Wie ist soziale Integration möglich, wenn »alle sozialen Bande, die der Ähnlichkeit entstammen, allmählich ihre Kraft verlieren« (Durkheim 1992: 228)?

Da die in seinem frühen Buch *Über soziale Arbeitsteilung* (Durkheim 1992) gegebene Antwort der ›organischen Solidarität‹, die auf eine Art ›moralischen Polymorphismus‹ auf intermediärer Ebene hinausläuft (vgl. Durkheim 1999: 18; vgl. dazu Müller 2009), offensichtlich defizitär ist, steht Durkheim vor einer fundamentalen Weichenstellung in seiner Theoriebildung. Entweder er akzeptiert, dass die Integration moderner Gesellschaften nicht länger durch Moral erfolgt, sondern vielmehr durch eine Art systemisches Gleichgewicht der unterschiedlichen Funktionen arbeitsteiliger Gesellschaften, wie das in seiner Analyse der Effekte sozialer Arbeitsteilung bereits angelegt war (vgl. Durkheim 1992: 228)<sup>8</sup> – oder es gelingt ihm im Wege einer radikalen Wertegeneralisierung, einen moralischen Wert zu identifizieren, der die moderne Gesellschaft zusammenhält. Dieses Dilemma macht sichtbar, dass es sich bei der zivilreligiösen Figur des ›Kults des Individuums‹ geradezu um eine »durch theoretische Dispositionen erzwungene Erwartung« (Luhmann 1981: 301) handelt, wie Niklas Luhmann es zuspitzt: »Wenn es keine Zivilreligion gäbe, müsste die Theorie sie erfinden.« (ebd.: 301) Der letzte Wert, auf den sich eine zunehmend individualisierte Gesellschaft noch einigen kann, so Durkheims genialer Ausweg, ist das Individuum selbst.<sup>9</sup> Es sind also nicht nur der politisch-praktische Hintergrund der Dreyfus-Affäre, sondern vor allem theoretische Vorentscheidungen, aus denen sich die berühmt gewordene Pathosformel von der ›Religion des Individuums‹ aus Durkheims Aufsatz *Der Individualismus und die Intellektuellen* aus dem Jahr 1898 erklärt (Durkheim 1986). Es ist

**8** | Es gibt kein anderes soziales Band als jenes, das sich aus der Arbeitsteilung ableitet. Solidarität wird rein organisch: »Die Arbeitsteilung übernimmt immer mehr die Rolle, die früher das Kollektivbewußtsein erfüllt hatte.« (Durkheim 1992: 228)

**9** | Bemerkenswerterweise hatte Durkheim diese Lösung in seiner Frühschrift noch ausdrücklich abgelehnt (vgl. Durkheim 1992: 227).

diese Formulierung, die den zentralen Bezugspunkt der Neo-Durkheim'schen Theorie der ›Sakralität der Person‹ bildet:

»Diese menschliche Person [...] wird als heilig betrachtet, sozusagen in der rituellen Bedeutung des Wortes. Sie hat etwas von der transzendenten Majestät, welche die Kirchen zu allen Zeiten ihren Göttern verleihen; man betrachtet sie so, als wäre sie mit dieser mysteriösen Eigenschaft ausgestattet, die um die heiligen Dinge herum eine Leere schafft, die sie dem gewöhnlichen Kontakt und dem allgemeinen Umgang entzieht. Und genau daher kommt der Respekt, der der menschlichen Person entgegengebracht wird. Wer auch immer einen Menschen oder seine Ehre angreift, erfüllt uns mit einem Gefühl der Abscheu, in jedem Punkt analog zu demjenigen Gefühl, das der Gläubige zeigt, der sein Idol profanisiert sieht. Eine solche Moral ist also nicht einfach eine hygienische Disziplin oder eine weise Ökonomie der Existenz; sie ist eine Religion, in der der Mensch zugleich Gläubiger und Gott ist.« (Durkheim 1986: 56f.)

Die spezifische Verwendungsweise des Religionsbegriffs in Durkheims These vom Individualismus als Religion der Moderne wird im Folgenden näher zu charakterisieren sein. Dass diese nicht auf ›echte‹ Religion – mit Transzendenzbezug – zielt, deutet sich an, wenn man nach den Konsequenzen der Umstellung des Modus moralischer Integration auf den Individualismus für die Evolution des Strafrechts fragt. Dieser Frage geht Durkheim in seinem zwei Jahre später publizierten strafrechtssoziologischen Aufsatz *Deux lois de l'évolution pénale* (Durkheim 1900)<sup>10</sup> nach; und seine nur auf den ersten Blick überraschende Antwort besteht im Kern darin, dass die ›Sakralisierung der Person‹ mit einer Säkularisierung der Strafrechtsgüter einhergeht.

### 3.2 Säkularisierung: Religiöse und menschliche Verbrechen

Verbrechen sind für Durkheim, wie er in seinem Buch zur sozialen Arbeitsteilung darlegt, allgemein dadurch gekennzeichnet, dass sie »starke und bestimmte Zustände des Kollektivbewusstseins« (Durkheim 1992: 129) verletzen. Der Zentralbegriff des Kollektivbewusstseins zielt auf »die Gesamtheit der gemeinsamen religiösen Überzeugungen und Gefühle im Durchschnitt der Mitglieder einer bestimmten Gesellschaft« (ebd.: 128). Zu einem Verbrechen wird eine menschliche Verhaltensweise gemäß Durkheim dann und nur dann, wenn sie bei den Mitgliedern der Gesellschaft tief sitzende Gefühle verletzt und eine moralische Empörung hervorruft, die nach Bestrafung und nicht lediglich nach einer schwächeren sozialen Reaktion verlangt (vgl. dazu Garland 1994: 29). Die Funktion der Strafe ist es demgegenüber, »den sozialen Zusam-

---

**10** | Längere Passagen werden im Folgenden nach der englischen Übersetzung (Durkheim 1969) zitiert.

menhalt aufrechtzuerhalten, indem sie dem gemeinsamen Bewußtsein seine volle Lebensfähigkeit erhält« (Durkheim 1992: 159). Das einzige Mittel, dieses gemeinsame Bewusstsein aufrechtzuerhalten, ist ein authentischer Akt, der nur darin bestehen kann, »dem Täter Schmerzen zuzufügen, der einhelligen Ablehnung, die das Verbrechen auch weiterhin hervorrufen wird, Ausdruck zu verleihen« (ebd.). Strafe ist für Durkheim nichts anderes als die symbolische Demonstration der Geltung der Normen des »Kollektivbewußtseins« (vgl. Durkheim 1984: 206). Mit der Betonung der kommunikativen Funktion von Strafe entwickelt Durkheim einen modernen soziologischen Gedanken, an den heute strafrechtswissenschaftliche Theorien der positiven Generalprävention bzw. »normorientierte expressive Straftheorien« (Hörnle 2011: 30) anschließen.

Da Kollektivbewusstsein und gesellschaftliches Strafbedürfnis wechselseitig aufeinander bezogen sind, kann die von Durkheim beschriebene radikale Transformation des Inhalts des Kollektivbewusstseins vom gemeinsamen Glauben an heilige Gegenstände, Götter und religiöse Werte auf die abstrakte Würde der Person nicht ohne Auswirkungen auf die Struktur des Strafrechts und die Praxis der Strafe selbst bleiben. Die differenzierungsbedingte Umstellung des Kollektivbewusstseins auf den Individualismus leitet vielmehr einen Prozess der Säkularisierung der Strafrechtsgüter ein, der sich in Durkheims Terminologie in einer Verschiebung von religiösen Verbrechen (*criminalité religieuse*) zu menschlichen Verbrechen (*criminalité humaine*) ausdrückt (Durkheim 1900: 86; 1969: 51-59). In archaischen Gesellschaften dominieren religiöse Verbrechen, da Verstöße gegen die heilige Ordnung stets einen religiösen Charakter besitzen. In dem Maße, indem der Staat seine Macht religiös legitimiert und als eine Art Priester über die Einhaltung der religiösen Gebote wacht, stellen sich auch und gerade Angriffe auf die Einrichtungen des Staates als religiöse Verbrechen dar. Verbrechen gegen die Religion werden als besonders verwerflich und zugleich als besonders gefährlich angesehen, da im Falle der Verletzung eines religiösen Gebots mit einer göttlichen Strafe zu rechnen ist, die die gesamte Gemeinschaft trifft. Religiöse Verbrechen rufen daher die heftigste gesellschaftliche Empörung hervor und verlangen nach besonders hohen und oft grausamen Strafen. Eine Begrenzung der Strafgewalt durch Verhältnismäßigkeit und Schuldprinzip ist dem religiösen Strafrecht fremd, denn eine strafrechtliche Reaktion auf die Beleidigung einer Gottheit steht nie außer Verhältnis: »What is an individual's sorrow, when it is a matter of appealing a god?« (Durkheim 1969: 54) Mit der paternalistisch-theologischen Rechtfertigung der Folter im Rahmen der Inquisition ließe sich ergänzen: Was ist



das körperliche Leiden des Gefolterten auf Erden, wenn damit das Seelenheil der Person gerettet werden kann?<sup>11</sup>

Diese Tendenz zu unverhältnismäßiger Bestrafung schwindet erst mit der Säkularisierung der Strafrechtsgüter, wenn es also nur noch um die Reaktion auf die Verletzung irdischer Rechtsgüter durch ›menschliche Verbrechen‹ geht. Für unseren Zusammenhang ist entscheidend, dass dieser Säkularisierungseffekt auch für Straftaten gegen die Person gelten soll. Der moralische Skandal der Verletzung einer Person ist weniger empörend als die Verletzung einer Gottheit und fordert daher auch eine weniger repressive Reaktion (vgl. Durkheim 1969: 54). Dies ist zunächst überraschend, da die Person in der Durkheim'schen Religion der Moderne in der Weise an die Stelle der alten Heiligtümer zu treten scheint, dass ihre Verletzung ein Gefühl der Abscheu erzeugen müsste, die »in jedem Punkt analog zu demjenigen Gefühl [ist], das der Gläubige zeigt, der sein Idol profanisiert sieht« (Durkheim 1986: 57). Dass Durkheim diese Konsequenz in seiner Strafrechtssoziologie gerade nicht zieht, liegt darin begründet, dass die ›Sakralität der Person‹ ungeachtet der religiösen Rhetorik selbst keinen religiös-transzendenten Charakter besitzt.<sup>12</sup> »To explain the respect we feel for humanity, there is no need to suppose that it is imposed upon us by some external power superior to humanity.« (Durkheim 1969: 55) Straftaten gegen die Person sind in modernen Gesellschaften in der Terminologie Durkheims der weltlichen Kriminalität und nicht den religiösen Verbrechen zuzuordnen.

Erst mit der so vollzogenen Säkularisierung der Strafrechtsgüter wird der Weg zu einer Humanisierung der Strafpraxis frei. Indem sie die kategoriale Asymmetrie zwischen verletzter göttlicher Ordnung und zu bestrafendem Menschen aufhebt, wird die Unverhältnismäßigkeit der Strafe denkbar. Angesichts der zentralen moralischen Bedeutung, die dem Schutz der Person in modernen Gesellschaften beigemessen wird, erscheint die Humanisierung der Strafpraxis gerade bei Delikten gegen die Person nach dem bisher Gesagten allerdings keineswegs als notwendig.

Insoweit gewinnt indes ein interaktionstheoretisches Element an Bedeutung, das Durkheims Straftheorie als überaus komplex und modern ausweist

**11** | Vgl. dazu auch Weitin 2012. Günter Frankenberg notiert in diesem Zusammenhang: »Die Rechtfertigungsnarrative der Inquisition führten das Rettungsmotiv im christlichen Gewande einer paternalistischen Form des moralischen Perfektionismus ein. Folter sollte die Seele des Sünders, nötigenfalls auch gegen seinen Willen, aus den Fängen des Teufels reißen.« (Frankenberg 2010: 290; mit Hinweis auf Forst (Hg.) 2000: 78).

**12** | Der moralische Individualismus Durkheims ist vielmehr eng an der kantischen Vorstellung vom ›Recht der Menschheit in unserer eigenen Person‹ orientiert, die nicht einem utilitaristischen Nutzenstreben des Einzelnen das Wort redet, sondern vor allem moralische Pflichten generiert.

(instruktiv dazu Garland 1994: 45). Durkheim nimmt die kollektiven »emotionalen Energien« (zum Begriff vgl. Collins 2004: 102-140) der Zeugen von Verbrechen und Strafe in den Blick, konstatiert also die Bedeutsamkeit des Umstandes, dass sich Kriminalität, Strafverfolgung und Strafvollstreckung vor einem Publikum abspielen. Das oben beschriebene Verlangen nach Strafe ist ein Ausdruck des Kollektivbewusstseins, das eine überindividuelle Realität *sui generis* bildet, so dass der Einzelne gewissermaßen von der Gesamtheit hingerrissen wird. Dies geschieht besonders eindrücklich in Situationen kollektiver Erregung wie der Ekstase im Rahmen von religiösen Ritualen, mithin in Vorgängen, die Durkheim in seiner Religionssoziologie als »effervescence collective« (Durkheim 1968: 323f.)<sup>13</sup> beschreibt und an die Randall Collins Theorie der Interaktionsrituale (Collins 2004) anschließt.<sup>14</sup>

Da sich aber in modernen Gesellschaften sowohl das Verbrechen als auch die Strafe gegen die Person und damit gegen den moralischen Kern der Ordnung richten, nimmt die Strafpraxis – das ist die Pointe der Durkheim'schen Erklärung der Humanisierung des Strafrechts – einen irreduzibel widersprüchlichen Charakter an (vgl. dazu Durkheim 1969: 55): Dieselben Empfindungen des Kollektivbewusstseins, die nach Bestrafung verlangen, werden in modernen Gesellschaften durch grausame Bestrafungen und Folter verletzt. Dieselben moralischen Gefühle, die verletzt werden, wenn eine Person Opfer einer Straftat wird, verwandeln sich im Angesicht des Leidens des Straftäters in Sympathie, wenn dieser Opfer grausamer Strafen wird. Dieselbe Ursache, die den repressiven Strafapparat in Bewegung setzt, bremst diesen zugleich. Dasselbe Bewusstsein bewegt uns zu Strafen und dazu, diese Strafen humaner auszugestalten. Dieses Dilemma, bei dem sich das Bild einer Art evolutionsbiologischer Beißhemmung aufdrängt, ist unauflösbar und kann nach Durkheim nur dadurch gemildert werden, dass die Strafe so weit wie möglich gemildert wird.

**13** | In der gängigen deutschen Übersetzung von Ludwig Schmidts, die sowohl der Suhrkamp-Ausgabe von 1981 als auch der Ausgabe des Verlags der Weltreligionen im Inselverlag von 2007 zugrunde liegt, wird der Begriff mit »kollektive Wallung« übersetzt (Durkheim 1981: 310; 2007: 335). Der Begriff der Effervescenz spielt in *Die elementaren Formen des religiösen Lebens* keine hervorgehobene Rolle; er steht neben Begriffen wie Erregung, Ekstase, Delirium, Raserei und der Entladung von Elektrizität, mit deren Hilfe Durkheim die tatsächliche emotionale Dynamik religiöser Rituale beschreibt.

**14** | Das Konzept kollektiver Erregung und seine Funktion für die Stabilisierung von Normen ist mithin bereits in Durkheims früher Strafrechtssoziologie (Durkheim 1992: 118-161; 1969; 1984: 214) angelegt. In seinen späteren religionssoziologischen Schriften kann er hieran anknüpfen, ohne dass man darin eine »Akzentverschiebung des Durkheim'schen Denkens in puncto Moral und Politik« (so Terrier 2013: 511) erblicken müsste.

### 3.3 Rationalisierung: Die ›Sakralität der Person‹ als Ausdruck ›laiischer Moral‹

In der Gesamtschau wird sichtbar, dass Durkheim im Rahmen seiner Moralsoziologie nichts weniger entwickelt als eine soziologische Theorie der Säkularisierung der Normenbegründung im Strafrecht. Seine Deutung der historischen Entwicklung der durch das Strafrecht geschützten Rechtsgüter als Prozess der Verweltlichung und Rationalisierung liegt dabei ganz auf der Linie der Strafrechtsphilosophie der Aufklärung und ihrer Rezeption in der sich im 19. Jahrhundert herausbildenden modernen Strafrechtswissenschaft. Der historische Prozess der Humanisierung des Strafrechts ist gemäß Durkheim unmittelbar der fortschreitenden Differenzierung, Rationalisierung und Säkularisierung der Gesellschaft zu verdanken und damit letztlich Teil eines umfassenden Modernisierungsprozesses. Seine Strafrechtssoziologie läuft also genau auf diejenigen »gefährlichen Prozessbegriffe« (Joas 2012) hinaus, denen Joas den Kampf angesagt hat.

Entgegen dem ersten Anschein muss die auf der ›Sakralität der Person‹ aufbauende moralische Integration der Gesellschaft bei Durkheim als eine gesellschafts-immanente Konzeption, als Ausdruck einer ›laiischen Moral‹ (Durkheim 1984: 57), verstanden werden, die sich nicht von einem religiösen Ursprung, einem Gott oder einer sonstigen transzendenten Größe ableitet. Durkheims Stoßrichtung ist radikal anti-religiös, insbesondere anti-konfessionell und anti-klerikal.<sup>15</sup> Wenn Durkheim die individualistische Moral der Moderne als eine Religion beschreibt, in der »der Mensch zugleich Gläubiger und Gott« (Durkheim 1986: 57) ist, dann muss das vor allem als Kampfansage an den Antimodernismus der katholischen Kirche der Dritten Republik gelesen werden, die sich aber in ihrer Konsequenz gegen sämtliche theistischen Religionen richtet.<sup>16</sup> Der Mensch als ›Gläubiger und Gott zugleich‹ ist der neuzeitliche, seine Ordnung in ›humaner Selbstbehauptung‹ (Hans Blumenberg)

---

**15** | »If today there are still many minds to whom the criminal law and, more generally, all morality, are inseparable from the idea of God, nonetheless their number is diminishing, and those who still cling to this archaic conception do not link the two ideas so closely as Christians did in the earlier ages. Human morality increasingly throws off its primitively confessional character.« (Durkheim 1969: 57)

**16** | Wenn Steven Lukes neuerdings fragt, ob Durkheims Religionsverständnis mit dem Glauben vereinbar sei (Lukes 2013), so scheint mir dies eine theologische Fragestellung zu sein, auf die gerade eine Religionssoziologie in der Tradition Durkheims keine sinnvolle Antwort geben kann.

erschaffende Mensch, der aller religiösen Bindungen entledigt ist und den Menschen selbst in den Mittelpunkt der gesellschaftlichen Ordnung stellt.<sup>17</sup>

Eine »Sakralität mit Transzendenzbezug« (Joas 2012: 618), die sich als Kritik an einem modernisierungstheoretischen Säkularisierungsverständnis versteht, ist mit Durkheim dagegen nicht zu haben. Damit entfällt aber die gesellschaftstheoretische Basis der Sakralisierungstheorie von Joas. Sofern diese nicht allein auf echte Religion (vgl. ebd.: 622) gestützt werden soll, bleibt als Begründungsressource die Betonung emotionaler ritueller Erfahrungen für den Prozess der Entstehung von Menschenrechten (vgl. Joas 2011: 108-146). Es ist deshalb zu fragen, ob das Konzept ›kollektiver Efferveszenz‹, das Durkheim am Beispiel archaischer Anwesenheitskulturen entwickelt hat, tatsächlich einen Beitrag zur Erklärung der Evolution des Rechts in modernen Gesellschaften leisten kann.

## 4. DAS FOLTERVERBOT ALS EVOLUTIONÄRE ERRUNGENSCHAFT DES RECHTS

### 4.1 Kontrafaktizität: Probleme des Durkheim'schen Rechtsbegriffs

Durkheims Rechts- und Strafrechtsbegriff ist unmittelbar an die Anerkennung durch die Normunterworfenen gekoppelt. Ablesen lässt sie sich an einer empirisch beobachtbaren, besonderen emotionalen Bewegung, nämlich der kollektiven Empörung angesichts von Straftaten. Auch Joas hält daran fest, dass die Empörung der sicherste Indikator für die Verletzung zentraler Werte bleibe und dass das Verbrechen im Sinne des Strafrechts eine solche Verletzung darstelle (vgl. Joas 2011: 102). Ein solcher Rechtsbegriff, den man in Deutschland vor allem mit Durkheims Zeitgenossen Eugen Ehrlich und dessen Anerkennungstheorie des Rechts verbindet (vgl. Ehrlich 1913: 132), hat sich indes in der Rechtssoziologie aus guten Gründen nicht durchsetzen können. Kollektive ›emotionale Energien‹ sind weder zu messen noch zu prognostizieren, so dass ein anerkennungstheoretischer und sozialpsychologischer Rechtsbegriff hochgradig unbestimmt bleiben muss. Darüber hinaus besteht in der pluralistischen Moderne regelmäßig gerade kein Konsens darüber, was Empörung verdient, wie etwa die unterschiedlichen gesellschaftlichen Reaktionen auf die Mohammed-Karikaturen der dänischen Tageszeitung *Jyllands-Posten* im Jahr 2005 verdeutlichen. Will sich der soziologische Rechtsbegriff nicht radikal pluralisieren, so muss er sich von seiner empirischen Anerkennung ebenso

**17** | Zur exemplarischen Bedeutung von Goethes Faust-Figur für die neuzeitliche ›Last der Selbstbehauptung vgl. Weitin 2013: 29-38.

emanzipieren wie von seiner empirischen Befolgung. In avancierten soziologischen Theorien des Rechts geschieht das einerseits durch die Betonung der Institutionalisierung des Rechts und der Möglichkeit seiner zwangsweisen Durchsetzung (vgl. Weber 1980: 17), andererseits und vor allem aber durch die Umstellung des Rechtsbegriffs von beobachtbaren Verhaltensmustern im Sinne der Lehre vom »lebenden Recht« (Ehrlich 1913: 33) hin zur Struktur normativen Erwartens (vgl. Luhmann 1972: 40-65 u. 105; 1993: 133-164). Rechtliche Erwartungen können notfalls auch gegen eine »massiv anders gerichtete Realität – kontrafaktisch – durchgehalten werden. Mit einer lakonischen Bemerkung von Niklas Luhmann: »Die Geschichte der Menschenrechte, lanciert in einer Gesellschaft mit Sklaverei, mit massenhaften Enteignungen politischer Gegner, mit drastischen Einschränkungen der Religionsfreiheit, kurz: in der amerikanischen Gesellschaft um 1776, zeigt, daß es möglich ist.« (Luhmann 1993: 34; vgl. dazu Gutmann 2013: 470) Die erfolgreiche Stabilisierung normativer Erwartungen setzt allerdings, insoweit kann der Zwangstheorie des Rechts gefolgt werden, eine Institution voraus, die mit der exklusiven Zuständigkeit für die Formulierung, Archivierung und Durchsetzung gesellschaftsweit verbindlicher (Rechts-)Normen ausgestattet ist. Für einen solchen Prozess der Ausdifferenzierung und Verselbständigung des Rechts ist es entscheidend, dass das Recht die Entstehung, Geltung und Durchsetzung von Rechtsnormen in eigene Regie nimmt. Zeichnen sich moderne Rechtsordnungen dadurch aus, dass die Bedingungen für die Geltung von Rechtsnormen selbst durch rechtliche Normen geregelt sind, so gilt, »dass Recht ist, was das Recht als Recht bestimmt« (Luhmann 1993: 143).

Die Institutionalisierung normativen Erwartens in Form der Ausdifferenzierung eines sich selbst stabilisierenden Rechtssystems ermöglicht dann aber gerade eine radikale Distanz gegenüber solchen individuellen und gruppenpsychologischen emotionalen Vorgängen, die Durkheim als »kollektive Efferveszenz« beschreibt.<sup>18</sup> Kollektive Efferveszenz und emotionale Energie bilden zugleich die zentralen Elemente von Randall Collins einflussreicher soziologischer Theorie der Interaktionsritualketten, die eine interaktionstheoretische Mikrofundierung der Entstehung des »Kults des Individuums« leisten soll (vgl. Koenig 2008: 34). Danach wird das Auftreten von potenziell strukturbildenden kollektiven emotionalen Erregungszuständen wahrscheinlich, wenn in einer gesellschaftlichen Situation vier Voraussetzungen erfüllt sind: Erforderlich ist zunächst die körperliche Ko-Präsenz von mindestens zwei Personen

---

**18** | Joas räumt ein, dass die leidenschaftliche gesellschaftliche Reaktion auf Straftaten durch den Rechtsstaat in Prozeduren gefasst und damit in emotionaler Hinsicht kanalisiert werden muss (vgl. Joas 2011: 102), wodurch das systematische Problem seines Ansatzes indes nicht gelöst, sondern nur offensichtlicher wird (vgl. Weitin 2013: 120).

(vgl. Collins 2004: 53-65). Diese Gruppe muss sich zweitens eindeutig nach außen abgrenzen, also über entsprechende In- und Exklusionsmechanismen verfügen, und drittens ihre Aufmerksamkeit auf einen gemeinsamen Gegenstand fokussieren. Viertens schließlich muss innerhalb der Gruppe eine geteilte emotionale Stimmung herrschen.

Ein solches vergleichsweise einfach gebautes Modell ist auf Interaktionen unter Anwesenden zugeschnitten. Die wichtigsten empirischen Anwendungsbeispiele bilden folgerichtig überschaubare Anwesenheitskulturen, etwa die sexuelle Interaktion von Liebespaaren und das Rauchen. Den Anspruch einer mikrosoziologischen Fundierung von Makrophänomenen, den Collins darüber hinaus erhebt, löst die Untersuchung dagegen nicht überzeugend ein. Inwiefern Interaktionsritualketten die Genese und Funktionsweise von normativ anspruchsvollen Rechtsinstituten wie der Menschenwürde erklären sollen, bleibt im Dunkeln. So dürfte sich die Interaktionstheorie von Collins zwar für die Beschreibung der Entstehung eines sogenannten Lynchmobs eignen, eine Form kollektiver Aufwallung, die man zuletzt in den deutschen Kleinstädten Leck und Emden beobachten konnte (vgl. Ostendorf u.a. 2012).<sup>19</sup> Die Bedingungen der Möglichkeit einer Rechtsordnung, die – gegen den massiven Druck der öffentlichen Meinung – dem verurteilten Kindermörder Gäfgen eine Entschädigung wegen der rechtswidrigen Androhung von Folter zugesteht, erfasst sie dagegen nicht.<sup>20</sup>

Die Vorfälle in Leck und Emden, wo die Forderung nach der Wiedereinführung der Todesstrafe für ›Kinderschänder‹ und die Idee des Verwirkens von Menschenrechten in kurzer Zeit breite Unterstützung in der Bevölkerung gefunden hatten, zeigen zudem, dass sich eine Theorie der Menschenrechte auf überaus dünnes Eis begibt, wenn sie sich von einem empirisch beobachtbaren ›Glauben‹ an die Menschenrechte und von emotionalen Werterfahrungen der Bevölkerung in Praktiken kollektiver Erregung abhängig macht. Dies bestätigen auch neuere empirische Erkenntnisse der Verhaltenspsychologie und Entscheidungstheorie, wonach wir uns nicht auf unsere moralischen Gefühle verlassen können, wenn es darum geht, schwere Menschenrechtsverletzungen durch Genozide zu verhindern. Vielmehr komme es auf die Stärkung rechtlicher und institutioneller Mechanismen zur Durchsetzung der Menschenrechte an (vgl. Slovic 2007: bes. 91). Das absolute Folterverbot in modernen Gesell-

---

**19** | Zum Lynchmob als Ausdruck kollektiver Effervescenz vgl. Garland 2010: 30. Garland weist darauf hin, dass viele der den Lynchmob kennzeichnenden Elemente auch für den Vollzug der Todesstrafe in Amerika gelten.

**20** | Vgl. Landgericht Frankfurt, Neue Juristische Online Zeitung 2012: 54-65; Landgericht Frankfurt, Neue Juristische Wochenschrift 2005: 692-696 sowie Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Neue Juristische Wochenschrift 2010: 3145-3150.

schaften mit Joas als einen kollektiv geteilten Wert zu betrachten, auf deren Verletzung die Gemeinschaft mit moralischer Empörung reagiert, ist daher schon empirisch nicht überzeugend. Wesentlich näher liegt die Frage, warum sich ein rechtlich verfasstes absolutes Folterverbot gegen die moralischen Intuitionen der Bevölkerung durchsetzen kann.

#### **4.2 Komplexität: Die notwendige Unschärfe des Sakralisierungsbegriffs**

Das Konzept der ›Sakralität der Person‹ erweist sich im Übrigen als zu unbestimmt, um die rechtliche Struktur und Funktion der Menschenwürdegarantie in der Konstellation der Rettungsfolter soziologisch angemessen zu beschreiben. Dies ergibt sich aus den oben dargestellten widersprüchlichen Auswirkungen der ›Sakralisierung der Person‹ in strafrechtlichen Kontexten. Hängt das Durchhalten des Folterverbots davon ab, ob in der ›kollektiven Effervescenz‹ die Empörung über die Straftat oder über die grausame Behandlung des Täters die Oberhand gewinnt, so entspricht das kaum der Struktur eines kategorischen Folterverbots. Eine Pointe, auf die bereits Christoph Möllers (Möllers 2011: 51) hingewiesen hat, besteht denn auch darin, dass Joas den Fall der Rettungsfolter in der Konstellation des Frankfurter Polizeipräsidenten Daschner ausdrücklich eher als »tragische Abwägungsentscheidung« (Joas 2011: 103) deutet, also als einen Fall, in dem das Folterverbot seiner Ansicht nach gerade nicht abwägungsfest gelten soll. Die ›Sakralität der Person‹ versagt als Garantie der Menschenwürde dann aber gerade in den Situationen, auf die es heute ankommt.

Bei distanzierterer Betrachtung zeigt das Beispiel, dass die zivilreligiöse Unterstellung eines gesellschaftlichen Wertekonsenses unscharf bleiben muss, wenn sie als übergreifendes kulturelles Deutungsmuster funktionieren soll: Darauf, dass die Würde der Person besonderen Schutz verdient, kann man sich einigen; ob daraus ein absolutes Verbot der Rettungsfolter folgt, ist bereits umstritten. Die rechtliche Bedeutung dessen, worauf die ›Sakralität der Person‹ verweist, bedarf daher teilsystemischer Operationalisierungsleistungen des Rechts, so wie umgekehrt eine spezifisch religiöse Deutung der ›Sakralität der Person‹ nur im Religionssystem erfolgen kann. Dass sich ›das Würdige‹ insoweit nur noch polyperspektivisch beschreiben lässt, verdeutlicht ein Bild von Niklas Luhmann: »das neutrale Licht der Zivilreligion [muss] gebrochen und zerlegt werden, damit die Farben erscheinen, in denen die Teilsysteme je ihre Prinzipien darstellen« (Luhmann 1981: 304).

### 4.3 Geschlossenheit: Das absolute Folterverbot als Errungenschaft neuzeitlichen Rechts

Worauf die Analyse dieses Beitrags hinausläuft, ist eine Deutung der Humanisierung des Strafrechts und der Durchsetzung eines absoluten Folterverbots, die sich genau gegenläufig zur These der ›Sakralisierung der Person‹ in der Lesart von Hans Joas verhält: Das absolute Folterverbot, als kontrafaktischer normativer Imperativ, ist – nicht anders als die Figur subjektiver Rechte – die evolutionäre Errungenschaft eines ausdifferenzierten Rechtssystems, das sich von der moralischen, religiösen und politischen Kommunikation entkoppelt hat. Wie gezeigt, ist es gerade die Befreiung des Strafrechts von seiner religiösen Fundierung, die den Weg für seine Humanisierung im Zuge der globalen Durchsetzung der Menschenrechte frei gemacht hat. Die normative Struktur des Folterverbots als ein aus dem Menschenwürdegrundsatz folgendes kategorisches Rechtsprinzip ist Ausdruck einer postkonventionellen Moral (vgl. Gutmann 2010), die sich systemisch als juristische Moral gegen die ›Flut und Ebbe‹ der moralischen Intuitionen ausdifferenziert und sich gerade in Situationen ›kollektiver Effervescenz‹ gegenüber dem Druck der Öffentlichkeit bewähren muss. Die mit der Menschenwürde gegebene Antwort auf das Problem der Begründung absoluter Verbote in säkularen Rechtsstaaten und die Theorie der Sakralisierung der Person unterscheiden sich dabei kategorial, da dem Sakralitätskonzept die Vorstellung individueller subjektiver Rechte, die den Ausgangs- und Endpunkt der Menschenrechtsdogmatik bilden, fremd ist oder jedenfalls äußerlich bleiben muss. Sakrale Objekte umgibt eine Aura, aus der ein – nicht weiter begründungsbedürftiges – Berührungsverbot im Sinne eines archaischen Tabus folgt. Der negativen Pflicht des Tabus korrespondiert dabei weder ein subjektives Recht, nicht verletzt zu werden, denn hierfür fehlt es bereits an einem Rechtssubjekt – die Formulierung ›sakrale Objekte‹ ist nicht zufällig –, noch wird die Sanktionierung des Tabubruchs durch subjektive Rechte des Tabubrechers begrenzt. Der Begriff der Sakralität entspricht somit der normativen Logik einer – primitiven – reinen Pflichtenethik, deren Überwindung eine entscheidende Voraussetzung für die Durchsetzung der Idee der Menschenrechte in der westlichen Rechtstradition bildete (vgl. Gutmann 2013: 450).

Versteht man die Menschenwürde dagegen als Ausdruck des basalen Achtungsanspruchs, den sich Personen als Träger gleicher subjektiver Rechte wechselseitig schulden, so bedeutet dies, dass auch der Menschenwürdegrundsatz von einem Begriff des subjektiven Rechts her zu konstruieren ist. Die Würde einer Person zu verletzen, bedeutet ihren Anspruch auf Anerkennung als Rechtsperson, als Wesen mit einem »Recht auf Rechtfertigung« (Forst 2011: 120), zu negieren. Die Aufgabe des Schutzes der Subjektstellung von Personen als Rechtspersonen kann das Recht – und nur das Recht – erfüllen, sofern und



solange ein autonomes Rechtssystem die Realität der Folter gemäß seiner eigenen Logik verarbeitet und die Grenzen zulässiger Strafen und strafprozessualer und polizeilicher Zwangsmittel positiv-rechtlich garantiert. Nur so steigen die Chancen, dass die Grenzen zulässiger staatlicher Gewaltanwendung nicht zum Gegenstand politischer Dezision werden, wie man das im US-amerikanischen ›Krieg gegen den Terror‹ beobachten kann. Säkularisierung im Sinne von funktionaler Differenzierung erweist sich somit als Bedingung der Möglichkeit, die Menschenwürde als ein kategorisches Rechtsprinzip – aus guten rechtlichen Gründen – zu garantieren.

Als eine solche bloße Möglichkeitsbedingung garantiert die Herausbildung eines autonomen Rechtssystems freilich nicht die langfristige Sicherung eines bestimmten inhaltlichen Menschenrechtsstandards. Wie verhält sich der vorliegende Ansatz also zu den von Joas zu Recht betonten Gefährdungen des erreichten menschenrechtlichen Standards in der europäischen Strafrechtskultur (vgl. Joas 2011: 104-107)? Was hindert ein autonomes Rechtssystem daran, das absolute Folterverbot aufzugeben und die Menschenwürde utilitaristischen Kosten-Nutzen-Abwägungen zugänglich zu machen? Die Antwort variiert mit dem Abstraktionsgrad der Betrachtung. Vom Standpunkt abstrakter soziologischer Rechtstheorie ist das moderne positive Recht gerade durch seine jederzeitige Änderbarkeit gekennzeichnet, so dass es keine ›Ewigkeitsgarantie‹ für eine bestimmte rechtliche Deutung des Menschenwürdegrundsatzes geben kann. Nimmt man dagegen die Evolution konkreter Rechtsordnungen in den Blick, so wird deutlich, dass einmal aufgebaute rechtliche Grundstrukturen über ein beachtliches Potenzial der Selbststabilisierung verfügen, indem sie die Anschlussbedingungen formulieren, an die jede künftige rechtliche Entscheidung anknüpfen muss. So erzeugt etwa die rechtsintern – insbesondere durch die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – aufgebaute normative Funktionslogik der Menschenwürde als ein kategorisches Rechtsprinzip, das zugleich den ›Menschenwürdegehalt‹ der individuellen Grundrechte abwägungsfest abschirmt, erhebliche Widerstände gegen einen instrumentellen Umgang mit der Menschenwürde (vgl. dazu Gutmann 2010). Die Widerständigkeit des Grund- und Menschenrechtsstandards des Grundgesetzes, das den Menschenwürdegrundsatz über die ›Ewigkeitsgarantie‹ des Art. 79 Abs. 3 GG zusätzlich gegen politische Übergriffe immunisiert, bedeutet praktisch vor allem, dass diejenigen, die die Menschenwürde einer instrumentellen Abwägung öffnen möchten, erhebliche normative Argumentationslasten tragen.

Mit der Last der Argumentation ist – neben der Orientierung an subjektiven Rechten – das zweite zentrale Element angesprochen, durch das sich moderne Rechtsinstitute von einem Konzept der ›Sakralisierung der Person‹ unterscheiden: Moderne Grund- und Menschenrechtsstandards sind, gerade weil ihr Fortbestand kontingent ist, immer wieder aufs Neue begründungs-

bedürftig. Auch einmal erreichte normative Standards können sich nicht im Wege der Sakralisierung der rechtsinternen Suche nach guten – notwendig säkularen (vgl. dazu Huster 2002; Fateh-Moghadam 2014) – rechtlichen Gründen für ihre zukünftige Verfestigung oder Verflüssigung im positiven Recht entziehen. Die Last der Begründung von normativen Standards, der sich das Konzept der ›Sakralisierung der Person‹ entzieht, bildet das Fundament dessen, was Thomas Gutmann »normative Moderne« (Gutmann 2013: 448-453) nennt. Die Menschenwürde als Rechtsbegriff und das absolute Verbot der Folter sind durch gute Gründe motiviert und nicht durch kontrafaktisch behauptete diffuse emotionale Energien. Epochale moralische Unrechtserfahrungen, wie die durch die Nationalsozialisten begangenen Menschenrechtsverletzungen, gewinnen allenfalls dann langfristig eine gesellschaftsweit verbindliche Relevanz, wenn es gelingt, diese über rechtsinterne Operationen institutionell zu vermitteln. Das Medium für die Archivierung und Stabilisierung moralischer Erfahrungen ist in modernen Gesellschaften das positive Recht. Damit verbunden ist eine Transformation von moralischen Intuitionen in komplexe post-konventionelle rechtliche Begründungsniveaus, die außerhalb spezialisierter Funktionssysteme gar nicht zu leisten wäre. Ein solches Archiv bilden etwa, um ein greifbares Beispiel zu geben, die bislang 132 Bände der *Amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, die die verfassungsrechtlichen Anschlussbedingungen für die Beantwortung der Frage formulieren, wie der Staat mit einem Menschen keinesfalls umgehen darf.

Dass dies keine Garantie für langfristiges institutionelles Lernen aus den Erfahrungen historischen Unrechts bedeutet, wird insbesondere dann augenscheinlich, wenn man einen globalen Maßstab anlegt. Es dürfte vor allem die Aufgabe einer weiteren institutionellen Verankerung der Menschenrechte auf den Ebenen inter- und transnationaler Rechtsordnungen sein (vgl. dazu Walter 2012), deren grundsätzliche Bedeutung auch von Hans Joas nicht in Frage gestellt wird (vgl. Joas 2011: 281), von der der Erfolg des Projekts einer »globalen normativen Moderne« (Gutmann 2013; Schmidt 2013) abhängt.

## LITERATUR

- Assmann, Jan (2002): »Gerechtigkeit, Vergänglichkeit und Gedächtnis im alten Ägypten«, in: *Akademie-Journal. Magazin der Union der Deutschen Akademien der Wissenschaften* 2, S. 62-66.
- (2006): *Ma'at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten*, München: C. H. Beck.
- Blumenberg, Hans (1996): *Die Legitimität der Neuzeit. Erneuerte Ausgabe*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2006): »Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation«, in: Ders. (Hg.): *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 92-114 (Erstveröffentlichung 1967, in: *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart: Kohlhammer, S. 75-94).
- Collins, Randall (2004): *Interaction Ritual Chains*, Princeton: Princeton University Press.
- Dreier, Horst (2013): *Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Durkheim, Émile (1900): »Deux Lois De L'Évolution Pénale«, in: *L'Année Sociologique* 4, S. 65-95.
- (1968): *Les formes élémentaires de la vie religieuse. Le système totémique en Australie*, Paris: Presses Universitaires de France (Originalausgabe: Paris: Alcan, 1912).
- (1969): »Two Laws of Penal Evolution«, in: *Cincinnati Law Review* 38, S. 32-60.
- (1981): *Die elementaren Formen des religiösen Lebens*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- (1984): *Erziehung, Moral und Gesellschaft. Vorlesung an der Sorbonne 1902/1903. Mit einer Einleitung von Paul Fauconnet*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- (1986): »Der Individualismus und die Intellektuellen«, in: Hans Bertram (Hg.): *Gesellschaftlicher Zwang und moralische Autonomie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, S. 54-70.
- (1992): *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften. Mit einer Einleitung von Niklas Luhmann*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- (1999): *Physik der Sitten und des Rechts. Vorlesungen zur Soziologie der Moral*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- (2007): *Die elementaren Formen des religiösen Lebens*, Frankfurt a.M.: Verlag der Weltreligionen im Inselverlag.
- Ehrlich, Eugen (1913): *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München: Duncker & Humblot.
- Fateh-Moghadam, Bijan (2014): »Religiös-weltanschauliche Neutralität und Geschlechterordnung: Strafrechtliche Burka-Verbote zwischen Paternalismus und Moralismus«, in: Barbara Stollberg-Rilinger (Hg.): *»Als Mann und Frau schuf er sie«*. *Religion und Geschlecht*, Würzburg: Ergon, S. 181-213.
- Forst, Rainer (Hg.) (2000): *Toleranz. Philosophische Grundlagen und gesellschaftliche Praxis einer umstrittenen Tugend*, Frankfurt a.M.: Campus.
- (2011): *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik*, Berlin: Suhrkamp.
- Frankenberg, Günter (2010): *Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, Berlin: Suhrkamp.

- Gabriel, Karl/Gärtner, Christel/Pollack, Detlef (Hg.) (2012): *Umstrittene Säkularisierung. Soziologische und historische Analysen zur Differenzierung von Religion und Politik*, Berlin: Berlin University Press.
- Garland, David (1994): *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- (2010): *Peculiar Institution. America's Death Penalty in an Age of Abolition*, Oxford: Oxford University Press.
- Gutmann, Thomas (2010): »Einige Überlegungen zur Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff«, in: Thomas Weitin (Hg.): *Wahrheit und Gewalt. Der Diskurs der Folter in Europa und den USA*, Bielefeld: Transcript, S. 17-40.
- (2013): »Religion und normative Moderne«, in: Willems u.a. (Hg.): *Moderne und Religion*, S. 447-488.
- Graf, Friedrich Wilhelm (2004): *Die Wiederkehr der Götter. Religion in der modernen Kultur*, München: C. H. Beck.
- Hörnle, Tatjana (2007): »Die Menschenwürde: Gefährdet durch eine ›Dialektik der Säkularisierung‹ oder ›Religion der Moderne‹?«, in: Walter Schweidler (Hg.): *Postsäkulare Gesellschaft. Perspektiven interdisziplinärer Forschung*, Freiburg i.Br.: Karl Alber, S. 170-189.
- (2011): *Straftheorien*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hollier, Denis (Hg.) (2012): *Das Collège de Sociologie 1937-1939. Editorisch bearbeitet und mit einem Nachwort versehen von Irene Albers und Stephan Moebius*, Berlin: Suhrkamp.
- Huster, Stefan (2002): *Die ethische Neutralität des Staates*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hübinger, Gangolf (2008): »Säkularisierung«. Ein umstrittenes Paradigma der Kulturgeschichte«, in: Ute Schneider u.a. (Hg.): *Dimensionen der Moderne. Festschrift für Christof Dipper*, Frankfurt a.M.: Peter Lang, S. 93-106.
- Isensee, Josef (2006): »Menschenwürde. Die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten«, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 131, S. 173-218.
- Joas, Hans (2004): *Braucht der Mensch Religion? Über Erfahrungen der Selbsttranszendenz*, Freiburg i.Br.: Herder.
- (2006): »Strafe und Respekt«, in: *Leviathan. Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaft* 34, S. 15-29.
- (2011): *Die Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte*, Berlin: Suhrkamp.
- (2012): »Gefährliche Prozessbegriffe. Eine Warnung vor der Rede von Differenzierung, Rationalisierung und Modernisierung«, in: Gabriel u.a. (Hg.): *Umstrittene Säkularisierung*, S. 603-622.
- Koenig, Matthias (2002): *Menschenrechte bei Durkheim und Weber. Normative Dimensionen des soziologischen Diskurses der Moderne*, Frankfurt a.M.: Campus.

- (2008): »Wie weiter mit Émile Durkheim?«, in: Hamburger Institut für Sozialforschung (Hg.): *Wie weiter mit ...?*, Hamburg: Hamburger Edition HIS.
- Koschorke, Albrecht (2013): »Säkularisierung« und »Wiederkehr der Religion«. Zu zwei Narrativen der europäischen Moderne«, in: Willems u.a. (Hg.): *Moderne und Religion*, S. 237-260.
- Luhmann, Niklas (1972): *Rechtssoziologie*, 2 Bde., Hamburg: Rowohlt.
- (1981): »Grundwerte als Zivilreligion. Zur wissenschaftlichen Karriere eines Themas«, in: Ders.: *Soziologische Aufklärung 3. Soziales System*. Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 293-308.
- (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Lukes, Steven (2013): »Ist Durkheims Religionsverständnis mit dem Glauben vereinbar?«, in: *Berliner Journal für Soziologie* 22, S. 457-472.
- Möllers, Christoph (2011): »Etwas am Menschen ist heilig«, in: *Die Zeit* vom 13.10.2011, S. 51.
- Müller, Hans-Peter (2009): »Emile Durkheims Moralpolitik des Individualismus«, in: *Berliner Journal für Soziologie* 19, S. 227-247.
- Ostendorf, Heribert/Frahm, Lorenz N./Doege, Felix (2012): »Internetaufrufe zur Lynchjustiz und organisiertes Mobbing«, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 32, S. 529-538.
- Pollack, Detlef (2011): »Historische Analyse statt Ideologiekritik. Eine historisch-kritische Diskussion über die Gültigkeit der Säkularisierungstheorie«, in: *Geschichte und Gesellschaft* 37, S. 482-522.
- Rémond, René (2000): *Religion und Gesellschaft in Europa. Von 1789 bis zur Gegenwart*, München: C. H. Beck.
- Riesebrodt, Martin (2001): *Die Rückkehr der Religionen. Fundamentalismus und der »Kampf der Kulturen«*, München: C. H. Beck.
- Schmidt, Volker (2013): »Globale Moderne. Skizze eines Konzeptualisierungsversuchs«, in: Willems u.a. (Hg.): *Moderne und Religion*, S. 27-73.
- Seelmann, Kurt (2010): »Die Verlagerung des Tabus ins Subjekt«, in: Felix Herzog/Ulfrid Neumann (Hg.): *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg: C. F. Müller, S. 249-258.
- Slovic, Paul (2007): »If I look at the mass I will never act: Psychic numbing and genocide«, in: *Judgment and Decision Making* 2, S. 79-95.
- Stein, Tine (2007): *Himmliche Quellen und irdisches Recht. Religiöse Voraussetzungen des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Frankfurt a.M.: Campus.
- Terrier, Jean (2013): »Auch in unserer Zeit werden Götter in den Massen geboren«. Emile Durkheims Erklärungsansätze zur Entstehung gesellschaftlicher Ideale in der Moderne«, in: *Berliner Journal für Soziologie* 22, S. 497-516.
- The Hedgehog Review (2006): *After Secularization* 8, Heft 1-2.
- Walter, Christian (2012): »Normenbegründung als Lernprozess? Zur Tradition der Grund- und Menschenrechte«, in: Ludwig Siep/Thomas Gutmann/

- Bernhard Jakl/Michael Städtler (Hg.): *Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen. Zum Verhältnis von Religion und Politik in der Philosophie der Neuzeit und in rechtssystematischen Fragen der Gegenwart*, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 269-293.
- Weber, Max (1980): *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Weitin, Thomas (2012): »Der Fall der Folter – ein Diskurs aus Akten. Eine Räubergeschichte aus der Frühen Neuzeit als Medium der Gewaltdarstellung«, in: Ders./Burkhardt Wolf (Hg.): *Gewalt der Archive. Studien zur Kulturgeschichte der Wissensspeicherung*, Konstanz: Konstanz University Press, S. 211-233.
- Weitin, Thomas (2013): *Freier Grund. Die Würde des Menschen nach Goethes Faust*, Konstanz: Konstanz University Press.
- Willems, Ulrich/Pollack, Detlef/Basu, Helene/Gutmann, Thomas/Spohn, Ulrike (Hg.) (2013): *Moderne und Religion. Kontroversen um Modernität und Säkularisierung*, Bielefeld: transcript.
- Willoweit, Dietmar (2013): »Die Sakralisierung des Rechts«, *Juristenzeitung* 68, S. 157-163.