

# Jürgen Habermas

## Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?

Ich will die These verteidigen, daß die Autonomisierung des Rechtssystems keine vollständige Entkoppelung des Rechts von Moral einerseits, Politik andererseits bedeuten kann. Auch das positiv gewordene Recht kappt nicht seine internen Beziehungen zu Moral und Politik. In einem ersten Teil werde ich grob skizzieren, wie sich das moderne Recht mit Hilfe des Vernunftrechts aus dem traditionellen Komplex von Moral, Recht und Politik ausdifferenziert hat. Im mittleren Teil wird uns die Frage beschäftigen, wie aus dem Zusammenbruch des Vernunftrechts eine Idee des Rechtsstaates hervorgeht, die einer Gesellschaft von hoher Komplexität und beschleunigtem Wandel nicht nur ohnmächtig gegenüberstehen muß. Im abschließenden Teil will ich aus einer internen Perspektive untersuchen, wie sich heute Recht und Moral gleichzeitig ergänzen und verschränken.

### *I. Vernunft und Positivität: Zur Verschränkung von Recht, Politik und Moral*

(1) Wenn wir uns klar machen wollen, warum die Ausdifferenzierung des Rechts dessen interne Verschränkung mit Politik und Moral keineswegs vollständig auflöst, empfiehlt sich ein Rückblick auf die Entstehung des positiven Rechts. Dieser Vorgang hat sich in Europa vom ausgehenden Mittelalter bis zu den großen Kodifikationen des 18. Jahrhunderts erstreckt. Auch in den Ländern des Common-Law wird das Gewohnheitsrecht unter dem Einfluß akademisch gebildeter Juristen durch römisches Recht überformt; dabei wird es sukzessiv an Verkehrsbedingungen einer entstehenden kapitalistischen Wirtschaft und an die bürokratisierte Herrschaft des sich ausbildenden Territorialstaats angepaßt. Diesen verschlungenen, variantenreichen, schwer überschaubaren Prozeß will ich hier lediglich auf eine Pointe bringen, die in unserem rechtsphilosophischen Zusammenhang interessiert. Was die Positivierung des Rechts philosophisch bedeutet, läßt sich vor dem Hintergrund der dreigliedrigen Struktur des zerfallenden mittelalterlichen Rechtssystems besser erklären.

Aus einer gewissen Distanz erkennt man in unseren heimischen Traditionen Entsprechungen zu jenen drei Elementen, die nach den Einsichten der vergleichenden Rechtssoziologie für die Rechtskultur der Alten Reiche typisch gewesen sind.<sup>1</sup> Das Rechtssystem wird jeweils überwölbt durch ein von theologischen und juristischen Fachleuten exegetisch verwaltetes sakrals Recht; sein Kernstück bildet das bürokratische, vom König oder Kaiser, der zugleich oberster Gerichtsherr ist, in Übereinstimmung mit den geheiligten Rechtstraditionen gesetzte Recht. Beide

<sup>1</sup> R. M. Unger, *Law and Society* (New York 1976).

Rechtstypen überformten das in der Regel ungeschriebene Gewohnheitsrecht, das in letzter Instanz auf stammesrechtliche Überlieferungen zurückgeht. Im europäischen Mittelalter lagen die Dinge insofern etwas anders, als das kanonische Recht der katholischen Kirche ohne Unterbrechung das hohe rechtechnische und begriffliche Niveau des *klassischen römischen Rechts* fortsetzte, während das Herrscherrecht der kaiserlichen Erlasse und Kapitularien auch schon vor der Wiederentdeckung des *Corpus Justinianum* wenigstens an die Idee des römischen Imperiums anknüpfte. Selbst das Gewohnheitsrecht verdankte sich der gemischten römisch-germanischen Rechtskultur der weströmischen Provinzen und wurde seit dem 12. Jahrhundert schriftlich tradiert. Aber in den wesentlichen Zügen wiederholt sich die aus allen Hochkulturen bekannte Struktur – die Verzweigung in sakrales und profanes Recht, wobei das sakrale Recht im Horizont einer der großen Weltreligionen der Ordnung des Kosmos oder dem Heilsgeschehen integriert ist. Dieses göttliche oder natürliche Recht steht dem politischen Herrscher nicht zur Disposition. Es gibt vielmehr den legitimierenden Rahmen vor, innerhalb dessen der Herrscher über die Funktionen der Rechtsprechung und der bürokratischen Rechtssetzung seine profane Herrschaft ausübt. In diesem Zusammenhang spricht M. Weber vom »Doppelreich der traditionalen Herrschaft«.<sup>2</sup>

Auch im Mittelalter bleibt dieser traditionale Charakter des Rechts erhalten. Alles Recht entlehnt seinen Geltungsmodus der göttlichen Herkunft des christlich verstandenen Naturrechts. Neues Recht kann nur im Namen der Reformation oder Wiederherstellung des guten alten Rechts geschaffen werden. Die Bindung ans traditionale Rechtsverständnis enthält schon eine interessante Spannung, die zwischen den beiden Elementen des Herrscherrechts besteht. Als oberster Gerichtsherr untersteht der Herrscher dem sakralen Recht. Nur so kann sich dessen Legitimität auf die weltliche Macht übertragen. Aus der pietätvollen Wahrung der unantastbaren Rechtsordnung erwächst eine Legitimitätsprämie für die Ausübung der politischen Herrschaft überhaupt. Zugleich macht aber der Herrscher an der Spitze einer nach Ämtern organisierten Verwaltung auch vom Recht als einem Medium Gebrauch, das seinen Befehlen beispielsweise in der Form von Edikten und Erlassen kollektive Verbindlichkeit verleiht. Auf dieser Seite kann das Recht als Mittel der bürokratischen Herrschaftsausübung allerdings nur so lange Ordnungsfunktionen erfüllen, wie es auf der anderen Seite in Gestalt geheiligter Rechtstraditionen zugleich den nichtinstrumentellen, unverfügaren Charakter behält, den der Herrscher in der Rechtsprechung respektieren muß. Zwischen diesen beiden Momenten – der Unverfügbarkeit des in der gerichtlichen Konfliktregelung vorausgesetzten Rechts, der Instrumentalität des für die Herrschaftsordnung in Dienst genommenen Rechts – besteht eine unaufgelöste Spannung. Sie bleibt unauffällig, solange die sakrale Grundlage des Rechts nicht angefochten wird und der Sockel des traditionsfesten Gewohnheitsrechts in der Alltagspraxis fest verankert ist.<sup>3</sup>

(2) Wenn man nun davon ausgeht, daß in modernen Gesellschaften genau diese beiden Bedingungen immer weniger erfüllt werden können, kann man sich die Positivierung des Rechts als eine Reaktion auf solche Veränderungen erklären.<sup>4</sup> In dem Maße, wie die religiösen Weltbilder privatisierten Glaubensmächten weichen und die gewohnheitsrechtlichen Überlieferungen auf dem Wege über den usus modernus vom gelehrt Recht absorbiert werden, muß die dreigliedrige Struktur

<sup>2</sup> Vgl. dazu W. Schlüchter, *Die Entwicklung des okzidentalen Rauonalismus* (Tübingen 1980).

<sup>3</sup> Vgl. H. Schlosser, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte* (Heidelberg 1982).

<sup>4</sup> Diesen internen Aspekt vernachlässigt die funktionalistische Deutung des Positivierungsschubs; vgl. N. Luhmann, *Rechtssoziologie* (Opladen 1983).

des Rechtssystems zerbrechen. Das Recht schrumpft auf eine Dimension zusammen und besetzt nur noch den Platz, den bis dahin das bürokratische Herrscherrecht eingenommen hatte. Die politische Gewalt des Herrschers emanzipiert sich von der Bindung ans sakrale Recht und wird souverän. Ihr fällt die Aufgabe zu, die Lücke, die das theologisch verwaltete Naturrecht hinterlassen hat, aus eigener Kraft durch politische Gesetzgebung zu füllen. Fortan fließt alles Recht aus dem souveränen Willen des politischen Gesetzgebers. Gesetzgebung, Vollzug und Anwendung der Gesetze werden zu drei Momenten innerhalb eines einzigen, politisch gesteuerten Kreisprozesses; sie bleiben es auch dann, wenn sie sich institutionell nach Staatsgewalten differenzieren.

Dadurch verändert sich das Verhältnis jener beiden Momente der Unverfügbarkeit und der Instrumentalität des Rechts. Bei hinreichender Differenzierung der Rollen, darin liegt ja die Bedeutung der Gewaltenteilung, werden die Gesetzesprogramme zwar der Rechtsprechung vorgegeben. Aber kann vom beliebig änderbaren politischen Recht noch eine ähnlich verpflichtende Autorität ausgehen wie zuvor vom unverfüglichen sakralen Recht? Bewahrt das positive Recht überhaupt noch einen verpflichtenden Charakter, wenn es seinen Geltungsmodus nicht mehr, wie das bürokratische Herrscherrecht im traditionalen Rechtssystem, einem vorgängigen und übergeordneten Recht entlehnen kann? Auf diese Fragen hat der Rechtspositivismus immer wieder affirmative Antworten gegeben.<sup>5</sup> In der einen Variante wird das Recht überhaupt seines normativen Charakters beraubt und nur noch instrumentell definiert: Es gilt als der Befehl eines Souveräns (Austin). Dabei verschwindet das Moment der Unverfügbarkeit als metaphysisches Relikt. Die andere Variante des Rechtspositivismus hält fest an der Prämisse, daß das Recht seine Kernfunktion der gerichtlichen Konfliktregelung nur solange erfüllen kann, wie den angewendeten Gesetzen ein Moment von Unverfügbarkeit erhalten bleibt. Aber dieses Moment darf nun nur noch an der Form des positiven Rechts, nicht mehr an naturrechtlichen Inhalten haften (Kelsen). Aus dieser Sicht bleibt das von Politik und Moral getrennte Rechtssystem, mit der Rechtsprechung als seinem institutionellen Kern, als der einzige Ort zurück, wo das Recht aus eigener Kraft seine Form und damit seine Autonomie wahren kann. Beide Male ergibt sich die Konsequenz, daß die durchs sakrale Recht gegebene metasoziale Garantie der Rechtsgeltung ersatzlos entfallen kann.

Die historischen Ursprünge des modernen wie des traditionalen Rechts sprechen gegen diese These. Recht überhaupt geht nämlich der Entstehung politischer, d. h. staatlich organisierter Herrschaft voraus, während staatlich sanktioniertes Recht und rechtlich organisierte Staatsgewalt in der Form politischer Herrschaft gleichzeitig entstehen.<sup>6</sup> Es scheint so zu sein, daß die archaische Rechtsentwicklung das Auftreten einer politischen Herrschaftsgewalt, in der staatliche Macht und staatliches Recht sich wechselseitig konstituieren, erst ermöglicht hat. Bei dieser Konstellation läßt sich schwer vorstellen, daß jemals das Recht entweder durch die Politik vollständig aufgesaugt oder von der Politik ganz abgespalten werden könnte. Zudem läßt sich zeigen, daß bestimmte Strukturen des moralischen Bewußtseins beim Zustandekommen der Symbiose von Recht und staatlicher Macht eine wichtige Rolle gespielt haben. Eine ähnliche Rolle spielt das moralische Bewußtsein beim Übergang vom traditionalen Recht zum profanen, durchs staatliche Gewaltmonopol abgesicherten und dem politischen Gesetzgeber zur Disposition gestellten positiven Recht. Jenes Moment Unverfügbarkeit, das auch noch im modernen Recht

<sup>5</sup> N. Hörster, *Recht und Moral* (Göttingen 1972).

<sup>6</sup> Zum Folgenden vgl. U. Wessl, *Frühformen des Rechts* (Frankfurt 1984).

ein unverzichtbares Gegengewicht bildet zur politischen Instrumentalisierung des Rechtsmediums, verdankt sich der Verschränkung von Politik und Recht mit Moral.

(3) Diese Konstellation stellt sich zum ersten Mal her mit der Symbiose von Recht und staatlicher Macht. In neolithischen Stammesgesellschaften<sup>7</sup> sind typischerweise drei Mechanismen für die Regelung innerer Konflikte in Kraft: Praktiken der Selbsthilfe (Fehde und Blutrache), die rituelle Anrufung magischer Mächte (Orakel, Zweikampf) und die schiedsrichterliche Vermittlung als friedliches Äquivalent für Gewalt und Zauberei. Solchen Vermittlern fehlt noch die Kompetenz, den Streit der Parteien bindend oder autoritativ zu entscheiden und das Urteil gegen verwandtschaftliche Loyalitäten durchzusetzen. Neben dem Merkmal der Erzwingbarkeit fehlen auch Gerichtshöfe und Gerichtsverfahren. Zudem bleibt das Recht mit Sitte und religiösen Vorstellungen noch so eng verschwistert, daß genuin rechtliche von anderen Phänomenen schwer abzugrenzen sind. Das allen Formen der Konfliktregelung zugrundeliegende Gerechtigkeitskonzept ist in die mythische Deutung der Welt verwoben. Rache, Vergeltung, Entschädigung dienen der Wiederherstellung einer gestörten Ordnung. Diese aus Symmetrien und Gegenseitigkeiten konstruierte Ordnung erstreckt sich gleichermaßen auf einzelne Personen und Verwandtschaftsgruppen wie auf Natur und Gesellschaft im ganzen. Die Schwere des Verbrechens bemäßt sich an den Konsequenzen der Tat, nicht an den Intentionen des Täters. Eine Sanktion hat den Sinn einer Kompensation des entstandenen Schadens, nicht den der Bestrafung eines Täters, der sich einer Normverletzung schuldig gemacht hat.

Diese konkretistischen Gerechtigkeitsvorstellungen erlauben noch nicht die Trennung zwischen Rechts- und Tatsacheofragen. Im archaischen Rechtsgang fließen normative Urteile, kluge Interessenabwägungen und Tatsachenbehauptungen ineinander. Es fehlen Begriffe wie Zurechnungsfähigkeit und Schuld; Vorsatz und Fahrlässigkeit werden nicht unterschieden. Was zählt, ist der objektiv verursachte Schaden. Es gibt keine Trennung von Privatrecht und Strafrecht; alle Rechtsverletzungen sind gewissermaßen Delikte, die Schadensersatz verlangen. Solche Unterscheidungen werden erst möglich, wenn ein ganz neues Konzept auftritt und die Welt der moralischen Vorstellungen revolutioniert. Ich meine den Begriff der situationsunabhängigen, den streitenden Parteien wie auch dem unparteilichen Schiedsrichter übergeordneten, also vorgängig und generell als verbindlich anerkannten Rechtsnorm. Um diesen Kern kristallisiert sich das, was L. Kohlberg ein konventionelles moralisches Bewußtsein nennt. Ohne ein solches Normkonzept kann der Schiedsrichter die streitenden Parteien nur dazu überreden, Kompromisse zu schließen. Dabei mag er das persönliche Ansehen, das er seinem Status, seinem Reichtum oder seinem Alter verdankt, als Einfluß geltend machen. Aber politische Macht fehlt ihm; an die unpersönlich verpflichtende Autorität eines Gesetzes und die moralische Einsicht der Beteiligten kann er noch nicht appellieren.<sup>8</sup>

Ich schlage nun folgendes Gedankenexperiment vor: Nehmen wir einmal an, daß sich, bevor so etwas wie eine staatliche Autorität entsteht, konventionelle Rechts- und Moralvorstellungen bilden. Dann könnte sich beispielsweise ein streitschlichtender Häuptling schon auf den verpflichtenden Charakter anerkannter Rechtsnormen stützen; aber der moralischen Verbindlichkeit seines Urteils könnte er noch nicht den faktisch zwingenden Charakter eines staatlichen Sanktionspotentials hinzufügen. Dennoch müßte sich die Rolle des Häuptlings, dessen Führungsrolle

<sup>7</sup> Vgl. U. Wezel, a. a. O., S. 329 ff.

<sup>8</sup> L. Pospisil, Anthropologie des Rechts. Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen (München 1981).

bis dahin allein auf faktischem Einfluß und Prestige beruhte, folgenreich ändern. Drei Sequenzen sind wichtig in diesem Szenario. Ein solcher Häuptling hätte als Wahrer intersubjektiv anerkannter Normen erstens teil an der Aura des von ihm verwalteten Rechts. Die normative Autorität des Rechts könnte sich von der Kompetenz des Richters auf die damit in Personalunion verbundene Befehlsmacht des Häuptlings im ganzen übertragen. Unmerklich verwandelte sich dann die faktische Macht des Einflußreichen in die normativ autorisierte Macht eines Befehls-habers, der nun kollektiv bindende Entscheidungen treffen kann. Daraufhin müßte sich zweitens die Qualität der richterlichen Entscheidung selbst ändern. Hinter den moralisch verpflichtenden Rechtsnormen stünde nicht mehr nur der Konformitätsdruck des Stammes oder der faktische Einfluß eines Prominenten, sondern die Sanktionsdrohung eines legitimen Herrschers. So entstünde der ambivalente, Anerkennung und Zwang fusionierende Geltungsmodus staatlichen Rechts. Mit diesem würde aber der politische Herrscher drittens ein Medium gewinnen, mit dessen Hilfe er eine Ämterorganisation schaffen und seine Herrschaft bürokratisch ausüben kann. Als Organisationsmittel erhält dadurch das Recht neben dem Aspekt der Unverfügbarkeit objektiven Rechts auch einen instrumentellen Aspekt.

Obwohl diese Überlegungen auch einen empirischen Gehalt haben<sup>9</sup>, geht es mir in erster Linie um die Klärung konzeptueller Beziehungen. Erst in komplexer werden-den Weltbildern bildet sich ein moralisches Bewußtsein konventioneller Stufe aus; erst ein Bewußtsein von traditional verankerten und moralisch verpflichtenden Normen ermöglicht die Umwandlung von faktischer Macht in normative; erst die Verfügung über legitime Macht erlaubt die politische Durchsetzung von Rechtsnor-men; erst zwingendes Recht kann für die Organisation staatlicher Macht genutzt werden. Wenn man diese Verschränkung von religiös eingebetteter Moral, rechtlich legitimierter Herrschaft und rechtsförmig organisierter staatlicher Verwaltung im einzelnen analysiert, wird die Unhaltbarkeit der beiden genannten positivistischen Rechtskonzepte klar.

(4) Die Reduktion von Rechtsnormen auf Befehle des politischen Gesetzgebers bedeutet, daß sich Recht in Politik gleichsam auflöst. Damit zerstört sich aber der Begriff des Politischen selbst. Unter dieser Prämisse kann jedenfalls politische Herrschaft nicht mehr als rechtlich legitimierte Macht verstanden werden; denn ein der Politik vollständig verfügbar gewordenes Recht verliert seine legitimierende Kraft. Sobald Legitimation als Eigenleistung der Politik vorgestellt wird, geben wir unsere Begriffe von Recht und Politik auf. Die gleiche Konsequenz ergibt sich für die andere Auffassung, daß das positive Recht seine Autonomie aus eigener Kraft, d.h. durch die dogmatischen Leistungen einer gesetzestreuven, aber gegenüber Politik und Moral verselbständigtten Justiz aufrechterhalten könne. Sobald die Rechtsgeltung jeden über die Dezision des Gesetzgebers hinausgreifenden moralischen Bezug zu Aspekten der Gerechtigkeit einbüßt, wird die Identität des Rechts selber diffus. Dann fehlen nämlich die legitimierenden Gesichtspunkte, unter denen das Rechtssystem auf die Bewahrung einer bestimmten Struktur festgelegt werden könnte.

Vorausgesetzt, daß moderne Gesellschaften nicht überhaupt auf Recht verzichten (auch nicht unter dem beibehaltenen Pseudonym von »Recht« eine funktional äquivalente, aber ganz andere Art von Praxis betreiben) können, schafft die Positi-vierung des Rechts schon aus konzeptuellen Gründen ein Folgeproblem. Für das entzauberte sakrale Recht – und für ein entleertes, substanzlos gewordenes Ge-

<sup>9</sup> K. Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften* (Frankfurt 1976); J. Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus* (Frankfurt 1976).

wohnheitsrecht – muß ein Äquivalent gefunden werden, welches dem positiven Recht ein Moment Unverfügbarkeit erhalten kann. Ein solches Äquivalent ist zunächst in Gestalt des Vernunftrechts entwickelt worden, das ja nicht nur rechtsphilosophische, sondern für die großen Kodifikationen und die richterliche Praxis der Rechtsfortbildung eine unmittelbar rechtsdogmatische Bedeutung gehabt hat.<sup>10</sup> Ich möchte in unserem Zusammenhang die Aufmerksamkeit auf zwei Punkte lenken: a) Im Vernunftrecht artikuliert sich eine neue, posttraditionale Stufe des moralischen Bewußtseins, die das moderne Recht von Prinzipien abhängig macht und auf Verfahrensrationale umstellt. b) Je nachdem, ob die Positivierung des Rechts als solche oder ob der daraus entstandene Begründungsbedarf als erklärbungsbedürftiges Phänomen in den Vordergrund rückte, sind die Sozialvertragstheorien in entgegengesetzten Richtungen entwickelt worden. So oder so haben sie aber zwischen den Momenten der Unverfügbarkeit und der Instrumentalität des Rechts keine plausible Beziehung herstellen können.

ad a). Das Vernunftrecht reagiert auf den Zerfall des religiös und metaphysisch begründeten Naturrechts und auf die Entmoralisierung einer zunehmend naturalistisch gedeuteten, auf Selbstbehauptungsinteressen umgestellten Politik. Sobald sich der gewaltmonopolisierende Staat in der Rolle des souveränen Gesetzgebers einen exklusiven Zugriff aufs Recht verschafft, droht dem zum Organisationsmittel herabgesetzten Recht jeder Bezug zur Gerechtigkeit, und damit der genuine Rechtscharakter, verloren zu gehen. Mit der Positivität des vom staatlichen Souverän abhängig gewordenen Rechts verschwindet die Begründungsproblematik nicht, sie verschiebt sich nur auf das schmäler gewordene Fundament einer nachmetaphysischen, von Weltbildern entkoppelten Profanethik.

Die Grundfigur des bürgerlichen Privatrechts ist der Vertrag. Die Vertragsautonomie ermächtigt private Rechtspersonen zur Erzeugung subjektiver Rechte. In der Idee des Gesellschaftsvertrages wird nun diese Denkfigur in einer interessanten Weise benutzt, um die in Formen des positiven Rechts ausgeübte Herrschaft – legale Herrschaft – moralisch zu rechtfertigen: Ein Vertrag, den jeder autonome Einzelne mit allen anderen autonomen Einzelnen abschließt, kann nur etwas zum Inhalt haben, was alle im jeweils eigenen Interesse vernünftigerweise wollen können. Auf diesem Wege können nur solche Regelungen zustande kommen, die die ungezwungene Zustimmung aller haben. Dieser Grundgedanke verrät, daß die Vernunft des modernen Naturrechts wesentlich praktische Vernunft ist – die Vernunft einer autonomen Moral. Diese verlangt, daß wir zwischen Normen, rechtfertigenden Prinzipien und Verfahren unterscheiden – Verfahren, nach denen wir prüfen, ob Normen im Lichte gültiger Prinzipien auf allgemeine Zustimmung rechnen dürfen. Indem mit der Idee des Gesellschaftsvertrages ein solches Verfahren für die Begründung rechtlich verfaßter politischer Ordnungen in Anschlag gebracht wird, wird das positive Recht moralischen Grundsätzen unterworfen. Aus Entwicklungsgeschichtlicher Perspektive legt das die Hypothese nahe, daß beim Übergang zur Moderne wiederum eine Veränderung des moralischen Bewußtseins Schrittmacherfunktionen für die Rechtsentwicklung erfüllt bat.

ad b). Das Vernunftrecht ist in verschiedenen Versionen aufgetreten. Autoren wie Hobbes sind stärker vom Phänomen der beliebigen Änderbarkeit, Autoren wie Kant vom Begründungsdefizit des neuen positiv gewordenen Rechts fasziniert. Hobbes entwickelt seine Theorie bekanntlich unter Prämissen, die sowohl dem positiven Recht wie der politischen Macht alle moralischen Konnotationen abstreifen; das vom Souverän gesetzte Recht soll auch ohne ein vernünftiges Äquivalent für

<sup>10</sup> F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen 1969), 249 ff.

das entzauberte sakrale Recht auskommen können. Natürlich verwickelt sich Hobbes mit einer Theorie, die ihren Adressaten eben ein solches vernünftiges Äquivalent anbietet, in einen performativen Widerspruch. Der manifeste Gehalt seiner Theorie, die das moralfreie Funktionieren des vollständig positivierten Rechts erklärt, gerät in Widerspruch zur pragmatischen Rolle derselben Theorie, die ja ihren Lesern erklären will, warum sie als freie und gleiche Bürger gute Gründe haben könnten, sich für die Unterwerfung unter eine absolute Staatsgewalt zu entscheiden.

Kant macht später die von Hobbes implizit mitgeführten normativen Annahmen explizit und entwickelt seine Rechtslehre von Anbeginn im Rahmen der Moralphilosophie. Das allgemeine Rechtsprinzip, das aller Gesetzgebung objektiv zugrundeliegt, ergibt sich aus dem Kategorischen Imperativ. Aus diesem obersten Prinzip der Gesetzgebung folgt wiederum das ursprüngliche subjektive Recht eines jeden, jeden anderen Rechtsgenossen dazu zu verpflichten, seine Freiheit zu respektieren, sofern sie nur mit der gleichen Freiheit aller nach allgemeinen Gesetzen zusammenstimmt. Während für Hobbes das positive Recht letztlich ein Organisationsmittel der politischen Herrschaft ist, behält es für Kant einen wesentlich moralischen Charakter. Aber auch in diesen ausgereiftesten Versionen tut sich das Vernunftrecht schwer mit der selbstgestellten Aufgabe, die Legitimitätsbedingungen legaler Herrschaft vernünftig zu erklären. Hobbes opfert die Unverfügbarkeit des Rechts seiner Positivität auf, bei Kant gewinnt das aus praktischer Vernunft apriori abgeleitete natürliche oder moralische Recht so sehr die Oberhand, daß Recht in Moral aufzugehen droht: Recht wird zu einem defizienten Modus der Moral herabgestuft.

Kant baut das Moment Unverfügbarkeit in die moralischen Grundlagen des Rechts derart ein, daß das positive Recht dem Vernunftrecht subsumiert wird. In diesem vernunftrechtlich präjudizierten Recht bleibt kein Raum für den instrumentellen Aspekt eines Rechts, dessen sich der politische Gesetzgeber für seine Gestaltungsaufgaben bedient. Nachdem der Baldachin des christlichen Naturrechts eingestürzt ist, sind die Säulen der naturalistisch ernüchterten Politik auf der einen, des auf politische Dezision umgestellten Rechts auf der anderen Seite als Ruinen stehen geblieben. Kant rekonstruiert das zerfallene Gebäude durch einfache Substitution: Das autonom begründete Vernunftrecht soll den vakanten Platz des religiös-metaphysischen Naturrechts einnehmen. Damit ändert sich im Vergleich zum dreigliedrigen traditionalen Recht zwar die vermittelnde Funktion der Rechtsprechung, die die sakrale Legitimation auf den Herrscher und seine bürokratische Herrschaft übertragen hatte; sie tritt nun hinter den politischen Gesetzgeber zurück und verwalter dessen Programme. Jetzt geraten aber die in sich differenzierten Staatsgewalten allesamt in den Schatten einer aus Vernunft gerechtfertigten *res publica noumenon*, die in der *res publica phaenomenon* ein möglichst getreues Abbild finden soll. Die Positivierung des Rechts steht als die Realisierung vernunftrechtlicher Grundsätze selbst noch unter Imperativen der Vernunft.

Wenn aber Politik und Recht in die subordinierte Stellung von Ausführungsorganen für die Gesetze der praktischen Vernunft geschoben werden, verliert die Politik ihre gesetzgeberische Kompetenz und das Recht seine Positivität. Deshalb muß Kant auf die metaphysischen Prämissen seiner Zwei-Reiche-Lehre zurückgreifen, um Legalität von Moralität auf eine höchst widersprüchsvolle Weise voneinander zu unterscheiden.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> W. Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit* (Berlin 1984), 16 ff.

## *II. Die Substitution des Vernunftrechts durch die Idee des Rechtsstaates*

(1) Das Vernunftrecht ist nicht nur aus philosophischen Gründen preisgegeben worden; die Verhältnisse, die es interpretieren sollte, sind ihm über den Kopf gewachsen. Bald wurde klar, daß sich die Dynamik einer über Märkte integrierten Gesellschaft in den normativen Begriffen des Rechts nicht mehr einfangen und im Rahmen eines apriorisch entworfenen Rechtssystems erst recht nicht stillstellen ließ. Jeder Versuch, die Grundlagen des privaten und des öffentlichen Rechts theoretisch ein für alle mal aus obersten Prinzipien abzuleiten, mußte an der Komplexität von Gesellschaft und Geschichte scheitern. Die Vertragstheorien – und keineswegs nur die idealistischen unter ihnen – waren zu abstrakt angelegt. Sie hatten sich über die sozialen Voraussetzungen ihres possessiven Individualismus keine Rechenschaft abgelegt. Sie hatten sich nicht eingestanden, daß die grundlegenden privatrechtlichen Institute Eigentum und Vertrag wie auch die subjektiv-öffentlichen Abwehrrechte gegen den bürokratischen Staat nur durch das Entgegenkommen einer fiktiven Kleinwarenwirtschaft Gerechtigkeit verheißen konnten. Gleichzeitig waren die Vertragstheorien – und keineswegs nur die aprioristisch verfahrenen – zu konkretistisch angelegt. Sie hatten sich über die Mobilisierung der Lebensverhältnisse keine Rechenschaft abgelegt und den Anpassungsdruck unterschätzt, der vom kapitalistischen Wachstum, von gesellschaftlicher Modernisierung überhaupt ausging.

In Deutschland ist der moralische Gehalt des Vernunftrechts von der Rechtstheorie aufgespalten und auf den parallelen Gleisen der Privatrechtsdogmatik und der Rechtsstaatsidee zunächst fortgeführt, im Verlaufe des 19. Jahrhunderts aber positivistisch ausgetrocknet worden. Aus der Sicht der Pandektenwissenschaft ging das Recht wesentlich in dem von Juristen verwalteten zivilrechtlichen Kodex auf. Hier, im Privatrechtssystem selbst, und nicht von seiten eines demokratischen Gesetzgebers, sollten die moralischen Gehalte des Rechts gesichert werden.<sup>12</sup> F. C. von Savigny, der das gesamte Privatrecht als ein Gebäude von subjektiven Rechten konstruierte, war in Anlehnung an Kant der Auffassung, daß die Form des subjektiven Rechts an sich selbst moralisch sei. Allgemeine subjektive Rechte grenzen privatautonome Verfügungsbereiche aus und garantieren auf dem Wege subjektiver Berechtigungen individuelle Freiheit. Die Moralität des Rechts besteht darin, »daß dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen wird, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat.«<sup>13</sup> Aus der faktischen Rechtsentwicklung wurde aber bald klar, daß subjektive Rechte etwas gegenüber dem objektiven Recht Sekundäres sind und auch keineswegs die konzeptuelle Grundlage für das Privatrechtssystem im ganzen bieten können. Der Begriff des subjektiven Rechts ist daraus hin positivistisch umgedeutet und von allen normativen Assoziationen gereinigt worden. Nach B. Windscheids Definition setzen subjektive Rechte nur noch die Befehle der objektiven Rechtsordnung in die Befehlsmacht einzelner Rechtssubjekte um.

Eine parallele Entwicklung läßt sich für die Idee des Rechtsstaates nachzeichnen, die Kant ohnehin nur unter hypothetischen Vorbehalten eingeführt hatte. Die deutschen Theoretiker des 19. Jahrhunderts sind vor allem an der konstitutionellen Zähmung der monarchischen Verwaltungsmacht interessiert. Mohl und Welcker setzen im Vormärz noch darauf, daß sich allgemeine und abstrakte Gesetze als das

<sup>12</sup> H. Coing, Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert, in: J. Blühdorn/J. Ritter (Hg.), Recht und Ethik (Frankfurt 1970), 11 ff.

<sup>13</sup> F. C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts I (1840), 333.

geeignete Medium erweisen für eine gleichmäßige Förderung aller Staatsbürger »bei der möglichst allseitigen, vernunftgemäßen Ausbildung sämtlicher geistiger und körperlicher Kräfte.«<sup>14</sup> Nach der Reichsgründung entwickeln Gerber und Laband bereits die Lehre vom Gesetz als dem Befehl einer souveränen, inhaltlich ungebundenen Gesetzgebungsinstanz. Es ist dieser positivistische Gesetzesbegriff, der schließlich von progressiven Staatsrechtlern der Weimarer Zeit wie Heller für den parlamentarischen Gesetzgeber in Anspruch genommen wurde: »Gesetze heißen im Rechtsstaat nur, aber auch alle von der Volkslegislative gesetzten Rechtsnormen.«<sup>15</sup>

Ich erinnere an die gewiß nicht typische deutsche Entwicklung nur deshalb, weil sich hier die Erosion eines vernunftrechtlich moralisierten Gesetzesbegriffs aus der zweifachen Perspektive des Rechtsdogmatikers und Richters einerseits, des nach und nach parlamentarisierten Gesetzgebers andererseits studieren läßt. In den angelsächsischen Ländern, wo die Idee des Rechtsstaates von Anbeginn im Einklang mit demokratischen Entwicklungen als »rule of law« entfaltet worden ist, bot sich das faire Gerichtsverfahren – fair trial and due process – als einheitliches Interpretationsmodell an, das auf Gesetzgebung und Rechtsprechung zugleich angewendet worden ist. In Deutschland hat sich die positivistische Destruktion des Vernunftrechts auf getrennten Wegen vollzogen. Gewiß, sowohl in der Privatrechtdogmatik wie in der Rechtsstaatstheorie wird Kants Konstruktion, nach der Politik und Recht den moralischen Imperativen des Vernunftrechts unterworfen waren, dementiert – aber einmal aus der Sicht der Justiz, das andere Mal aus der Sicht des politischen Gesetzgebers. Deshalb mußte sich für diejenigen, die nach dem Einsturz der vernunftrechtlichen Dachkonstruktion auch von der Alternative des schieren Rechtspositivismus nicht überzeugt waren, dasselbe Problem auf beiden Seiten in jeweils anderer Form präsentieren.

Dem Problem kann man allgemein die folgende Fassung geben. Einerseits lassen sich die moralischen Grundlagen des positiven Rechts nicht in Gestalt eines übergeordneten Vernunftrechts erklären. Andererseits lassen sie sich auch nicht ersatzlos liquidieren, ohne dem Recht das ihm wesentlich innewohnende Moment von Unverfügbarkeit zu nehmen. Dann muß aber gezeigt werden, wie im Inneren des positiven Rechts selbst der moralische Gesichtspunkt einer unparteilichen Urteils- und Willensbildung stabilisiert werden kann. Dieser Forderung ist nicht schon dadurch Genüge getan, daß bestimmte moralische Prinzipien des Vernunftrechts als Inhalte des Verfassungsrechts positiviert werden. Denn um die Kontingenz der Inhalte eines beliebig änderbaren Rechts geht es gerade. Die ins positive Recht eingebaute Moralität hat vielmehr die transzendierende Kraft eines sich selbst regulierenden Verfahrens, das seine eigene Vernünftigkeit kontrolliert.

(2) Unter dem Druck dieses Problems haben jene unter den Nachfolgern Savignys, die sich mit der positivistischen Umdeutung subjektiver Rechte nicht zufrieden geben wollten, das wissenschaftliche Juristenrecht zur Legitimationsquelle ausgebaut. Savigny hatte in seiner Rechtsquellenlehre der Justiz und der Rechtsdogmatik noch die bescheidene und abgeleitete Funktion zugewiesen, das aus Gewohnheit und Gesetzgebung stammende positive Recht »in wissenschaftlicher Weise zu Bewußtsein zu bringen und darzustellen«.<sup>16</sup> Hingegen vertritt G. F. Puchta gegen Ende des Jahrhunderts die Auffassung, daß die Produktion von Recht nicht allein

<sup>14</sup> Vgl. J. Maus, Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaats, in: M. Tohidipur (Hg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat I* (Frankfurt 1978), 13 ff.

<sup>15</sup> H. Heller, *Ges. Schriften II* (Leiden 1971), 226.

<sup>16</sup> F. C. von Savigny, *Allgemeine Natur der Rechtsquellen* (1840), zit. nach: W. Maihofer (Hg.), *Begriff und Wesen des Rechts* (Darmstadt 1973), 44.

Sache des politischen Gesetzgebers sein dürfe, weil sonst der Staat nicht auf »Recht« gegründet, d.h. Rechtsstaat sein könne. Vielmehr übernehme die Justiz, hinausgehend über die Anwendung geltenden Rechts, die produktive Aufgabe einer von Prinzipien geleiteten konstruktiven Fortbildung und Ergänzung des geltenden Rechts.<sup>17</sup> Dieses Richterrecht sollte seine unabhängige Autorität aus der wissenschaftlichen Methode der Begründung, also aus den Argumenten einer wissenschaftlich verfahrenen Jurisprudenz beziehen. Bereits Puchta bietet den Ansatzpunkt für eine Theorie, die aus der Perspektive der Rechtsprechung die legitimierenden Gründe der Legalität auf die in den juristischen Diskurs eingebaute Verfahrensrationalität zurückführt.

Aus der Perspektive der Gesetzgebung legt sich eine analoge Deutung nahe, auch wenn die parlamentarische Diskussion unmittelbar auf Kompromißbildung und nicht, wie der juristische Diskurs, auf die wissenschaftlich disziplinierte Begründung von Urteilen angelegt ist. Auch auf dieser Seite stellt sich für diejenigen, die sich mit dem demokratischen Gesetzespositivismus nicht abfinden wollen, die Frage, aus welchen Gründen die mit parlamentarischen Mehrheiten zustandegekommenen Gesetze Legitimität beanspruchen dürfen. Schon Kant hatte im Anschluß an Rousseaus Begriff der Autonomie einen ersten Schritt getan, um aus dem Verfahren der demokratischen Gesetzgebung selbst den moralischen Gesichtspunkt der Unparteilichkeit herauszuarbeiten. Zum Probierstein der Rechtmäßigkeit eines jeden öffentlichen Gesetzes erklärt er bekanntlich das Kriterium, ob dieses »aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volkes habe entspringen können«.<sup>18</sup> Freilich hat Kant selbst dazu beigetragen, daß alsbald zwei ganz verschiedene Bedeutungen von »Allgemeinheit« des Gesetzes verwechselt wurden: Die semantische Allgemeinheit des abstrakt allgemeinen Gesetzes trat an die Stelle jener prozeduralen Allgemeinheit, die das demokratisch zustandegekommene Gesetz als Ausdruck des »vereinigten Volkswillens« auszeichnet.

In Deutschland, wo die demokratietheoretische Diskussion ohnehin erst wieder in den 20er Jahren auflebte, hat diese Verwechslung zwei mißliche Konsequenzen gehabt. Zum einen konnte man sich über die umständlichen Beweislasten einer prozeduralistisch angelegten Demokratietheorie täuschen, die erst noch abzutragen sind. Erstens müßte argumentationstheoretisch gezeigt werden, wie in der parlamentarischen Willensbildung des Gesetzgebers politische Zielsetzungs- und moralische Begründungsdiskurse mit rechtlicher Normenkontrolle ineinander greifen. Zweitens müßte klargemacht werden, worin sich ein argumentativ erzieltes Einverständnis von Verhandlungskompromissen unterscheidet und wie sich der moralische Gesichtspunkt wiederum in den Fairnessbedingungen für Kompromisse zur Geltung bringt. Drittens und vor allem müßte aber rekonstruiert werden, wie die Unparteilichkeit der gesetzgeberischen Willensbildung durch rechtliche Verfahren institutionalisiert werden soll – angefangen von der Mehrheitsregel über die Regeln der parlamentarischen Geschäftsordnung bis zum Wahlrecht und der Meinungsbildung in der politischen Öffentlichkeit. Diese Analyse müßte sich von einem Modell leiten lassen, das die notwendigen Kommunikationsvoraussetzungen für diskursive Willensbildung und fairen Ausgleich von Interessen in ihrem Zusammenhang darstellt. Nur auf einer solchen Folie läßt sich der normative Sinn und die tatsächliche Praxis solcher Verfahren kritisch analysieren.<sup>19</sup>

Weiterhin hatte aber jene Verwechslung der prozeduralen Allgemeinheit mit der

<sup>17</sup> G. F. Puchta, *Vom Recht* (1841), zit. nach Maihofer, a.a.O. S. 52 ff.

<sup>18</sup> I. Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*.

<sup>19</sup> U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre* (Darmstadt 1986), 70 ff.

semantischen Allgemeinheit des parlamentarischen Gesetzes die Konsequenz, daß man sich über die eigenständige Problematik der Rechtsanwendung täuschen konnte. Selbst wenn die moralisch gehaltvolle Verfahrens rationalität der Gesetzgebung institutionell hinreichend gesichert wäre, hätten die Gesetze, ob es sich nun ums regulatorische Recht des Sozialstaates handelt oder nicht, niemals eine semantische Form und eine daraus resultierende Bestimmtheit, die dem Richter nur noch eine algorithmische Anwendung übrig ließe. Die rechtsfortbildenden Konstruktionsleistungen sind mit den regelanwendenden Interpretationsleistungen, wie die philosophische Hermeneutik zeigt,<sup>20</sup> immer unauflöslich verwoben. Deshalb stellt sich das Problem der Verfahrens rationalität für die richterliche Entscheidungspraxis und die Rechtsdogmatik von neuem und in anderer Weise.

Im Gesetzgebungsverfahren kann eine ins positive Recht eingewanderte Moralität in der Weise zum Zuge kommen, daß die politischen Zielsetzungsdiskurse unter den Beschränkungen des Prinzips allgemeiner Zustimmungsfähigkeit, also jenes moralischen Gesichtspunktes stehen, den wir bei der Begründung von Normen beachten müssen. Bei der kontextsensiblen Anwendung von Normen kommt aber die Unparteilichkeit des Urteils nicht schon dadurch zum Zuge, daß wir uns fragen, was alle wollen könnten, sondern: ob wir alle relevanten Aspekte einer gegebenen Situation angemessen berücksichtigt haben. Bevor wir entscheiden können, welche Normen, die unter Umständen miteinander kollidieren und dann im Lichte von Prinzipien in eine Rangfolge gebracht werden müssen, auf einen Fall Anwendung finden, muß geklärt sein, ob die Beschreibung der Situation im Hinblick auf alle berührten Interessen angemessen und vollständig ist. Wie Klaus Günther gezeigt hat,<sup>21</sup> bringt sich die praktische Vernunft in Zusammenhängen der Begründung von Normen durch eine Prüfung der *Verallgemeinerungsfähigkeit* von Interessen, in Zusammenhängen der Anwendung von Normen durch die *angemessene* und *vollständige* Erfassung relevanter Kontexte im Lichte konkurrierender Regeln zur Geltung. Dem müssen die rechtlichen Verfahren entsprechen, über die die Unparteilichkeit der Rechtsprechung institutionalisiert werden soll.

(3) Mit diesen Überlegungen ziele ich auf die Idee eines gewaltenteilenden Rechtsstaates, der seine Legitimität aus einer Unparteilichkeit verbürgenden Rationalität von Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsverfahren zieht. Damit ist nicht mehr gewonnen als ein kritischer Maßstab für die Analyse der Verfassungswirklichkeit. Jene Idee tritt freilich einer Realität, die ihr so wenig entspricht, auch nicht bloß abstrakt – in ohnmächtigem Sollen – gegenüber. Vielmehr kennzeichnet die ins positive Recht partiell schon eingewanderte Verfahrens rationalität die (nach dem Zusammenbruch des Vernunftrechts) einzig übriggebliebene Dimension, in der dem positiven Recht ein Moment Unverfügbarkeit und eine kontingenten Zugriffen entzogene Struktur gesichert werden kann.

### *III. Die Rationalität rechtlich institutionalisierter Verfahren: Vorfragen*

(1) Wenn Legitimität durch Legalität in Gesellschaften unseres Typs möglich sein soll, muß sich der Legalitätsglauben, dem die kollektiven Gewißheiten von Religion und Metaphysik abhanden gekommen sind, in irgendeinem Sinne auf die »Rationalität« des Rechts stützen. Max Webers Annahme aber, daß eine eigenständige,

<sup>20</sup> J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt 1972).

<sup>21</sup> K. Günther, *Das Prinzip der Unparteilichkeit und die funktionale Bestimmtheit des Rechts* (Ms. 1986).

moralfreie, dem Recht als solchen innenwohnende Rationalität der Grund für die legitimierende Kraft der Legalität sei, hat sich nicht bestätigt. Legitimität verdankt eine in den Formen begründungspflichtigen positiven Rechts ausgeübte Herrschaft stets einem impliziten moralischen Gehalt der formalen Qualitäten des Rechts. Der Formalismus des Rechts darf indessen nicht zu konkretistisch an bestimmten semantischen Merkmalen festgemacht werden. Legitimierende Kraft haben vielmehr Verfahren, die Begründungsforderungen und den Weg zu ihrer argumentativen Einlösung institutionalisieren. Die Legitimationsquelle darf zudem nicht einseitig, nicht nur am Ort sei es der politischen Gesetzgebung oder der Rechtsprechung gesucht werden. Denn unter Bedingungen sozialstaatlicher Politik kann auch der sorgfältigste demokratische Gesetzgeber Justiz und Verwaltung nicht mehr allein durch die semantische Form des Gesetzes binden; ohne regulatorisches Recht kommt er nicht aus. Ein im moralisch-praktischen Sinne rationaler Kern rechtlicher Verfahren schält sich erst heraus, wenn man analysiert, wie sich über die Idee der Unparteilichkeit sowohl der Normbegründung wie der Anwendung von verbindlichen Regelungen ein konstruktiver Zusammenhang zwischen geltendem Recht, Gesetzgebungsverfahren und Verfahren der Rechtsanwendung herstellt. Diese Idee der Unparteilichkeit bildet den Kern der praktischen Vernunft. Wenn wir das Problem der unparteilichen Normanwendung hintanstellen, wird die Idee der Unparteilichkeit zunächst unter dem Aspekt der Begründung von Normen in jenen Moral- und Gerechtigkeitstheorien entfaltet, die ein Verfahren vorschlagen, wie man praktische Fragen unter dem moralischen Gesichtspunkt beurteilen kann. Die Rationalität eines solchen reinen, aller Institutionalisierung vorausgehenden Verfahrens bemüht sich daran, ob in ihm der moral point of view angemessen expliziert wird.

Zur Zeit sehe ich *drei ernsthafte Kandidaten* für eine solche prozeduralistische Gerechtigkeitstheorie. Alle gehen aus der kantischen Tradition hervor, aber sie unterscheiden sich nach den Modellen, anhand deren sie das Verfahren unparteilicher Willensbildung erläutern.<sup>22</sup> John Rawls geht weiterhin vom Modell der vertraglichen Vereinbarung aus und baut in die Beschreibung des Urzustandes diejenigen normativ gehaltvollen Beschränkungen ein, unter denen der rationale Egoismus der freien und gleichen Parteien zur Wahl richtiger Prinzipien führen muß. Die Fairneß der Ergebnisse wird durch die Prozedur ihres Zustandekommens gewährleistet.<sup>23</sup> Lawrence Kohlberg verwendet statt dessen G. H. Meads Modell der allgemeinen Reziprozität miteinander verschränkter Perspektiven. An die Stelle eines idealisierten Urzustandes tritt eine ideale Rollenübernahme, die vom moralisch urteilenden Subjekt fordert, sich in die Lage all derjenigen hineinzuversetzen, die von der Inkraftsetzung einer fraglichen Norm betroffen sein würden.<sup>24</sup> Beide Modelle haben meines Erachtens den Nachteil, daß sie dem kognitiven Anspruch moralischer Urteile nicht ganz gerecht werden. Nach dem Modell des Vertragsabschlusses werden moralische Einsichten an rationale Wahlentscheidungen *angepglichen*, nach dem Modell der Rollenübernahme an empathische Verstehensleistungen. Karl-Otto Apel und ich haben deshalb vorgeschlagen, die moralische Argumentation selbst als das angemessene Verfahren rationaler Willensbildung zu begreifen. Die Prüfung hypothetischer Geltungsansprüche stellt ein solches Verfahren dar, weil sich jeder, der ernsthaft argumentieren will, auf die idealisierenden Unterstellungen einer

<sup>22</sup> J. Habermas, *Gerechtigkeit und Solidarität*, in: W. Edelstein/G. Nunner-Winkler (Hg.), *Besinnung der Moralität* (Frankfurt 1986).

<sup>23</sup> J. Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (Frankfurt 1975).

<sup>24</sup> L. Kohlberg, *The Philosophy of Moral Development* (San Francisco 1981).

anspruchsvollen Kommunikationsform einlassen muß. Jeder Teilnehmer an einer Argumentationspraxis muß nämlich pragmatisch voraussetzen, daß im Prinzip alle möglicherweise Betroffenen als Freie und Gleiche an einer kooperativen Wahrheitssuche teilnehmen könnten, bei der einzige der Zwang des besseren Argumentes zum Zuge kommen darf.<sup>25</sup>

Auf die moraltheoretische Diskussion kann ich mich hier nicht einlassen; in unserem Zusammenhang genügt die Feststellung, daß es ernsthafte Kandidaten für eine prozeduralistische Gerechtigkeitstheorie gibt. Nur dann hängt nämlich meine These nicht in der Luft, daß prozeduralisiertes Recht und moralische Begründung von Prinzipien aufeinander verweisen. Legalität kann nur in dem Maße Legitimität erzeugen, wie die Rechtsordnung reflexiv auf den mit dem Positivwerden des Rechts entstandenen Begründungsbedarf reagiert, und zwar in der Weise, daß juristische Entscheidungsverfahren institutionalisiert werden, die für moralische Diskurse durchlässig sind.

(2) Freilich dürfen die Grenzen zwischen Recht und Moral nicht verwischt werden. Die Prozeduren, die Gerechtigkeitstheorien anbieten, um zu erklären, wie man etwas unter dem moralischen Gesichtspunkt beurteilen kann, haben mit rechtlich institutionalisierten Verfahren nur dies gemein, daß die Rationalität der Verfahren die »Gültigkeit« der verfahrensmäßig erzielten Resultate verbürgen soll. Die juristischen Verfahren nähern sich aber den Forderungen vollständiger Verfahrensrationale, weil sie mit institutionellen, also unabhängigen Kriterien verknüpft sind, anhand deren sich aus der Perspektive eines Unbeteiligten feststellen läßt, ob eine Entscheidung regelgerecht zustandegekommen ist oder nicht. Das Verfahren moralischer, rechtlich nicht geregelter Diskurse erfüllt diese Bedingung nicht. Hier ist die Verfahrensrationale unvollständig. Ob etwas unter dem moralischen Gesichtspunkt beurteilt worden ist, läßt sich nur aus der Perspektive von Beteiligten entscheiden. Dazu fehlen externe oder vorgängige Kriterien. Keines dieser Verfahren kommt ohne Idealisierungen aus, auch wenn diese – wie die Kommunikationsvoraussetzungen der Argumentationspraxis – im Sinne einer schwachen transzendentalen Nötigung als unvermeidlich oder alternativenlos nachgewiesen werden könnten.

Andererseits sind es gerade die Schwächen einer derart imperfekten Verfahrensrationale, die unter funktionalen Gesichtspunkten verständlich machen, warum bestimmte Materien rechtlicher Regelung bedürfen und nicht moralischen Regeln des posttraditionalen Zuschnitts überlassen bleiben können. Wie immer die Prozedur aussieht, nach der wir prüfen wollen, ob eine Norm die zwanglose, d. h. rational motivierte Zustimmung aller möglicherweise Betroffenen finden könnte, sie garantiert weder Unfehlbarkeit noch Eindeutigkeit noch fristgerechtes Zustandekommen des Resultats. Eine autonome Moral verfügt nur über fallibilistische Verfahren der Normbegründung. Dieses hohe Maß an kognitiver Unbestimmtheit wird zudem dadurch verstärkt, daß mit einer kontextsensiblen *Anwendung* hochabstrakter Regeln auf komplexe – möglichst angemessen und in ihren relevanten Aspekten möglichst vollständig beschriebene – Situationen eine zusätzliche strukturelle Ungewißheit verbunden ist.<sup>26</sup> Dieser kognitiven Schwäche entspricht eine motivationale Schwäche. Jede posttraditionale Moral verlangt eine Distanzierung von den Selbstverständlichkeiten unproblematisch eingewohnter Lebensformen. Die von der konkreten Sittlichkeit des Alltags entkoppelten moralischen Einsichten führen nicht

<sup>25</sup> J. Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln* (Frankfurt 1983).

<sup>26</sup> K. Günther, *a. a. O.*

mehr ohne weiteres die motivationale Kraft mit sich, welche die Urteile auch praktisch wirksam werden läßt. Je mehr sich die Moral verinnerlicht und autonom wird, umso mehr zieht sie sich in private Bereiche zurück.

In allen Handlungsbereichen, wo Konflikte, bestandswichtige Probleme, gesellschaftliche Materien überhaupt eine eindeutige, fristgerechte und bindende Regelung verlangen, müssen deshalb Rechtsnormen die Unsicherheiten absorbieren, die aufräten, wenn sie einer rein moralischen Verhaltenssteuerung überlassen blieben. Diese Ergänzung der Moral durch zwingendes Recht läßt sich selbst noch moralisch begründen. K. O. Apel spricht in diesem Zusammenhang vom Problem der Zumutbarkeit einer anspruchsvollen universalistischen Moral.<sup>27</sup> Zumutbar sind nämlich auch moralisch gut begründete Normen nur in dem Maße, wie diejenigen, die ihre Praxis danach einrichten, erwarten dürfen, daß auch alle anderen sich normenkonform verhalten. Denn nur unter der Bedingung einer allgemein praktizierten Befolgung von Normen zählen die Gründe, die zu ihrer Rechtfertigung angeführt werden können. Wenn nun von moralischen Einsichten eine praxiswirksame Verbindlichkeit nicht durchgängig erwartet werden kann, ist die Befolgung entsprechender Normen verantwortungsethisch nur zumutbar, wenn sie Rechtsverbindlichkeit erlangen.

Wichtige Merkmale des positiven Rechts werden verständlich, wenn wir das Recht aus diesem Blickwinkel einer Kompensation der Schwächen autonomer Moral begreifen. Rechtlich institutionalisierte Verhaltenserwartungen erlangen über die Koppelung mit dem staatlichen Sanktionspotential *bindende Kraft*. Sie erstrecken sich auf das, was Kant den *äußerer Aspekt* des Handelns nennt, nicht auf Motive und Gesinnungen, die nicht erzwungen werden können. Die *professionelle Verwaltung* des schriftlich fixierten, öffentlichen und systematisch ausgestalteten Rechts entlastet die privaten Rechtspersonen von dem Aufwand, der bei der moralischen Lösung von Handlungskonflikten dem Einzelnen selbst abverlangt wird. Schließlich verdankt das positive Recht seine *konventionellen Züge* dem Umstand, daß es durch die Entscheidungen eines politischen Gesetzgebers in Kraft gesetzt und im Prinzip beliebig geändert werden kann.

Diese Abhängigkeit von der Politik erklärt auch den instrumentellen Charakter des Rechts. Während Morallnormen stets *Selbstzweck* sind, sind Rechtsnormen *auch Mittel* für politische Ziele. Sie dienen nämlich nicht nur wie die Moral der unparteiischen Beilegung von Handlungskonflikten, sondern auch der Umsetzung politischer Programme. Die kollektiven Zielserstellungen und die implementierenden Maßnahmen der Politik verdanken der Rechtsform ihre bindende Kraft. Insofern steht das Recht zwischen Politik und Moral; und entsprechend verbinden sich, wie Dworkin gezeigt hat, im juristischen Diskurs die Anwendungsargumente der Gesetzesauslegung sowohl mit politischen Zielsetzungsargumenten wie andererseits mit moralischen Begründungsargumenten.

(3) Die Frage nach der Legitimität der Legalität hat bisher das Thema Recht und Moral in den Vordergrund gerückt. Wir haben uns klar gemacht, wie das konventionell veräußerlichte Recht und die verinnerlichte Moral einander ergänzen. Mehr als dieses komplementäre Verhältnis interessiert uns jedoch die gleichzeitige Verschränkung von Moral und Recht. Diese kommt dadurch zustande, daß in rechtsstaatlichen Ordnungen Mittel des positiven Rechts in Anspruch genommen werden, um

<sup>27</sup> K. O. Apel, Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit aufgehoben werden?, in: W. Kuhlmann (Hg.), *Moralität und Sittlichkeit* (Frankfurt 1986), 232 ff.

Argumentationslasten zu verteilen und Begründungswege zu institutionalisieren, die zu moralischen Argumentationen hin geöffnet sind. Die Moral schwebt nicht mehr, wie noch die Konstruktion des Vernunftrechts als eines überpositiven Satzes von Normen suggeriert, über dem Recht; sie wandert ins positive Recht ein, ohne darin aufzugehen. Die Moralität, die dem Recht nicht nur gegenübersteht, sondern sich auch im Recht selber festsetzt, ist freilich rein prozeduraler Natur; sie hat sich aller bestimmten Norminhalte entledigt und zu einem Verfahren der Begründung möglicher Norminhalte sublimiert. So können sich Verfahrensrecht und prozeduralisierte Moral gegenseitig kontrollieren. In juristischen Diskursen wird die argumentative Behandlung moralisch-praktischer Fragen auf dem Wege rechtlicher Institutionalisierung gleichsam gezähmt; diese wird methodisch durch die Bindung ans geltende Recht, sachlich im Hinblick auf Themen und Beweislasten, sozial im Hinblick auf Teilnahmevoraussetzungen, Immunitäten und Rollenverteilungen, zeitlich im Hinblick auf Entscheidungsfristen limitiert. Umgekehrt wird aber die moralische Argumentation auch als ein offenes Verfahren institutionalisiert, das seiner eigenen Logik gehorcht und so seine eigene Vernünftigkeit kontrolliert. Die rechtliche Verfassung greift nicht ins Innere der Argumentation derart ein, daß diese an den Grenzen des positiven Rechts ins Stocken geriete. Das Recht selbst lizenziert und stimuliert eine Begründungsdynamik, die den Wortlaut des geltenden Rechts auf eine von diesem nicht vorhersehbare Weise auch transzendent.

Diese Konzeption muß gewiß nach den verschiedenen Kontexten rechtswissenschaftlicher, richterlicher, anwaltlicher Diskurse oder auch nach verschiedenen Themenbereichen von moralnahen bis zu rein technischen Fragestellungen differenziert werden. Dann läßt sich auch kritisch die jeweilige Entscheidungspraxis unter dem Gesichtspunkt rekonstruieren, wieweit die rechtlichen Verfahren der Logik der Argumentation Spielraum geben oder durch implizit mit geführte externe Beschränkungen das Argumentationsspiel systematisch verzerren. Solche Effekte zeichnen sich natürlich nicht nur an den rechtlichen Verfahrensregelungen selbst ab, sondern auch an der Art, wie diese praktiziert werden. Manchmal bietet sich eine spezielle Klasse von Argumenten für eine solche Rekonstruktion an; in der richterlichen Entscheidungspraxis eignen sich dafür z. B. Urteilsbegründungen, die normative Gesichtspunkte zugunsten unterstellter funktionaler Erfordernisse ausschalten. Allerdings zeigt sich gerade an solchen Beispielen, daß die Justiz und das Rechtssystem auf die Gesellschaft gewiß reagieren, ihr gegenüber jedoch nicht autonom sind. Ob man sich systemischen Imperativen, sei es der Ökonomie oder des Staatsapparates selbst, auch dann beugen muß, wenn sie gut begründete Prinzipien verletzen oder beeinträchtigen, entscheidet sich ja letztlich nicht in den Gerichten, auch nicht in der Rechtsöffentlichkeit, sondern in politischen Kämpfen über den Grenzverlauf zwischen System und Lebenswelt.

Nun haben wir gesehen, daß sich die legitimierende Kraft, die in der Rationalität rechtlicher Verfahren ihren Sitz hat, der legalen Herrschaft nicht nur über die Verfahrensnormen der Rechtsprechung mitteilt, sondern mehr noch über das demokratische Gesetzgebungsverfahren. Daß der parlamentarische Betrieb einen im moralisch-praktischen Sinne rationalen Kern haben könnte, ist freilich auf den ersten Blick nicht so plausibel. Hier scheint es in der Weise um den Erwerb politischer Macht und um die machtgesteuerte Konkurrenz widerstreitender Interessen zu gehen, daß die parlamentarischen Auseinandersetzungen allenfalls einer empirischen Analyse zugänglich sind, nicht aber einer kritischen Rekonstruktion nach dem Muster der fairen Aushandlung von Kompromissen oder gar der diskursiven Willensbildung. An dieser Stelle kann ich ein befriedigendes Modell nicht anbieten; ich möchte aber auf die lange Reihe prozeßorientierter Verfassungslehren hinwei-

sen, die einen kritisch-rekonstruktiven Ansatz verfolgen.<sup>28</sup> Dabei werden die Mehrheitsregel, die parlamentarischen Verfahrensnormen, der Wahlmodus usw. unter dem Gesichtspunkt analysiert, wie weit sie in parlamentarischen Entscheidungsprozessen die gleichmäßige Berücksichtigung aller jeweils berührten Interessen und aller jeweils relevanten Aspekte des Falles sicherstellen können. Eine Schwäche dieser Theorien sehe ich nicht im prozeßorientierten Ansatz als solchem, sondern darin, daß sie ihre normativen Gesichtspunkte nicht aus einer Logik der moralischen Argumentation entwickeln und nicht auf die kommunikativen Bedingungen für eine ungehemmte Begründungsdynamik anwenden. Im übrigen bildet die innerparlamentarische Willensbildung nur ein schmales Segment des öffentlichen Lebens. Die rationale Qualität der politischen Gesetzgebung hängt nicht nur davon ab, wie gewählte Mehrheiten und geschützte Minderheiten innerhalb des Parlaments arbeiten. Sie hängt auch ab vom Niveau der Beteiligung und der Schulbildung, vom Grad der Information und der Schärfe der Artikulation strittiger Fragen im breiten Publikum. Die Qualität des öffentlichen Lebens wird allgemein bestimmt durch die tatsächlichen Chancen, die die politische Öffentlichkeit mit ihren Medien und Institutionen eröffnet.

### *Schluß*

Daß die überschießende Idee des Rechtsstaats, die ich reformuliert habe, nicht überschwenglich ist, sondern aus dem Boden der Rechtswirklichkeit selbst hervorsprießt, ist schließlich daran zu sehen, daß sich die Autonomie des Rechtssystems allein an dieser Idee bemessen läßt. Wenn sich jene Dimension, in der sich die rechtlich institutionalisierten Begründungswege zur moralischen Argumentation hin öffnen, schließen würde, wüßten wir nicht einmal mehr, was Autonomie des Rechts anderes als Systemautonomie bedeuten könnte. Autonomie erwirkt ein Rechtssystem nicht für sich alleine. Autonom ist es nur in dem Maße, wie die für Gesetzgebung und Rechtssprechung institutionalisierten Verfahren unparteiiche Urteils- und Willensbildung garantieren und auf diesem Wege einer ethischen Verfahrens rationalität gleichermaßen in Recht und Politik Eingang verschaffen. Kein autonomes Recht ohne verwirkliche Demokratie.

<sup>28</sup> J. Choper, *Judicial Review and National Political Process* (1980); J. H. Ely, *Democracy and Distrust* (1980). Kritisch dazu: R. D. Parker, *The Past of Constitutional Theory – And Its Future*, *Ohio State Law Journal* 1981, 223 ff.