

8. Das Recht kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit: reflexives Recht?

Welche spezifische Rechtsform aus Perspektive kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit attraktiv erscheint, ist das Thema dieses Kapitels. Es geht also um die Ausdeutung des dritten Merkmals (vgl. 2.3) des allgemeinen Begriffs der Gerechtigkeit durch die Konzeption kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit.

Das Kapitel ist in fünf Teile gegliedert. Zunächst zeige ich, dass Forsts Konzeption der Gerechtigkeit sich im modernen positiven Recht manifestieren muss (8.1). Allerdings bezieht sich Forst dabei vor allem auf den Inhalt von (un)gerechten Gesetzesnormen und nicht genauer auf Fragen der Rechtsform. Mögliche Vorteile als auch Probleme der modernen Rechtsform bekommt Forst dementsprechend nicht in den Blick, obwohl dies gerade aus seiner normativen Perspektive heraus – so die auszuführende These – wichtig wäre. In 8.2 erläutere ich die von Habermas so benannte »Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit« (Habermas 1994 [1992]: 472), die die moderne Rechtsform kennzeichnet. Die mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit einhergehende Herausforderung entfalte ich in 8.3 in Bezug auf das zeitliche Auseinandertreten von Gesetzgebung und Rechtsanwendung – eine Stelle, an der Habermas diese Dialektik nicht verortet – und die innere Grenze der Gerechtigkeit (vgl. 2.1, 6.1 und 6.5). In 8.4 stelle ich Habermas' Versuch, die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit zu entschärfen, dar. Dann erläutere ich, warum Forst, meinem Dafürhalten nach, diese Lösung nicht zur Verfügung steht. Das hat insbesondere gesellschaftstheoretische Gründe und zwar, dass Forst sich von Habermas' Unterscheidung zwischen System und Lebenswelt verabschiedet (vgl. 6.3.2). Diese Unterscheidung ist wichtig für Habermas' Konzeption einer kritischen, in der Zivilgesellschaft verankerten Öffentlichkeit, welche wiederum für seine Vorstellung des Zustandekommens *legitimen* Rechts – d.h. Recht, das nicht an der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit scheitert – entscheidend ist. Dass Forst diese Unterscheidung ablehnt, hat jedoch auch wie ich erläutern werde gute Gründe, etwa, dass er die Beherrschungsform der Ausbeutung (vgl. Kapitel 3.1.2) besser als Habermas erfassen kann. In 8.5 stelle ich einen anderen als Habermas' Umgang mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit vor, nämlich Gunther Teubners und Helmut Willkes Vorschlag eines reflexiven Rechts. Dabei erläutere ich, warum dieser Vorschlag aus Perspektive kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit – jedenfalls wenn man einige Weichenstellungen akzeptiert, die ich in Abgrenzung

von Forst bereits vorgenommen habe (insb. in Kapitel 6.5 und 7) – auf den ersten Blick attraktiv erscheint. Reflexives Recht birgt allerdings die Gefahr, ein *angepasstes* Recht zu sein. Die Angepasstheit reflexiven Rechts ist der Ausgangspunkt für die Erläuterung des Beherrschungspotentials kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit, das in Kapitel 10 ausführlicher betrachtet wird.

8.1 Die starke Normativität kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit

Der Bezug kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit auf das positive Recht ist zweifach: Einerseits sollten (richtige) individuelle Urteile, die besagen, dass etwas ungerecht ist, eine veränderte Regulierung des relevanten sozialen Gegenstands zur Folge haben (oder eine konsequente Durchsetzung bestehender Regulierungen) und andererseits sollte es eine rechtlich geformte »Grundstruktur der Rechtfertigung« geben, d.h. *rechtlich* institutionalisierte Verfahren der Mitbestimmung an der Gesetzgebung.¹ Zudem macht Forst an mehreren Stellen deutlich, dass die Form des Rechts, die Gerechtigkeitsurteile vermittelt umsetzen und demokratische Mitbestimmung ermöglichen soll, der modernen Rechtsform entspricht, d.h. über die Bereitstellung subjektiver Rechte, insbesondere Grundrechte, operiert. Diese drei Punkte möchte ich nun anhand von Textstellen aus Forsts Arbeiten etwas genauer ausführen und belegen.

In Forsts Abgrenzung von Jaeggis Art und Weise kritische Theorie zu betreiben (vgl. 4.2) wird deutlich, dass er eine starke Normativität der Gerechtigkeit vor Augen hat: Er möchte – im Gegensatz zu Jaeggi – mit seiner Theorie dazu in der Lage sein, zu beurteilen, wann ein »Einschreiten des Rechts« (Forst 2015a: 21) gerechtfertigt ist und wann nicht. Auch in einer Diskussion mit Brown vertritt Forst die These, dass seine Perspektive – im Gegensatz zu der Browns – ihm erlaube »die Rolle des Gesetzgebers« einzunehmen und zu fragen, »ob mein Einwand zu dieser Praxis gut genug ist, um zu argumentieren, dass diese Dinge nicht erlaubt sein sollten« (Brown und Forst 2014: 41, Übersetz. E.N.)². Nicht erlaubt sein sollten »Dinge«, die sich mit reziprok-allgemeinen Gründen zurückweisen lassen.

Forst betont an mehreren Stellen, dass sich die Realisierung der Gerechtigkeit *nicht* in (Rechts)Institutionen erschöpfe, diese müssten immer

1 Der zweifache Bezug auf das Recht steht im Zusammenhang mit der kritischen und konstruktiven Komponente von Forsts Gerechtigkeitstheorie (vgl. 6.1).

2 Vgl. Forst 2020b: 182 und 187.

für eine »Selbstkorrektur« (Forst 2007a: 267) offen bleiben,³ gleichwohl ist die »Demokratie [als Regierungsform, E.N.][...] die einzig angemessene, doch niemals vollkommene institutionelle Materialisierung des Grundrechts auf Rechtfertigung« (Forst 2007a: 268 vgl. auch 6.4.2). Demokratie ist die Regierungsform, in der *Gesetze* durch *rechtlich* geformte Mitbestimmungsformen (konkret in Form des Wahl- und Parteienrechts etwa) gegeben werden.

Bereits in *Kontexte der Gerechtigkeit* aber auch in späteren Texten wird deutlich, dass das positive Recht, das Forst als »einzig angemessene, doch niemals vollkommene« Realisierung der Gerechtigkeit vor Augen hat, der allgemeinen modernen Rechtsform entspricht (vgl. 2.3). So bildet etwa in seiner Diskussion des rechtlichen Kontextes in *Kontexte der Gerechtigkeit* die Behandlung der »[s]ubjektive[n] Freiheitsrechte« ein eigenes Unterkapitel (Forst 1996: 131–142).⁴ Subjektive Rechte, jedenfalls in einer Deutung, die ihren relationalen oder intersubjektivistischen Charakter⁵ betont, sind Bestandteil des rechtlichen Kontexts, mit dem Forst sich auseinandersetzt und auf den sich die Gerechtigkeit notwendig bezieht. Sie bieten »eine äußere Schutzhülle« partikularer Identitäten«, d.h. »niemand [darf] gezwungen werden [...], für die Werte, die für ihn (oder sie) gelten, allgemeine Gründe anführen zu müssen.« (Forst 1996: 131, 132) Das gilt allerdings nur, wenn dasjenige, was »unter der Schutzhülle« getan wird, nicht durch die Kriterien der Reziprozität und

- 3 Wenn mit der Selbstkorrektur gemeint ist, dass Institutionen sich verändern, dann verweist Forst an dieser Stelle eher auf eine historische Perspektive (vgl. 7.6 und 11) als darauf, wie Institutionen selbst so gestaltet sein können, dass sie responsiv auf gesellschaftliche Entwicklungen reagieren können.
- 4 Ich fokussiere mich hier auf Forsts Erwähnung von subjektiven Freiheitsrechten neben sozialen Teilhabe- und politischen Teilnahmerechten, weil die Form der ersteren auch für die letzteren beiden grundlegend ist (dazu 2.2). Zu Teilhabe- und Teilnahmerechten bei Forst, siehe etwa die Einträge im Sachregister von *Kontexte der Gerechtigkeit*, S. 476 (Rechte, politische Teilnahmerechte und Rechte, soziale Teilhaberechte).
- 5 »Subjektive Rechte stehen nicht jenseits intersubjektiver Zusammenhänge und kommen nicht atomistischen, kontextlosen und individualistischen Subjekten zu, sondern sichern die allgemeine Anerkennung als Rechtsgenossen und die besondere Möglichkeit der Entwicklung eigener Identitäten in verschiedenen, intersubjektiv-ethischen Kontexten und Gemeinschaften.« (Forst 1996: 131) Vgl. auch 7.3.
- 6 An dieser Stelle führt Forst auch den altgriechischen Wortursprung von *persona* an, den Arendt betont: »Hannah Arendts [...] Begriff der »schützenden Maske der Rechtsperson« reflektiert die Bedeutung von »persona« als »Maske«, die als Schutzhülle persönlich-ethische Autonomie *ermöglicht* und von rechtlich autonomen Personen *fordert*, diese Möglichkeit anderen nicht zu bestreiten.« (Forst 1996: 113)

Allgemeinheit zurückweisbar ist (vgl. Forst 1996: 132). Dass das, was sich »unter der Schutzhülle« verbirgt, Schutz verdient und dieser Schutz nicht stets aufs Neue mit reziprok-allgemeinen Gründen gerechtfertigt werden muss, wird dabei als Ergebnis von »*congealed and solidified justifications*« (Forst 2017a: 21) betrachtet. Unter einer geronnenen und verfestigten Rechtfertigung ist dabei eine zu verstehen, die über längere Zeit nicht mit *guten* Gründen hinterfragt wurde. Beispielhaft könnte man also sagen: Es ist gerechtfertigt (im Sinne einer geronnenen und verfestigten Rechtfertigung), dass eine Bürgerin Deutschlands sich nicht dafür rechtfertigen muss, mit wem sie sexuelle Intimbeziehungen eingeht.

Anders als bei Habermas ist diese moderne Rechtsform für Forst *normativ* von der Gerechtigkeit gefordert und nicht gewissermaßen historisch gegeben (zu Habermas s.u.). Deshalb betont Forst auch den *Eigenwert* oder den »instrinsische[n] Wert« (Forst 2007a: 176) von subjektiven Freiheitsrechten über die Tatsache hinaus, dass sie eben in der modernen Rechtsform enthalten sind oder dass sie Bedingungen der Möglichkeit kollektiver Autonomie sind (vgl. schon Forst 1996: 132, Fn. 43).⁷ Forst kritisiert, dass Habermas' Konzeption »downplays the normative importance and reasons for rights to personal autonomy and makes them *instrumental* to the legal institutionalization of political self-determination« (Forst 2017a: 20). Forst argumentiert deshalb ganz explizit dafür, dass »rights constitute an important part of what I call fundamental *justice*« (Forst 2017a: 23, Herv. E.N.).⁸ Im Anschluss an Forst vertritt auch Gädeke im Gegensatz zu Habermas die These, dass die Rechtsform »selbst moralisch [bzw. aus der Gerechtigkeitsperspektive, E.N.] geboten ist« und nicht gewissermaßen bloß als Ergebnis einer historischen Entwicklung akzeptiert werden müsse (Gädeke 2017: 198, Fn. 60). Forst interessiert sich also für die *Gerechtigkeit*, die sich im Recht materialisieren muss und Habermas für die *Legitimität* der (historischen gewachsenen) modernen Rechtsform (vgl. auch 6.4.6).⁹

Um einen Bogen zurück zum Thema des letzten Kapitels zu schlagen, möchte ich an dieser Stelle einen Absatz einschieben, in dem das

7 Vgl. zur Betonung des »moralischen Eigenwert[s] der Rechtsform« als einer Kritikströmung an Habermas' Philosophie des Rechts (Iser und Strecker 2010: 200).

8 Angesichts von Kritiken an subjektiven Rechten hält Forst sich allerdings offen, dass es eine normative Ordnung geben könnte, in der die Funktion von Rechten anderweitig übernommen würde. Das hieße auch, dass es womöglich eine gerechte Ordnung ohne modernes positives Recht geben könnte. Da Forst auf diese Möglichkeit allerdings nicht weiter eingeht, lasse ich sie unberücksichtigt (vgl. Forst 2017a: 28).

9 Vgl. meine Rezension von Herlin-Karnell und Klatt 2020 für weitere Ausführungen zu der Frage, wie eng Gerechtigkeit und Recht bei Forst zusammenhängen (Neuhann 2020a).

Verhältnis von Gerechtigkeit und Recht bei Forst auch noch einmal von der Seite des Rechts ausgehend betrachtet wird. Wenn man – wie ich es *nicht* getan habe (vgl. 7.2) – die *rekursive* Methode der Begründung von Forsts moralischem Rechtfertigungsprinzip betonen würde, würde sich an dieser Stelle nochmals Forsts Abgrenzung von Habermas einebnen. Dann könnte man nämlich argumentieren, dass das moralische Rechtfertigungsprinzip das Ergebnis der Reflexion auf den Geltungsanspruch von (historisch gegebenen) Normen des modernen Rechts sei. Eine solche Deutung legen manche Äußerungen von Forst nahe. So schreibt Forst etwa, dass »die besondere *politisch-moralische* Rechtfertigungsbedürftigkeit der Ausübung politischer Macht und der Herrschaft des zwingenden Rechts *folgt* [...]« (Forst 2003a: 590, letzte Herv. E.N.) Oder: »Dieses moralische Grundrecht auf Rechtfertigung basiert auf dem *rekursiven* allgemeinen Prinzip, dass eine jede Norm, die Zwang legitimieren soll [eine Rechtsnorm, E.N.] (oder allgemeiner gesprochen, die eine moralisch relevante Einmischung in die Handlungen anderer rechtfertigt)¹⁰, für sich beansprucht, reziprok-allgemein gültig zu sein und deswegen durch reziprok-allgemein nicht zurückweisbare Gründe zu rechtfertigen sein muss.« (Forst 2011: 170) Diese Überlegung verfolge ich nun allerdings wegen meiner interpretatorischen Entscheidung in Kapitel 7 (7.2) nicht weiter.

Wenn wir nun wieder das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit von der Seite der Gerechtigkeit aus betrachten, ist bis hierhin deutlich geworden, dass Forst eine Realisierung der Gerechtigkeit im Recht für notwendig erachtet. Forsts Auseinandersetzung mit dem Recht beschränkt sich aber auf eine Reflexion auf die Kriterien für die Konstruktion oder Beurteilung des *gerechten Inhalts* von Grundrechten (vgl. Forst 2017a: 22–27), Gesetzesnormen und auch Gerichtsurteilen, insbesondere Bundesverfassungsgerichtsurteilen (vgl. Forst 2003a: 708–745 und Forst 2015a: 151–168). Bei Grundrechten und Verfassungsgerichtsurteilen sind die Kriterien dabei diejenigen von Reziprozität und Allgemeinheit. Bei einfachen Gesetzesnormen gelten diese Kriterien nur vermittelt: Ein Gesetz ist gerecht, wenn es durch ein Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen ist, welches »im Großen und Ganzen« Urteile produziert, die diesen Kriterien nicht widersprechen. Das bedeutet aber nicht, dass der Wähler einer Partei mit einem bestimmten Reformprogramm oder die Parlamentarierin, die in einem Ausschuss ein Gesetz mit ausgearbeitet hat, *selbst*

10 Die Klammer lässt wiederum offen, ob es auch ohne positive Rechtsnormen, Normen – etwa moralische – geben könnte, die einen solch starken Geltungsanspruch wie das Recht stellen, ohne dass sie durch Zwangsgewalt gestützt werden (wie das Recht) und dieser starke Geltungsanspruch dann Rückschluss auf die strikten Geltungskriterien von Reziprozität und Allgemeinheit zulassen würde. Kritisch zum Status der Klammer in dem Zitat: Steinhoff 2015: 87.

nur reziprok-allgemeine Gründe verwenden darf (zur Mittelbarkeit der Geltung der Kriterien von Reziprozität und Allgemeinheit, siehe schon 6.1).¹¹ Im Folgenden beziehe ich mich vor allem auf Fragen der Rechtsform bezogen auf die Ebene einfacher Gesetze.¹²

Ich möchte nun dafür argumentieren, dass Forsts (vermittelte) Kriterien für die inhaltliche Gerechtigkeit einer Gesetzesnorm, nämlich, dass alle von ihr betroffenen ihre reziprok-allgemeine Geltung einsehen können müssen, eigentlich ein Interesse am Recht über die inhaltliche Gerechtigkeit von Gesetzesnormen hinaus, nämlich ein Interesse an der Rechtsform, zur Folge haben müsste. Das für diesen Kontext entscheidende Merkmal der Rechtsform – die die Grundlage einer Steuerung oder Regulierung von Gesellschaft durch Recht darstellt¹³ – ist, dass Gesetzgebung und -anwendung eines Gesetzes *zeitlich* auseinanderfallen:

»Eine Rechtsordnung ist immer mehr und anders als ein System verbal formulierter Rechtssätze [oder Gesetzesnormen, E.N.]. Ein Rechtssatz entfaltet die ihm innewohnende normative Kraft, indem er zu konkreter Anwendung erlangt. [...] Es kann für eine Rechtsnorm als Teilkonstituente eines lebenden Rechts nicht gleichgültig sein, ob und wie sie jeweils angewandt wird.

So gesehen haftet jeder Rechtsnorm ein Element der ›Unfertigkeit‹ an. Ungleich anderen menschlichen Erzeugnissen [...] ist die Rechtsnorm (nachdem sie einmal *da* ist) von dem Verhalten der Menschen, die sie angeht, keineswegs unabhängig. Rechtsnormen werden nicht hineingestellt in den Fluß der Geschichte als ›fertige Produkte‹ [...], die einmal erzeugt, bleiben, was sie ihrer Idee nach von jeher waren. Die Rechtsnorm tritt ein in die geschichtliche Zeit. Die Zeit steht nicht still, und die Rechtsnorm geht sozusagen mit.« (Husserl 1955: 22f.)

Dass eine Rechtsnorm angewendet werden muss und es eine methodische Frage darüber gibt, wie diese Anwendung vonstattengehen soll, gilt allgemein – unabhängig von der ›ursprünglichen‹ normativen Rechtfertigung der Norm. Wenn aber die ›ursprüngliche‹ Rechtfertigung einer Rechtsnorm, wie bei Forst, in ihrer Qualität von den Interessen und Meinungen der Betroffenen abhängig gemacht wird, stellt sich noch grundsätzlich die Frage, ob es überhaupt im Sinne der ›ursprünglichen‹

11 Das ist auch wichtig, weil ein politisches Problem nicht schon dadurch gelöst ist, dass es nicht den Kriterien der Reziprozität und Allgemeinheit widerspricht. Es mag eine Menge von Optionen geben, die diesen Kriterien nicht widersprechen und zwischen denen dennoch eine Entscheidung getroffen werden muss.

12 Zur Verfassungsebene siehe Kapitel 11 und 12.2.1.

13 Dieser Einschub bezieht sich auf die methodische Überlegung (1.2) zurück, dass eine kritische Theorie sich auch für die Konsequenzen der Durchsetzung (nicht nur die Begründung des Inhalts) von Normen interessieren sollte.

Rechtsnorm sein kann, sie zum späteren Zeitpunkt der Rechtsanwendung – ohne erneute Prüfung der Kriterien von Reziprozität und Allgemeinheit – auf die dann Betroffenen anzuwenden (vgl. 8.3 für eine ähnliche These in Bezug auf Habermas). Forsts Kriterien der Reziprozität und Allgemeinheit können nur bezogen auf eine *begrenzte* Allgemeinheit Entscheidungskraft entfalten (vgl. 6.1). Die relevante ›begrenzte Allgemeinheit‹ oder Gruppe von Betroffenen kann sich aber vom Zeitpunkt der Gesetzgebung (t_1) zum Zeitpunkt der Rechtsanwendung (t_2) in entscheidender Weise geändert haben, sodass die ›ursprüngliche‹ Rechtfertigung – zumindest ohne erneute Prüfung – nicht als geltend vorausgesetzt werden kann. Die Trennung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung hat aber auch einen normativen Sinn, nämlich willkürliche Regierung zu verhindern (vgl. 2.3 und im Anschluss an Maus Lieber 2007: 227 sowie Gädeke 2017: 191–195), den Forst, weil er ja im Recht das Mittel zur Realisierung der Gerechtigkeit sieht, zumindest implizit zu affirmieren scheint. Explizit setzt er sich aber bisher nicht mit Fragen der »Gerechtigkeit der Rechtsanwendung« auseinander (Forst 2011: 30).

Im nächsten Unterkapitel beschreibe ich was Habermas unter der »Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit« versteht. Dies ist ein zentrales Problem der modernen Rechtsform, das Habermas mit seinem prozeduralistischen Rechtsparadigma zu lösen anstrebt. Habermas denkt allerdings nicht, dass es in Bezug auf das zeitliche Auseinander-treten von Gesetzgebung und -anwendung virulent ist, sondern löst es nur in Bezug auf Fragen der Gesetzgebung. Diese Lösung diskutiere ich in Teil 8.4 genauer und warum sie Forst meiner Ansicht nach nicht zur Verfügung steht. In 8.3 erläutere ich aber zunächst, dass die *Verortung der Lösung* des Problems der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit ausschließlich bezogen auf die Gesetzgebung selbst schon problematisch ist. Im Zuge dessen zeige ich auch den Zusammenhang der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit zu der Spannung von »Faktizität und Geltung« (Habermas) des Rechts und zu den bereits eingeführten Grenzen der Gerechtigkeit, der inneren und äußeren, auf.

8.2 Die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit (Habermas)

Mit *Faktizität und Geltung* (1992) hat Habermas seine zuvor entwickelte Diskurstheorie und Theorie des kommunikativen Handelns auf Fragen des Rechts und der Demokratie bezogen. Habermas schlägt darin schließlich ein »prozeduralistische[s] Rechtsparadigma« (Habermas 1994 [1992]: 493) vor, welches sowohl eine normative Konzeption legitimen Rechts, Überlegungen zur Rechtsform als auch gesellschaftstheoretische

Überlegungen zum ›Material‹, das rechtlich reguliert wird, enthält (vgl. Habermas 1994 [1992]: 527 und 2.3). In Abgrenzung dazu möchte Forst schon seit seiner Dissertation eine »Diskurstheorie der *Gerechtigkeit*« (Forst 2009a, Herv. E.N.) entwickeln (vgl. 6.4.6).

Der normative Grundsatz, der für Habermas die Beantwortung der Frage orientiert, welche gesetzlichen Normen legitim sind, ist das »Demokratieprinzip«: »Es besagt [...], daß nur die juristischen Gesetze legitime Geltung beanspruchen dürfen, die in einem ihrerseits rechtlich verfaßten diskursiven Rechtsetzungsprozeß die Zustimmung aller Rechtsgenossen finden können.« (Habermas 1994 [1992]: 141) Anders gesagt: Legitimes Recht muss auf diejenigen, für die es gilt, gleichzeitig als *Adressaten und Autoren* des Rechts Bezug nehmen. Auf die Herleitung des Demokratieprinzips kann ich an dieser Stelle nicht genauer eingehen. Es ergibt sich für Habermas aus der Anwendung des allgemeinen Diskursprinzips¹⁴ auf die besondere Form von Normen des modernen Rechts (vgl. Habermas 1994 [1992]: 154f.). Die Form des modernen Rechts ist dabei nicht selbst durch das Diskursprinzip (oder anders) begründet, sondern wird als Ergebnis des historischen Entwicklungsprozesses moderner Gesellschaften vorausgesetzt. Habermas unterscheidet zwischen der *allgemeinen modernen Rechtsform* und *spezifischen Unterformen der allgemeinen Rechtsform* (vgl. 2.3). Bevor ich darauf genauer eingehe, sei noch festgehalten, dass für Habermas seine »*Kommunikationstheorie der Gesellschaft*« (Habermas 1994 [1992]: 527) das durch das Recht zu regulierende ›Material‹ beschreibt. Für Habermas' Konzeption der Gesellschaft ist die Unterscheidung von System und Lebenswelt entscheidend (vgl. 8.4).

Zurück zur Rechtsform: Anders als beim liberalen und sozialstaatlichen Rechtsparadigma verweist das prozeduralistische, für Habermas, nicht auf »eine bestimmte Rechtsform« (Habermas 1994 [1992]: 494). Die in einer konkreten Problemlage angemessene Rechtsform ist für Habermas – genauso wie die Legitimität eines konkreten Gesetzes – dadurch zu bewerten, ob sie »auf den ursprünglichen Sinn [...] bezogen bleib[t] [...], daß jeder Rechtsakt zugleich als Beitrag zur politisch-autonomen Ausgestaltung der Grundrechte [...] verstanden werden kann« (Habermas 1994 [1992]: 494). Mit anderen Worten: Jedes legitime einfache Gesetz sowie jede Wahl einer spezifischen Rechtsform für eine konkrete Problemlage muss dem Demokratieprinzip unterliegen. Demokratische Selbstbestimmung ist wiederum, für Habermas (und Forst), durch »rechtlich institutionalisierte[] [...] Verfahren« geformt (Habermas 1994 [1992]: 499). Ob ein Gesetz oder eine spezifische Rechtsform als durch

14 »D [Diskursprinzip, E.N.]: Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen können.« (Habermas 1994 [1992]: 138) Vgl. Einleitung zu II.

das Demokratieprinzip legitimiert angesehen werden kann, ist demnach bereits durch Recht bedingt (das Recht, das die Verfahren der demokratischen Mitbestimmung ermöglicht). Dieses Recht lässt sich dadurch normativ ausweisen,

»daß die Adressaten als freie und gleiche Mitglieder einer Gemeinschaft von Rechtssubjekten behandelt werden, kurz: an der Gleichbehandlung der in ihrer Integrität zugleich geschützten Rechtspersonen. Juristisch drückt sich diese Konsequenz im Gleichbehandlungsgebot aus. Dieses schließt Rechtsanwendungsgleichheit, d.h. die Gleichheit der Bürger *vor dem* Gesetz ein, ist aber gleichbedeutend mit dem weiterreichenden Prinzip der Rechtsinhaltsgleichheit, welches besagt, daß in den jeweils relevanten Hinsichten Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden soll. Was jeweils ›relevante Hinsichten‹ sind, bedarf der Begründung.« (Habermas 1994 [1992]: 499)

Was sind aber gute Begründungen dafür, die Bestimmung der rechtlichen Gleichheit zu verändern? Das entscheidet sich für Habermas daran, ob die rechtliche Gleichheit einen angemessenen Bezug zu faktischen (Un)Gleichheitsverhältnissen unterhält. Wenn etwa Frauen und Männer im Arbeitsrecht gleichbehandelt werden, obwohl das Arbeitsrecht faktisch andere Konsequenzen für Frauen und Männer hat (weil diese faktisch anders leben), wäre eine Anpassung der Definition rechtlicher Gleichheit an faktische Ungleichheit zu erwägen. Das könnte heißen, dass Frauen und Männer in Bezug auf bestimmte arbeitsrechtliche Normen *anders* behandelt werden. Nehmen wir eine arbeitsrechtliche Regelung an, die besagt, dass man kein Anrecht hat, wieder in Vollzeit einzusteigen, wenn man eine bestimmte Zeit in Teilzeit gearbeitet hat. Da Frauen aufgrund von Erziehungszeiten öfter in Teilzeit arbeiten, würde sie diese Regel stärker betreffen. Man könnte sich also überlegen, dass hier rechtliche Gleichheit an faktische Ungleichheiten angepasst werden sollte, indem diese Regel nicht mehr für Frauen gilt, die wegen Erziehungsarbeit in Teilzeit gegangen sind. Eine solche Regelung würde aber umgekehrt die Gefahr bürden, Frauen in ihrer Rolle als Haupterzieherinnen ›festzusetzen‹. Genau an solchen Überlegungen entspinnt sich die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit.¹⁵

An dieser Stelle zeigt sich auch, dass ein falscher Umgang mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit entweder als ausbeutend oder normalisierend (vgl. Kapitel 3) verstanden werden kann (siehe dazu ausführlicher 8.5). Wenn eine rechtliche Regelung faktische Ungleichheiten von Gruppen ignoriert, ist sie ausbeutend in dem Sinne, dass sie die schwächer gestellte Gruppe übervorteilt bzw. die Struktur dieser faktischen Ungleichheit durch mangelnde Berücksichtigung stabilisiert oder

15 Speziell zu feministischen Auseinandersetzungen mit dem Recht, vgl. Habermas 1994 [1992]: 472ff.

gar produziert.¹⁶ Wenn eine rechtliche Regelung hingegen die faktischen Ungleichheiten in diesem Fall von Frauen und Männern festschreibt, wirkt sie normalisierend.

Ob und welche (Neu)Bestimmung rechtlicher Gleichheit in einer konkreten Situation geboten ist, ist allerdings für Habermas – gerade auch um solchen Beherrschungspotentialen von Ausbeutung und Normalisierung zu begegnen – wieder etwas, das von den Betroffenen selbst entschieden werden muss. Gründe für einen Vorschlag zu einer (Neu)Bestimmung rechtlicher Gleichheit sind letztlich nur dann

»gute oder ›ins Gewicht fallende‹ Gründe, wenn sie unter Diskursbedingungen ›zählen‹ und letztlich für das Publikum der Staatsbürger, als Autoren der Rechtsordnung, rational akzeptabel sind.« (Habermas 1994 [1992]: 500)

Es ergibt sich also ein Kreislauf, der »Machtkreislauf[]« des Rechts (Habermas 1994 [1992]: 492): Legitime Gesetze und die passende spezifische Rechtsform sollen mithilfe eines rechtlich geregelten demokratischen Mitbestimmungsverfahrens bestimmt werden. Dieses Verfahren kann aber nur zu legitimen Ergebnissen führen, wenn hierin schon die rechtliche Gleichheit angemessen bestimmt ist; wie diese angemessen zu bestimmen ist, ist wiederum durch die Betroffenen selbst (mithilfe eines rechtlich geregelten demokratischen Mitbestimmungsverfahrens) zu bestimmen. Um dies als einen *produktiven* und keinen »teuflischen Kreislauf« ansehen zu können, ist es für Habermas entscheidend, *dass der rechtlich institutionalisierte Gesetzgebungsprozess von einem informellen Meinungs- und Willensbildungsprozess begleitet wird*. Diese »Lösung« der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit – und warum sie Forst meinem Dafürhalten nach nicht ohne Weiteres zur Verfügung steht – diskutiere ich in 8.4.

Im nächsten Teil 8.3 möchte ich aber zunächst diesen ausschließlich legislativen Ansatzpunkt für den angemessenen Umgang mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit problematisieren. Dabei zeige ich auch das Verhältnis der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit zu der Spannung zwischen »Faktizität und Geltung« des Rechts sowie der inneren und äußeren Grenze der Gerechtigkeit auf.

16 Vgl. dazu Menkes These, die ich in 3.1.1 dargestellt habe, dass die Logik des Privatrechts Ungleichheiten nicht *nur ignoriert*, sondern *produziert*.

8.3 Die normative Bedeutung des zeitlichen Auseinandertretens von Gesetzgebung und Rechtsanwendung

Habermas differenziert bei der für das moderne Recht zentralen Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit nicht zwischen Fragen der Gesetzgebung und Rechtsanwendung und findet (wie oben bereits angedeutet und in 8.4 auszuführen sein wird) nur auf Seiten der Gesetzgebung einen (produktiven) Umgang mit ihr. Um das deutlich zu machen, zitiere ich nochmals den mittleren Satz des oben bereits aufgeführten Zitats aus *Faktizität und Geltung*:

»Dieses [das Gleichbehandlungsgebot] schließt Rechtsanwendungsgleichheit, d.h. die Gleichheit der Bürger *vor dem* Gesetz ein, ist aber gleichbedeutend mit dem weiterreichenden Prinzip der Rechtsinhalts-gleichheit, welches besagt, daß in den jeweils relevanten Hinsichten Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden soll.«

Im Folgenden möchte ich zeigen, dass sich die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit aber gerade in dem zeitlichen Auseinandertreten von Gesetzgebung und Rechtsanwendung in besonderer Weise zeigt.

Um zu argumentieren, dass sich die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit, entgegen Habermas' Verständnis, gerade *im* Auseinandertreten von Gesetzgebung und Rechtsanwendung zeigt, bedarf es zweier Schritte: Erstens sei aufgezeigt, warum es überhaupt naheliegt, die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit auf den Unterschied zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung zu beziehen. Habermas beschäftigt sich, zweitens, in *Faktizität und Geltung* in zwei Kapiteln (V und VI) ausführlich mit Fragen der Rechtsanwendung. Es muss erläutert werden, warum Habermas denkt, dass sich die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit an dieser Stelle nicht oder nicht auf problematische Weise zeigt.

Wie oben erläutert ist das Prinzip, um legitimes Recht auszuzeichnen, für Habermas das Demokratieprinzip. Es entspricht dem Grundsatz, dass Recht dann legitim ist, wenn die *Adressat/innen* des Rechts gleichzeitig als *Autor/innen* desselben verstanden werden können, d.h. , dass legitime Gesetze als selbstgegebene Gesetze verstanden werden können müssen oder als Ausdruck kollektiver Autonomie. Die Doppelrolle der Rechtsgenoss/innen ist nun nicht gleichmäßig auf den Zeitpunkt der Gesetzgebung und den der Rechtsanwendung verteilt. Sondern man kann sagen, dass in der Rechtsanwendung die Adressat/innenrolle dominiert. So kann eine Angeklagte etwa nicht in einem laufenden Prozess in die Autorinnenrolle schlüpfen und die Geltung des Gesetzes, das die Grundlage der Anklage ist, infrage stellen. In der Gesetzgebung

dominiert hingegen die Autor/innenrolle.¹⁷ Die jeweilige Dominanz einer Rolle scheint aus Perspektive des demokratischen Legitimationsprinzips erst einmal problematisch – inwiefern kann sich die Angeklagte gleichzeitig als Autorin des Rechts verstehen?¹⁸

Das Thema der Rechtsanwendung wird von Habermas in *Faktizität und Geltung* in zwei Kapiteln ausführlich diskutiert: in Kapitel V. (»Unbestimmtheit des Rechts und Rationalität der Rechtsprechung«) und in Kapitel VI. (»Justiz und Gesetzgebung. Zur Rolle und Legitimität der Verfassungsrechtsprechung«) gesondert bezogen auf Fragen der Verfassungsrechtsprechung – also der Anwendung des Verfassungsrechts. Zuvor hatten sich bereits Robert Alexy und Habermas' Schüler Klaus Günther dem Problem der Rechtsanwendung aus diskurstheoretischer Sicht gewidmet (vgl. Lieber 2007: 235). Habermas stützt sich in seinen Ausführungen stark auf Günther, weshalb es laut Lieber sogar »gerechtfertigt [sei, E.N.], Klaus Günthers Schriften als im Wesentlichen stellvertretend auch für Habermas' Position heranzuziehen« (Lieber 2007: 238). Im Zentrum steht dabei Günthers aus seiner Dissertation hervorgegangenes Buch *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht* (1988).

Die Ausgangslage, welche die Beschäftigung mit der Möglichkeit der »Rationalität der Rechtsprechung« relevant werden lässt, ist, dass jede Rechtsnorm notwendig *unbestimmt* ist und nicht bereits mitbeantwortet, wie sie korrekt angewendet werden kann. Damit aufgrund der Unbestimmtheit der Norm die Anwendung nicht willkürlich dem Urteil der Richterin überlassen wird, stellt sich die Frage nach den Rationalitätsstandards der Rechtsanwendung. Bei der Bestimmung der Rationalitätsstandards sind zwei Anliegen zu beachten, einerseits, dass die Anwendung des Rechts an die vorhergehende Rechtsprechung anschließt und somit »Rechtssicherheit« gewährleistet ist und andererseits dass der konkrete Fall *richtig* beurteilt wird. So schreibt Habermas:

17 Vgl. Lieber in Bezug auf Günther: »Bezogen auf den konkreten Fall träten die Parteien deshalb nur als (strategisch handelnde) Adressaten des Rechts auf, ihre Rolle als (kommunikativ handelnde) Autoren des Rechts sei blockiert.« (Lieber 2007: 299) Auch Günthers Vorschlag in seinem Buch zum Strafrecht, eine »deliberative Person« als gemeinsame Tiefenstruktur sowohl der Rechtsperson (als Adressat) als auch des Staatsbürgers (als Autor) zu verstehen, muss als Antwort auf das Problem verstanden werden, dass in der Schuldzuschreibung (auf den ersten Blick) die Adressatenseite dominiert, was die Schuldzuschreibung aus diskursethischer Sicht erst einmal problematisch erscheinen lässt (vgl. Günther 2005: 245–258).

18 Dieser erste Punkt ähnelt meiner These aus 8.1, dass das Auseinanderfallen von Gesetzgebung und Rechtsanwendung aus Forsts Perspektive normativ Relevanz hat.

»Die dem Recht innewohnende Spannung zwischen Faktizität und Geltung manifestiert sich innerhalb der Rechtsprechung als Spannung zwischen dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem Anspruch, richtige Entscheidungen zu fällen.« (Habermas 1994 [1992]: 241f.)

Die Frage der rationalen Rechtsanwendung ausgehend von dem Problem der Unbestimmtheit des Rechts löst Habermas im Anschluss an Günther damit, dass er die Rechtsanwendung auch als Diskurs fasst und zwar als (Rechts)*Anwendungsdiskurs* im Unterschied zu (Rechts)*Begründungsdiskursen*, die in der Gesetzgebung virulent sind. Auf die Frage, was einen vernünftigen Rechtsanwendungsdiskurs ausmacht, der entsprechend zu einer angemessenen Normanwendung führt, kann ich hier nicht weiter eingehen (vgl. für eine hilfreiche Zusammenfassung von Günthers Theorie der Anwendung von (Rechts)Normen: Lieber 2007: 260–290). Vielmehr möchte ich im Anschluss an Tobias Lieber argumentieren, dass die Ausgangsproblematik, die eine Beschäftigung mit der Frage, wie die Rationalität der Rechtsanwendung überhaupt möglich sei, sich nicht in der Unbestimmtheit des Rechts erschöpft. Die These ist, dass das zusätzliche und für diesen Kontext wichtigere Ausgangsproblem darin liegt zu erörtern, inwiefern in der Situation der Rechtsanwendung von einer Bindung an das anzuwendende Gesetz, einer »Gesetzesbindung« (Lieber 2007: 220), die Rede sein kann und wie diese zu rechtfertigen ist. Im Kontext eines positiven, gesetzten Rechts gibt es schließlich keine Garantie dafür, dass die anzuwendende Norm überhaupt gerecht ist (vgl. Lieber 2007: 218f.): »Habermas [...] verkennt [...] die [...] Unterscheidung zwischen der Unterkomplexität und der Ungerechtigkeit einer gesetzlichen Vorgabe und überträgt eine Lösung, die nur für den ersten Fall geeignet ist, auch auf den zweiten.« (Lieber 2007: 220) Aber woran liegt es, dass Habermas die Eigenständigkeit des zweiten Problems der Rechtsanwendung unterschätzt?

Habermas stützt sich wie erwähnt grundsätzlich auf Günthers Ausführungen zu Anwendungsfragen im Recht. In seinem Buch *Sinn für Angemessenheit* geht es Günther aber nur im vierten von vier Teilen speziell um Fragen der Rechtsanwendung. Sein grundsätzliches Interesse ist es, für *alle* Normen, die in das Blickfeld einer diskursethischen Perspektive treten, vor allem moralische Normen, die These (insbesondere gegen Albrecht Wellmer) zu verteidigen, dass es einen Unterschied zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskursen überhaupt gibt (vgl. Günther 1988: 65–81). Das hat zur Konsequenz, dass es, für Günther, *kein besonderes Kennzeichen von Rechtsnormen* ist, dass ihre Begründung und Anwendung (durch die Gewaltenteilung von Legislative und Judikative) getrennt ist, sondern, dass es ein generelles Kennzeichen von Normen ist, dass sie getrennt begründet und angewendet werden können.¹⁹

19 An dieser Stelle wird die Gesetzgebung also als Pendant der Begründung einer Norm im Bereich der Moral und die Rechtsanwendung als Pendant

Deshalb ist es für Günther und Habermas gar kein spezielles Problem des Rechts, dass die Anwendung einer Norm gebunden ist an den Inhalt der zuvor als gültig akzeptierten Norm (vgl. Lieber 2007: 260f.). Das Problem der Gesetzesbindung als Ausgangsproblem für die Beschäftigung mit der Möglichkeit der Rationalität der Rechtsanwendung erscheint deshalb gar nicht erst als Problem.

Nun könnte man auf zwei Weisen dafür argumentieren, dass es, entgegen Günther und Habermas, ein besonderes Problem des Auseinanderfallens von Gesetzgebung und Rechtsanwendung gibt, das sich im moralischen Bereich nicht stellt: Erstens könnte man dafür argumentieren, dass es im Bereich der Moral gar nicht möglich sei, zwischen Begründung und Anwendung so strikt zu unterscheiden, weshalb dann das Auseinandertreten von Begründung und Anwendung ein speziell juridisches Problem wäre, oder aber man argumentiert zweitens dafür, dass es bedeutende Unterschiede zwischen dem moralischen und rechtlichen Bereich gibt, etwa den Unterschied von individueller und kollektiver Autonomie, die der jeweiligen Unterscheidung von Begründung und Anwendung eine andere Bedeutung geben.

Mit Forst lässt sich die erste Argumentation verfolgen: Er erkennt den Unterschied zwischen Begründung und Anwendung im Bereich der Moral nämlich nicht an: »[...] Normbegründung und Normanwendung [lassen sich] nicht strikt trennen« (Forst 1996: 404) oder »Begründung und Anwendung [sind, E.N.] im Begriff der Rechtfertigung [verklammert, E.N.]« (Forst 1996: 405, vgl. schon 6.3.1). Deshalb lässt sich sagen, dass das Auseinanderfallen von Begründung und Anwendung im Bereich des Rechts speziell für diesen Kontext ist und für Forst deshalb *prima facie* ein Problem darstellen muss – und zwar nicht nur als Spezifikation des Problems, das für Günther und Habermas auch schon im Bereich der Moral anzutreffen ist, wie allgemeine Normen in bestimmten Fällen angemessen angewendet werden können (*Problem der Unbestimmtheit*), sondern als das Problem, warum in der Anwendungssituation, bei der Entscheidung über konkrete Fälle, überhaupt eine Gesetzesbindung vorliegen soll (*Problem der Gesetzesbindung*). Da mich dieses letztere Problem der Gesetzesbindung interessiert, setze ich mich an dieser Stelle nicht ausführlich mit Günthers oder Habermas' Ausführungen zu Fragen der Rechtsanwendung auseinander. Ich werde in 8.4 aber das, was ich als Habermas' Lösung für das Problem der Gesetzesbindung

zur Anwendung einer Norm im Bereich der Moral gesetzt. Diese Redeweise schließt nicht aus, dass es auch Sinn ergibt, von der Begründung einer Rechtsanwendung (wie in einer Urteilsbegründung) zu sprechen. Es muss beachtet werden, in welchem Sinne jeweils von Begründung die Rede ist. Im Folgenden meine ich mit der ›Begründung‹ im Recht die Gesetzgebung. Dabei kommt auch die semantische Dimension ›ins Leben rufen‹ oder ›erschaffen‹ von ›Begründung‹ zur Geltung.

ansehen, erläutern. Diese Lösung situiert Habermas allerdings nicht selbst im Kontext von Fragen der Rechtsanwendung, weil er dabei, wie erläutert, das Problem der Gesetzesbindung nicht für entscheidend erachtet (sondern nur dasjenige der Unbestimmtheit des Rechts). Das Problem der Gesetzesbindung sehe ich wiederum als Ausdruck der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit: Warum sollte zum Zeitpunkt der Rechtsanwendung die Definition rechtlicher Gleichheit gelten, die zum Zeitpunkt der Gesetzgebung festgelegt wurde? Schließlich könnte es doch sein, dass sie ›den Kontakt‹ zu den faktischen (Un)Gleichheitsverhältnissen zum Zeitpunkt der Rechtsanwendung verloren hat. Es geht mir dabei nicht darum, den Sinn dieser Bindung ›an die Vergangenheit‹ vorschnell zu leugnen, sondern darum aufzuzeigen, dass er aus der Perspektive eines diskurstheoretischen Legitimations- oder Gerechtigkeitsprinzips nicht selbstverständlich ist.²⁰

Als selbstverständlich könnte man die Gesetzesbindung verstehen, wenn man sie schlicht als Teil der modernen Rechtsform ansieht, die Habermas in der Begründung des Demokratieprinzips voraussetzt. Das ist, zumindest ohne Weiteres, aber kein stichhaltiger Grund dafür, warum die Gesetzesbindung gelten sollte.²¹ Das gilt insbesondere, weil Forst die Rechtsform ja normativ ausweisen können will (vgl. 8.1); deshalb ist es aus seiner Perspektive definitiv gefordert, das Prinzip der Gesetzesbindung auf seine normativen Vor- und Nachteile hin zu untersuchen.

Bevor ich das Auseinanderfallen von Gesetzgebung und Rechtsanwendung (aus Perspektive des Problems der ›Gesetzesbindung‹) als Manifestation der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit in Bezug setze zu der inneren und äußeren Grenze der Gerechtigkeit, sei sie zu der dem Recht innewohnenden und für Habermas' Hauptwerk zur Rechts- und Politischen Theorie namensgebenden Spannung von »Faktizität und Geltung« ins Verhältnis gesetzt.

- 20 Lieber über Habermas »[D]ie Frage nach dem Grund der Gesetzesbindung der Rechtsprechung [taucht] gar nicht erst auf. Es bedarf dann [wenn angenommen wird, dass es auch in der Moral einen Unterschied zwischen der Begründung und Anwendung von Normen gibt, E.N.] keiner Erklärung dafür, warum die Rechtsprechung an eine ungerechte (beziehungsweise kontingente oder unterkomplexe) normative Vorgabe des Gesetzgebers eigentlich gebunden sein soll – eine Erklärung, die angesichts der postulierten Gleichsetzung von Legitimität und vermuteter diskursiver Akzeptibilität auch schwer zu geben wäre.« (Lieber 2007: 220)
- 21 Um Habermas' historische Voraussetzung der Rechtsform hinreichend begründet zu hinterfragen, müsste man sich aber ausführlicher damit auseinandersetzen, inwiefern er das Recht als zentral für die Reproduktion moderner Gesellschaften ansieht (Habermas 1981 [1987]: 229–293 und Habermas 1994 [1992]: insb. Kapitel I). Das leiste ich hier nicht.

Generell unterscheidet Habermas zwischen dem Recht internen und externen Spannungen von Faktizität und Geltung, wobei beide unterschiedliche Erscheinungsformen haben. Interne Spannungen zwischen Faktizität und Geltung sind solche, die der Rechtsform selbst innewohnen. Extern sind solche Spannungen, in denen das Recht mit anderen gesellschaftlichen ›Mächten‹ oder Größen steht.²² Für sowohl interne als auch externe Spannungen gilt, dass ihnen das Merkmal des positiven Rechts zugrunde liegt, dass ›Recht‹ zugleich faktische Durchsetzungskraft hat und den Anspruch auf normative Geltung stellt. Zu den internen Spannungen des Rechts gehören die Spannung zwischen öffentlicher und privater Autonomie (Kapitel III.I.), Demokratie (bzw. Volkssouveränität) und Menschenrechten (Kapitel III.I.), rechtlicher und faktischer Gleichheit (Kapitel IX) sowie, wie bereits oben erwähnt, in Bezug auf Fragen der Rechtsanwendung die Spannung zwischen Richtigkeit und Rechtssicherheit (Kapitel V). Für die Fragen, ob äußere Spannungen bestehen, ist es entscheidend, inwieweit der Machtkreislauf des Rechts durch soziale Macht, d.h. Eigeninteressen von gesellschaftlichen Teilgruppen, verzerrt wird (Kapitel VII und VIII). Mit solchen gesellschaftlichen Partikularinteressen stünde das ›Recht‹ dann in einer äußeren Spannung. Wie deutlich werden wird, übersieht Habermas einen Zusammenhang zwischen der Erscheinungsform ›Richtigkeit vs. Rechtssicherheit‹ der internen Spannungsdimension und der externen Spannungsdimension (s.u. in diesem Unterkapitel).

Wie hängt nun die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit, die sich als Problem der Gesetzesbindung in Bezug auf das zeitliche Auseinandertreten von Gesetzgebung und Rechtsanwendung zeigt und eine Manifestation der inneren Spannung von Faktizität und Geltung (des Rechts) darstellt, mit den Grenzen der Gerechtigkeit zusammen?

Die innere Grenze der Gerechtigkeit ist das allgemeinstiftende Merkmal oder die Hinsicht der Gleichheit, auf die bezogen sich ein Gerechtigkeitkontext konstituiert. Die äußere Grenze bezieht sich auf die Extension der Gruppenmitglieder eines Gerechtigkeitkontextes (vgl. insbesondere 2.1, 6.1. und 6.5). Ich erläutere nun zunächst, inwiefern das Auseinandertreten von Gesetzgebung und Rechtsanwendung als eine Manifestation der inneren Grenze der Gerechtigkeit und zwar *in der Zeit* verstanden werden kann.²³

In der Rechtsanwendung darf sich die Bestimmung der rechtlichen Gleichheit im Vergleich zu ihrer Bestimmung zum Zeitpunkt der

22 Generell kann man sagen, dass Kapitel I, II, VII und VIII sich eher mit der externen und Kapitel III, IV, V, VI und IX sich eher mit der internen Spannung befassen. Zu einer Erläuterung zum Verhältnis von intern und extern vgl. Habermas 1994 [1992]: 349f.

23 In Bezug auf Forst habe ich das schon in 8.1 angedeutet.

Gesetzgebung nicht mehr ändern. Damit soll gewährleistet werden, dass die Richter:in den Fall nicht willkürlich, sondern genauso wie gleichgerichtete Fälle in der Vergangenheit behandelt. Die innere Grenze der Gerechtigkeit verläuft zwischen den Merkmalen der in einen Fall involvierten Personen, die bei der Beurteilung eine Rolle spielen dürfen, und den Merkmalen, die dies nicht dürfen. Während diese Grenze in der Vergangenheit festgelegt wurde, gilt sie auch für den gegenwärtigen Fall. Diese Manifestation der inneren Grenze der Gerechtigkeit erscheint mir als besonders wichtig, weil deren Verlauf nicht durch eine bessere Gesetzgebung etwa (die faktische Ungleichheiten adäquater repräsentiert) angepasst werden kann, sondern ein unüberwindbares Merkmal der Rechtsform, der Institutionalisierung der Gerechtigkeit selbst, darstellt.

Es ist zudem zu betonen, dass diese Manifestation der inneren Grenze eine ist, die intrinsisch mit Fragen der Zeitlichkeit zusammenhängt.²⁴ Um das zu verstehen, muss man sich in Erinnerung rufen, dass Habermas in Bezug auf Fragen der Rechtsanwendung eine Spannung von Rechtssicherheit und Richtigkeit ausgemacht hatte. Bei der Diskussion dieses Problems hatte er aber, wie beschrieben, das Problem der Gesetzesbindung nicht beachtet. Beachtet man dieses Problem, dann ergibt sich aber eigentlich eine Spannung zwischen ›Richtigkeit‹ und ›Richtigkeit‹ und zwar ›Richtigkeit‹ zu t_1 und ›Richtigkeit‹ zu t_2 . Lieber spricht von einem »[...] Konflikt zwischen zwei institutionalisierten Diskursen [dem legislativen und judikativen Diskurs, E.N.] – die *beide* den Anspruch der Richtigkeit erheben [...]« (Lieber 2007: 219, Herv. E.N.) Damit ist an dieser Stelle also eigentlich die *externe* und nicht die interne Spannung von Faktizität und Geltung, also »diejenige zwischen Gerechten und positiven Normen« (Lieber 2007: 213) relevant. Bezogen auf die Frage, wie nun der Konflikt zwischen diesen beiden Ansprüchen der Richtigkeit gelöst werden könnte, nimmt Lieber auch eine zeitliche Perspektive ein. Aus dieser Perspektive beziehen sich die beiden unterschiedlichen Ansprüche der Richtigkeit einerseits auf eine »zukunftsgewandte Normierung« [Richtigkeit t_1] und andererseits auf eine »rückblickende Beurteilung« [Richtigkeit t_2]. Gerhart Husserl betont dazu passend, dass Personen, die eine bestimmte Gewalt (Legislative, Judikative, Exekutive) vertreten, unterschiedliche Zeitperspektiven innehaben: Die Perspektive des Gesetzgebers betont die Zukunft, diejenige der Judikative

24 Mit dieser Feststellung wird der Unterschied zwischen dem ›historischen‹ und ›gegenwärtigen‹ bzw. institutionellen Versuch, den Grund der Gerechtigkeit (der wiederum die Notwendigkeit der Grenzen der Gerechtigkeit begründet sowie bestimmte Grenzziehungen stets dem Druck aussetzt, wieder durchbrochen werden zu können) in der Realisierung der Gerechtigkeit angemessen zu berücksichtigen, relativiert (vgl. 7.6, s.u. in diesem Unterkapitel und 11.1).

die Vergangenheit und diejenige der Exekutive die Gegenwart (Husserl 1955: 52–62).²⁵

Von der Manifestation der inneren Grenze der Gerechtigkeit als zeitliches Auseinandertreten der Gesetzgebung und Rechtsanwendung lässt sich die Brücke schlagen zu anderen, häufiger diskutierten Fragen des Verhältnisses von Zeit und Recht, etwa *wie lange* Verfassungen Gültigkeit besitzen sollten (vgl. 7.6, 11 und 12.2.1). Denn die Frage der Gesetzesbindung wirft die generellere Frage auf, welche normative Bedeutung es für eine Rechtsordnung insgesamt haben sollte, was in der Vergangenheit als ›richtig‹ angesehen wurde – oder in Habermas' Worten – welchen Sinn Rechtssicherheit haben könnte. Zunächst möchte ich aber bei der Manifestation der inneren Grenze der Gerechtigkeit in dem zeitlichen Auseinandertreten von Gesetzgebung und -anwendung bleiben.

Da ich mich auf eine Manifestation der inneren Grenze der Gerechtigkeit fokussiere, sollte außerdem auch daran erinnert werden, dass die innere Grenze der Gerechtigkeit eng mit ihrer äußeren Grenze in Verbindung steht (vgl. 6.1 und 6.5). Deshalb verbindet sich mit dem Bestreben, einen richtigen Umgang mit Spannungen im nationalstaatlichen Recht zu finden, auch die Hoffnung, Fragen transnationalen Rechts adäquater konzeptualisieren zu können (vgl. 8.5, Calliess 1999: 272 und Teubner 2012: 19f.).

Von hier aus gibt es nun drei mögliche Wege, die Überlegungen weiterzuführen. Erstens lässt sich Habermas' ›Lösung‹ für die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit – trotz der vorangegangenen Problematisierung ihrer ausschließlichen Verortung in den Kontext der Gesetzgebung – genauer anschauen. Das mache ich im folgenden Teil 8.4. Zweitens könnte man sich bereits an dieser Stelle die Frage stellen, ob nicht die Rechtsform selbst, von der das zeitliche Auseinandertreten von Gesetzgebung und -anwendung ein notwendiges Merkmal ist, selbst das Problem ist. Lieber meint, dass es aus Habermas' normativer Perspektive nicht fern läge, diese Konsequenz zu ziehen,²⁶ auch wenn er anerkennt, dass Habermas diese Konsequenz ausdrücklich nicht ziehen will (vgl. Lieber 2007: 228).²⁷ Drittens kann man versuchen, die Dialektik von rechtlicher und

25 Auf diese Einteilung von Husserl beziehen sich auch: Günther 1995: 34, Fn. 31 und Möllers 2008: 89.

26 Lieber schlägt, weil er diese Konsequenz vermeiden will, vor, dass man Habermas' grundlegendes normatives und zwar diskurstheoretisches Verständnis des Rechts um die Berücksichtigung des Werts formeller Gleichheit ergänzen muss, um den »normativen Eigenwert« (30) des Rechts einfangen zu können. So ist auch der Titel seines Buches zu verstehen: *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit*. Auf Liebers Vorschlag komme ich im Schluss (12.2.1) noch einmal zurück.

27 Man könnte allerdings sagen, dass Habermas diese Konsequenz in abgeschwächter Version durchaus zieht, denn er will die Arten von Gründen für Begründungs- und Anwendungsdiskurse zwar in »[a]rgumentationslogisch[er]«

faktischer Gleichheit ernst zu nehmen und mit ihr umzugehen und zwar gerade in Bezug auf das Auseinanderfallen von Fragen der Gesetzgebung und -anwendung. Diesen dritten Weg schlage ich mit Bezug auf den Vorschlag eines »reflexiven Rechts« in 8.5 ein.

8.4 Habermas' Umgang mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit

Die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit diskutiert Habermas insbesondere im letzten Kapitel von *Faktizität und Geltung* (IX. Paradigmen des Rechts). Sie wird dort als eine generell das moderne Recht betreffende, jedoch im Sozialstaat besonders sichtbare Schwierigkeit eingeführt (vgl. Habermas 1994 [1992]: 484ff.). Habermas verfolgt das Ziel zu zeigen, dass er mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit in seinem prozeduralistischen Rechtsparadigma einen sinnvollen Umgang gefunden hat. Wie oben erläutert verortet Habermas diesen produktiven Umgang mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit auf der Seite der Bestimmung von Gesetzen (Gesetzgebung). Diese Verortung habe ich bereits im vorherigen Unterkapitel 8.3 problematisiert. Davon abgesehen soll nun dargestellt werden, wie das prozeduralistische Rechtsparadigma – zumindest bezogen auf die Gesetzgebung – die Spannung von rechtlicher und faktischer Gleichheit produktiv wendet.

Was würde es überhaupt heißen, diese Dialektik produktiv zu nutzen? Ich fokussiere mich hier auf eine notwendige Voraussetzung dafür. Diese notwendige Voraussetzung ist, dass im Gesetzgebungsprozess überhaupt *neue* und *authentische* Forderungen nach einer veränderten Bestimmung von rechtlicher Gleichheit aufkommen können und diesen potentiell auch nachgekommen wird (sie also gehört werden). Die wichtige nachgelagerte Frage, welche (neuen) Forderungen als Grundlage einer Neubestimmung rechtlicher Gleichheit angenommen werden sollten und welche nicht, lasse ich hier außen vor. Habermas bezieht sich an dieser Stelle auf das »Schleusenmodell« von Bernhard Peters (Habermas 1994 [1992]: 429f.).²⁸ Die Möglichkeit von neuen Forderungen für die Bestimmung von rechtlicher Gleichheit ist eine notwendige Bedingung

(Habermas 1994 [1992]: 235) Hinsicht trennen, ohne damit aber eine bestimmte Institutionalisierung dieser Trennung festzulegen (so auch: Gädeke 2017: 194, Fn. 44). Man könnte nun argumentieren, dass die institutionelle Trennung von Legislative und Judikative aber für die moderne Rechtsform entscheidend sei, und Habermas diese deshalb infrage stelle.

- 28 Für eine hilfreiche Zusammenfassung, siehe: Patberg 2018: 200–206. Patberg betont neben der filternden auch die transmittierende Funktion von Schleusensystemen.

für die produktive Nutzung der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit, weil schon der These, dass es diese Dialektik überhaupt gibt, die Annahme zugrunde liegt, dass es nicht möglich ist, eine für alle Zeit *richtige* Bestimmung rechtlicher Gleichheit vorzunehmen.

Ich möchte nun dafür argumentieren, dass sich bei Habermas die Erwartung, dass in (seinem Verständnis nach funktionierenden) realen Gesetzgebungsprozessen Forderungen für die (Neu)Bestimmung rechtlicher Gleichheit auftauchen können (und werden), dadurch ergibt, dass er stets betont, dass ein Modell deliberativer Demokratie »zweigleisig[]« (Habermas 1994 [1992]: 369) operieren muss. Eine zweigleisige Demokratie beruht sowohl auf formellen bzw. institutionalisierten als auch auf informellen Meinungs- und Willensbildungsprozessen. In Kapitel IX. von *Faktizität und Geltung* rekurriert Habermas auf dieses zweigleisige Modell deliberativer Demokratie, um die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit zu entschärfen, aber er entwickelt und führt es bereits in vorhergehenden Kapiteln aus (insbesondere in Kapitel IV, VII und VIII). Ich kann im Folgenden nur das allgemeine Gerüst von Habermas' Verständnis deliberativer Demokratie, das er ausführlich in *Faktizität und Geltung* und in daran anschließenden Publikationen entwickelt²⁹ darstellen. Etwas ausführlicher werde ich allerdings auf wichtige Weichenstellungen für dieses Modell aus der *Theorie des kommunikativen Handelns* (Band II) eingehen.

Ein hilfreicher Einstieg, um Habermas' Vorstellung eines gut funktionierenden, demokratischen Prozesses zu verstehen, ist die Bezeichnung, dass es sich eben um ein Modell *deliberativer* Demokratietheorie handelt (vgl. sein Aufsatz »Drei Modelle der Demokratie«, in: Habermas 1999: 277–292). Deliberative Demokratietheorien gehen im Grundsatz davon aus, dass eine Entscheidung nicht als demokratisch legitimiert angesehen werden kann, wenn es bloß die von der Mehrheit (des Volkes) ausgewählte Option unter mehreren *vorgegebenen* Optionen ist.³⁰ Eine demokratisch legitimierte Entscheidung schließt ein, dass auch über die möglichen Optionen kollektiv beraten, eben deliberiert, wurde. Um dies an einem Alltagsbeispiel zu verdeutlichen: Es mag sein, dass ich mich in folgendem Szenario nicht wirklich an der Entscheidung für die Planung des Samstagabends beteiligt fühle. Ein Freund ruft mich an und fragt, »Hast Du Lust am Samstag mit mir ins Kino zu gehen?«. Ich sage: »Auf Kino habe ich nicht so große Lust, aber wir könnten in ein Restaurant gehen?«. Daraufhin beendet er das Gespräch und die Abendplanung mit der Begründung, dass er nichts unternehmen wolle, außer ins Kino zu gehen. Ich bin dann etwas beleidigt, weil ich mich vor die »vollendeten«

29 Insb. Habermas 1999.

30 Das wäre in Habermas' Terminologie das liberale Verständnis von Demokratie.

Optionen, Kino oder keine Unternehmung, gesetzt und nicht wirklich einbezogen fühle. Auf individueller Ebene ließe sich dieses Problem womöglich leicht über ein Gespräch zwischen mir und meinem Freund lösen. Auf gesellschaftlicher Ebene bedarf es aber eines größeren Theorieaufwands, um zu beschreiben, wie es gewährleistet werden kann, dass nicht nur verschiedene Optionen zur Wahl gestellt werden, sondern Bürger/innen auch die Möglichkeit haben, ihre Interessen oder Problemlagen selbst einzubringen. In Bezug auf das Beispiel wäre es also aus Sicht deliberativer Demokratie wünschenswert, wenn mein Bedürfnis ins Restaurant zu gehen irgendwie mit in den Entscheidungsprozess einfließen würde und nicht – wie fingiert – gar nicht als Option wahrgenommen würde.

Die Leistung, bisher politisch nicht wahrgenommene Bedürfnislagen, die für eine Veränderung der Bestimmung rechtlicher Gleichheit relevant sein könnten, aufzuspüren, übernehmen in Habermas' Modell insbesondere die *informellen* Prozesse der politischen Meinungs- und Willensbildung. Das sind Prozesse, die sich nicht auf institutionalisierte Partei- und Parlamentsstrukturen oder Wahlen reduzieren lassen. Das zentrale Stichwort ist hierbei die ›Öffentlichkeit‹. Für Habermas ist eine »Öffnung der institutionalisierten, aber unter Publizitätsvorschriften porös bleibenden politischen Meinungs- und Willensbildung gegenüber den informellen Kreisläufen der allgemeinen politischen Kommunikation« (Habermas 1994 [1992]: 225) entscheidend. Damit soll der »Zufluß von Themen, Beiträgen, Informationen und Gründen [...], die in einer egalitär strukturierten vorstaatlichen Sphäre³¹ frei flottieren« gewährleistet werden (Habermas 1994 [1992]: 226). Die (schwache³²) öffentliche Sphäre ist dabei wertvoll, weil sie im Gegensatz zum »parlamentarischen Komplex[]« (Habermas 1994 [1992]: 374) als »Medium *uneingeschränkter* Kommunikation« (ebd.) einen Ort bietet, »in dem *neue* Problemlagen sensibler wahrgenommen, Selbstverständigungsdiskurse breiter und expressiver geführt, kollektive Identitäten und Bedürfnisinterpretationen ungezwungener artikuliert werden können« (ebd., Herv. E.N.). Ein wichtiger Grund dafür, dass die (schwache) öffentliche Sphäre dies leisten kann, ist, dass sie selbst keine Entscheidungen treffen muss und deshalb freier Positionen ausprobieren kann, ohne auf sie ›festgenagelt‹ zu werden. Habermas spricht in diesem Kontext deshalb von einem »*Entdeckungszusammenhang* einer

31 Zu den Voraussetzungen einer funktionierenden öffentlichen Sphäre, s.u.

32 Habermas zählt auch etwa parlamentarische Verhandlungen zur Öffentlichkeit, allerdings zu einer ›starken‹ Öffentlichkeit. Zur Unterscheidung von starker und schwacher Öffentlichkeit, siehe: Habermas 1994 [1992]: 374–382. Ich fokussiere mich hier auf die schwache Öffentlichkeit, weil sie für die Funktion der Einspeisung neuer Gesichtspunkte entscheidend ist.

nicht durch Verfahren regulierten Öffentlichkeit« im Gegensatz zu einem weniger experimentellen »Rechtfertigungszusammenhang«³³ (Habermas 1994 [1992]: 373).

Damit die (schwache) Öffentlichkeit, die im vorherigen Absatz beschriebene Rolle einnehmen kann, ist es, neben der Tatsache, dass die Akteur/innen in ihr nicht entscheidungswirksam handeln, notwendig, dass sie »nicht-vermachtet[]« (Habermas 1994 [1992]: 374) ist. Mit Macht muss an dieser Stelle »soziale« anstatt kommunikativer Macht gemeint sein.³⁴ Um eine nicht-vermachtete Öffentlichkeit zu gewährleisten, ist es für Habermas wiederum entscheidend, dass sie in Verbindung zur »Zivilgesellschaft« (vgl. Kapitel VIII) steht. »Zivilgesellschaft« hat für Habermas eine genaue Bedeutung: Der Begriff der Zivilgesellschaft wird, erstens, an der systematischen Stelle eingesetzt, in der in einer überschaubaren demokratisch zu regelnden Gemeinschaft die »Versammlung autonomer Bürger« (Habermas 1994 [1992]: 170) zur Deliberation stehen würde. Das Ideal einer an öffentlichen Diskussionen teilnehmenden Bürgerschaft – auf der Agora einer griechischen Polis etwa – wird ersetzt durch »Kommunikationskreisläufe von Foren und Körperschaften« (Habermas 1994 [1992]: 170). Zu der Zivilgesellschaft gehören klassischerweise Vereine, Nichtregierungsorganisationen, Verbände oder Kirchen, aber keine (mächtigen) Wirtschaftsunternehmen. Es ist dementsprechend, zweitens, entscheidend, dass die Zivilgesellschaft gerade nicht mit der »bürgerliche[n] Gesellschaft« der liberalen Tradition, die Hegel schließlich als »System der Bedürfnisse«, d.h. als marktwirtschaftliches System der gesellschaftlichen Arbeit und des Warenverkehrs auf den Begriff gebracht hatte« (Habermas 1994 [1992]: 443) identisch ist.³⁵ Die Zivilgesellschaft muss wiederum »mit den privaten Kernbereichen der Lebenswelt rückgekoppelt[]« (Habermas 1994 [1992]: 445) sein.

An dieser Stelle sind ein paar Bemerkungen zu Habermas' Lebensweltbegriff vonnöten. In der *Theorie des kommunikativen Handelns 2* (1981) entwickelt Habermas ausführlich sein soziologisches Verständnis

33 Hat man Forsts sozialtheoretische Position vor Augen (das »Soziale« als Rechtfertigungsverhältnis, vgl. 6.3.2) stellt sich bereits an dieser Stelle die Frage, wie und ob Forst diesen bloßen Entdeckungs- und gerade nicht Rechtfertigungsraum konzeptualisieren kann.

34 Vgl. Kapitel IV von *Faktizität und Geltung* zu den unterschiedlichen Machttypen bei Habermas, neben kommunikativer und sozialer Macht nennt Habermas noch administrative und politische Macht.

35 Vgl. zur Rolle der Zivilgesellschaft in Abgrenzung zur bürgerlichen Gesellschaft für die Politische Theorie und Demokratietheorie die umfassende Studie von Cohen und Arato *Civil Society and Political Theory* (1992), auf die auch Habermas verweist (Cohen und Arato 1992, Habermas 1994 [1992]: 444f.).

der ›Lebenswelt‹ in Abgrenzung zum ›System‹.³⁶ Ich kann hier weder Habermas' Herleitung des Lebensweltbegriffs (ausgehend von einer Rezeption und Kritik von Edmund Husserls und Alfred Schütz' Begriff der Lebenswelt), eine genaue Rekonstruktion des Begriffs und der These der Rationalisierung der Lebenswelt (siehe dazu Strecker 2009: 209–216), noch eine Darstellung der Rezeption und Kritik des Lebensweltbegriffs bzw. der Unterscheidung von System und Lebenswelt leisten (vgl. dazu die Beiträge in Honneth und Joas 2002 [1986], Jaeggi 2009: 544 und Waldenfels 2016 [1985]: 94–119). Ich begnüge mich mit einer kurzen Darstellung der kennzeichnenden Merkmale der Lebenswelt im Unterschied zum System bei Habermas. Grundsätzlich ist es so, dass lebensweltliche soziale Phänomene nur durch kommunikatives bzw. verständigungsorientiertes Handeln reproduziert werden können, während systemische Verhältnisse durch strategisches Handeln reproduziert werden.³⁷ Kurz gesagt bedeutet kommunikatives Handeln, dass Personen ihre Handlungen mit anderen so zu koordinieren anstreben, dass sie sich über ihre jeweiligen Handlungsziele verständigen und strategisches Handeln, dass Akteure ihre Handlungen nach gegebenen Interessen ausrichten, ohne die Handlungsgründe anderer Personen zu berücksichtigen.³⁸ Die (rationalisierte) Lebenswelt unterteilt Habermas in drei Bereiche: Kultur, Gesellschaft und Persönlichkeit (vgl. Habermas 1981 [1987]: 209).³⁹ Quer zu dieser Unterteilung liegt die Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Teilen der Lebenswelt. Die Zivilgesellschaft ist in dem öffentlichen Teil des Gesellschaftsteils der Lebenswelt zu verorten. Sie bezieht sich dabei notwendig auf die nicht-öffentlichen Teile der Lebenswelt (s.u.).

Das folgende Zitat soll nun noch einmal zusammenfassend belegen, dass der Machtkreislauf des Rechts für Habermas nur durch seine Anbindung an die Lebenswelt legitimes Recht hervorbringen kann:

36 Siehe die »VI. Zweite Zwischenbetrachtung: System und Lebenswelt« (Habermas 1981 [1987]: 170–293).

37 Auch wenn die Lebenswelt nur durch verständigungsorientiertes Handeln und das System nur durch strategisches Handeln reproduziert werden kann, heißt das nicht, dass es in der Lebenswelt bzw. im System nur verständigungsorientiertes bzw. nur strategisches Handeln gibt. Vgl. Fn. 42 in diesem Kapitel.

38 Für eine leicht verständliche und ausführlichere Erläuterung siehe Iser und Strecker 2010: 79–87, insb. 85f.

39 Auf das genaue Verhältnis der Differenzierung zwischen Kultur, Gesellschaft und Persönlichkeit zu der Ausdifferenzierung von drei Geltungsansprüchen (subjektiv, objektiv, sozial) gehe ich hier nicht weiter ein, dazu: Neves 2009: 375. Zu den drei Geltungsansprüchen vgl. Einleitung zu II.

»[...] [L]egitimes Recht reproduziert sich nur in Formen eines rechtsstaatlich regulierten Machtkreislaufs, der sich aus den Kommunikationen einer nichtvermachteten, über zivilgesellschaftliche Institutionen in den privaten Kernbereichen der Lebenswelt verwurzelten politischen Öffentlichkeit speist.« (Habermas 1994 [1992]: 492)

Insbesondere der private Teil der Lebenswelt scheint für Habermas bedeutend, damit »neue« Themen in den Machtkreislauf eingespeist werden: »der Kommunikationszusammenhang einer aus Privatleuten zivilgesellschaftlich rekrutierten Öffentlichkeit ist auf die *spontanen Zufuhren* aus einer Lebenswelt angewiesen, die in ihren privaten Kernbereichen intakt ist.« (Habermas 1994 [1992]: 503, Herv. E.N.). Die »unbestimmt[e]« (Habermas 1981 [1987]: 201) Lebenswelt, bietet einen »jederzeit erweiterungsfähigen Wissensvorrat«, einen »unerschöpflichen Kontext« (Habermas 1981 [1987]: 202), auf den der Machtkreislauf des *legitimen* Rechts angewiesen ist.⁴⁰ Neben der Tatsache, dass aus der Lebenswelt *neue* Impulse kommen, ist es wichtig, dass diese als authentische oder ungezwungene Ausdrücke von Bedürfnissen verstanden werden können: Der Machtkreislauf des Rechts darf »den Kontakt mit einem ungezwungenen Prozeß der Bedürfnisartikulation« nicht verlieren (Habermas 1994 [1992]: 518f.).

Bevor ich nun darauf eingehe, warum Forst dieses Modell des Machtkreislaufs des Rechts zumindest nicht ohne Weiteres zur Verfügung steht, sei festgehalten, dass Habermas die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit also als produktiv nutzbar und nicht per se für »*dilemmatisch*« hält.⁴¹

In Abgrenzung von Habermas versteht Forst Gesellschaft nicht als zwischen System und Lebenswelt aufgespannt, sondern insgesamt als *Rechtfertigungsverhältnis* (vgl. Einleitung zu II und 6.3.2). Es gibt für Forst also nicht wie bei Habermas systemische Zusammenhänge, die »normfrei[]« (Habermas 1981 [1987]: 175) funktionieren.⁴² Das Ein-

40 Diese Zitate stammen zwar aus einem Teil von Habermas' Text, wo er Schütz' Lebensweltbegriff beschreibt, allerdings möchte er diese Merkmale der Lebenswelt in seinem Begriff beibehalten: »Der folgende Exkurs zeigt indessen, daß sich die phänomenologisch beschriebenen Grundzüge der konstituierten Lebenswelt ohne Schwierigkeiten erklären lassen, wenn man ›Lebenswelt‹ als Komplementärbegriff zum ›kommunikativen Handeln‹ einführt.« (Habermas 1981 [1987]: 198)

41 Menke und Habermas haben an dieser Stelle einen Dissens, vgl. Menke 2004 [2000]: 253, Fn. 2

42 Es ist wichtig zu betonen, wie Habermas in Reaktion auf die Rezeption seiner Theorie des kommunikativen Handelns selbst klargestellt hat, dass die Normfreiheit der systemischen Sphären nicht bedeutet, dass in ihnen gar kein verständigungsorientiertes, normgeleitetes Handeln stattfindet, sondern nur, dass dieses weder hinreichend noch notwendig ist für die Reproduktion

reißen der System-und-Lebenswelt-Unterscheidung hängt mit zwei weiteren begrifflichen Verschiebungen von Habermas zu Forst zusammen. Forst macht im Gegensatz zu Habermas, erstens, keinen Unterschied zwischen verständigungsorientiertem und strategischem Handeln, für Forst ist jedes Handeln rechtfertigungsbasiert – wobei die Rechtfertigungen angemessen sein können oder nicht (vgl. 6.3.1). Zweitens unterscheidet Forst nicht wie Habermas zwischen kommunikativer, sozialer, politischer bzw. administrativer Macht und ökonomischer Macht. Diese unterschiedlichen Machttypen lassen sich jeweils entweder der Seite des Systems bzw. der Lebenswelt zuordnen (vgl. Niederberger 2009: 69). Für Forst ist *jede* Form von Machtausübung grundsätzlich »noumenaler« Art und bedeutet ein intentionales Einwirken (normativ wünschenswert oder nicht) auf den Rechtfertigungsraum einer Person (vgl. 6.3.2).⁴³ Für Forst ist jede Form von Machtausübung gewissermaßen lebensweltlich.

Einen Vorteil, den Forst dadurch hat, ist, dass er die Systeme der Ökonomie und der Bürokratie sowie einzelne Handlungen darin *normativ* kritisieren kann, weil er eben nicht davon ausgeht, dass sich diese Systeme ohne begründetes Handeln von Akteuren herausgebildet hätten oder dass sie ohne ein solches Handeln reproduziert werden könnten. Somit ist es also aus Forsts Theorie heraus, prinzipiell möglich, die Beherrschungsform der Ausbeutung zu adressieren (vgl. 3.1.2). Das betont Fischer-Lescano, wenngleich er schließlich nicht glaubt, dass Forst diesen Anspruch durchhalten kann: »Dass Forst, insofern anders als Habermas, zwar zumindest die Notwendigkeit anerkennt, »auch und gerade »systemische« Zusammenhänge der Ökonomie und des Staates« unter Rechtfertigungsdruck zu stellen, ist zwar zu begrüßen – bleibt aber Parole.« (Fischer-Lescano 2018: 167)

Die Kehrseite davon ist, dass Forst nicht die Erwartung von Habermas aufrechterhalten kann, dass insbesondere aus den »intakten« – ich verstehe es so, dass Habermas mit intakt nicht durch systemische Imperative kolonialisiert meint⁴⁴ – Bereichen der Lebenswelt authentische, neue Impulse in den Machtkreislauf des Rechts eingespeist werden. Dadurch, dass Habermas bestimmte Interessen (machtpolitische oder ökonomische) aus der Lebenswelt in die Systeme verlagert, wird es wahrscheinlicher, dass in der Lebenswelt eine ungezwungene Bedürfnisartikulation stattfinden kann. Die Erwartung, dass authentische, neue Impulse aus der Lebenswelt in den Machtkreislauf des Rechts eingespeist werden,

systemischer Zusammenhänge, vgl. dazu: Strecker 2009: 213f. Vgl. Fn. 37 in diesem Kapitel.

43 Es ist vorstellbar, dass Forst (was er bisher aber nicht getan hat) »über« der sozialontologischen These, dass jede Form von Machtausübung noumenaler Art ist, Unterscheidungen zwischen verschiedenen Machttypen (wieder) einführen könnte.

44 Siehe zur »Kolonialisierung«: Iser 2009.

begründet bei Habermas wiederum die Hoffnung einer produktiven Entfaltung der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit. Diese Hoffnung, so scheint mir, lässt sich mit Forsts gesellschaftstheoretischen Mitteln – zumindest nicht ohne Weiteres – aufrechterhalten.⁴⁵

Es sei allerdings betont, dass Forst – wie Habermas – die Wichtigkeit der informellen Seite deliberativer Demokratie betont: »Von spezieller Bedeutung ist eine nicht im engeren Sinne politische Einrichtung, sondern eine der sogenannten Zivilgesellschaft: die der Öffentlichkeit.« (Forst 2007a: 259)⁴⁶ Und er betont den »auch agonalen« Charakter des demokratischen Austauschs von Gründen (Forst 2007a: 267). Dazu zwei Überlegungen: Auch Forst beruft sich, erstens, an dieser Stelle affirmativ auf die oben bereits erwähnte Studie von Cohen und Arato (vgl. Forst 2007a: 260, Fn. 86). Cohen und Arato arbeiten sich an Habermas' Unterscheidung von System und Lebenswelt ab und behalten sie schließlich mit einigen Modifikationen bei: »we shall rely, albeit critically, on [...] Habermas's own [...] development of a dualistic social theory that differentiates and links the equally necessary methodologies dealing with ›lifeworld‹ and ›system‹.« (Cohen und Arato 1992: 422) An dieser Stelle müsste man also untersuchen, ob zumindest Cohens und Aratos Rekonstruktion der für den demokratischen Prozess produktiven Zivilgesellschaft, ohne die Unterscheidung von System und Lebenswelt überhaupt

- 45 Habermas beschreibt zwar gesellschaftstheoretisch die Notwendigkeit der lebensweltlichen Ressourcen für den legitimen Machtkreislauf des Rechts, macht aber an verschiedenen Stellen deutlich, dass diese Ressourcen nicht selbst rechtlich oder politisch gesichert werden können: »Gerade die deliberativ gefilterten politischen Kommunikationen sind auf Ressourcen der Lebenswelt – auf eine freiheitliche politische Kultur und eine aufgeklärte politische Sozialisation, vor allem auf die Initiativen meinungsbildender Assoziationen – angewiesen, die sich weitgehend spontan bilden und regenerieren, jedenfalls direkten Zugriffen des politischen Apparats nur schwer zugänglich sind.« (Habermas 1994 [1992]: 366, vgl. 434) Vgl. dazu das viel zitierte ›Böckenförde-Theorem‹: »*Der freiheitlich, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.*« (Böckenförde 2016 [1991]: 112) Kervégan schreibt sogar, dass »man [...] mutmaßen [kann], dass sein [Habermas', E.N.] gesamter Beitrag zur Rechts- und politischen Philosophie darauf zielt, die Prämissen sowie Konsequenzen dieses Theorems zu widerlegen.« (Kervégan 2018: 369) Das ›Böckenförde-Theorem‹ erwähnt Habermas in *Faktizität und Geltung* allerdings gar nicht, sondern diskutiert es erst explizit in *Zwischen Naturalismus und Religion* (2005) (vgl. ebd.). Vgl. zu dem ›Böckenförde-Theorem‹ auch: Menke 2017a und Dreier 2018: 189–214.
- 46 Die Gleichsetzung von Zivilgesellschaft und Öffentlichkeit wird von Forst nicht weiter erläutert. Bei Habermas sind Zivilgesellschaft und Öffentlichkeit nicht identisch. Die Zivilgesellschaft ist nur ein Teil der Öffentlichkeit (s.o.).

nutzbar gemacht werden kann. Zweitens wäre es interessant zu überprüfen, inwiefern sich Forsts Verständnis der Macht oder des Einflusses der informellen Öffentlichkeit auf politische Institutionen vielleicht stärker an Habermas' (älterem) Modell der »Belagerung« (Habermas 1994 [1992]: 626) von Institutionen als des geregelten Einflusses über Schleusen (s.o.) orientiert (vgl. Forst 2015a: 232). Das Belagerungsmodell betont stärker ein partikulares und eruptives – oder auch radikaldemokratisches (vgl. Kapitel 7) – Moment als das harmonische Einfließen von lebensweltlichen Impulsen in die politische Sphäre, das mit dem Schleusenmodell in Verbindung gebracht werden kann.

Für Forst wird die kritische Rückfrage Liebers an Habermas, ob »sich nicht [...] aus der Perspektive des Rechts eine Möglichkeit ergeben [muss], auf ein verständigungsorientiertes Engagement der Bürgerinnen und Bürger zu hoffen, ohne sich aber vollständig darauf verlassen zu müssen« (Lieber 2007: 28), noch virulenter. Im nächsten Unterkapitel geht es deshalb darum, einen stärker auf die Rechtsform bezogenen Umgang mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit zu suchen, der im Kern darin besteht, auch in Rechtsanwendungsprozessen den Kontakt zu faktischen (Un)Gleichheitsverhältnissen zu überprüfen.

Davor seien noch einmal die Gründe dagegen, Habermas' Umgang mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit aus Forsts Perspektiv zu übernehmen, wiederholt.

1. Da Forst die Rechtsform selbst normativ ausweisen möchte, kann er weniger als Habermas die Merkmale (und Probleme) der modernen Rechtsform für gegeben hinnehmen (8.2).

2. Die ausschließliche Verortung der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit auf der Seite der Gesetzgebung muss aus Forsts Perspektive unplausibel erscheinen. Das liegt daran, dass diese Verortung bedingt ist durch die Trennung von Begründungs- und Anwendungsfragen in der Moral. Diese Trennung hält Forst nicht für plausibel (8.3).

3. Selbst wenn man die exklusive Verortung der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit auf der Gesetzgebungsseite akzeptieren würde, bleibt Habermas' Umgang mit ihr Forst aus gesellschaftstheoretischen Gründen verschlossen (8.4).

8.5 Reflexives Recht als Alternative zu Habermas' prozeduralistischem Rechtsparadigma?

Die von Gunther Teubner und Helmut Willke in den 1980ern entwickelte und insbesondere von Teubner bis heute weiter ausgebaut Idee eines reflexiven Rechts (vgl. Teubner 1982, Willke und Teubner 1984 sowie Teubner 2012) lässt sich in einen Debattenkontext, den man mit der

Überschrift »Prozeduralisierung des Rechts«⁴⁷ betiteln kann, verorten. Die grundsätzliche Frage, die sich in dieser Debatte stellt, ist, wie man jenseits von einer formalen und materialen die Rationalität des Rechts (vgl. Kapitel 3) beschreiben könnte. Dabei wird der Versuch unternommen, die Rationalität des Rechts als reflexive oder prozedurale zu verstehen. Habermas' Vorschlag eines prozeduralistischen Rechtsparadigmas gehört dementsprechend ebenso in diesen Debattenkontext.⁴⁸ Das Ziel, die formale und materiale Rationalität des Rechts zu überwinden, beruht auf der Wahrnehmung von Problemen dieser Rationalitäten und ihnen entsprechenden Rechtsformen (formales und materiales Recht). Man kann zwischen drei Problemgruppen unterscheiden, auf die die Prozeduralisierung des Rechts reagiert: die Steuerungskrise des modernen Rechts, die Beherrschungsformen⁴⁹ von Ausbeutung und Normalisierung und die Transnationalisierung des Rechts (vgl. Neuhann 2018b: II.1, S. 135ff.). Die Steuerungskrise ist das Problem, auf das Teubner und Willke mit ihrem Vorschlag eines reflexiven Rechts reagieren. Die Beherrschungsformen von Ausbeutung und Normalisierung sind Probleme, die aus einem falschen Umgang mit der von Habermas beschriebenen Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit entstehen (vgl. 8.2). Die Transnationalisierung des Rechts hängt mit diesen beiden Problemen zusammen, aber ich werde, entsprechend meinem Fokus auf die innere Grenze der Gerechtigkeit (vgl. 6.5 und 8.3), hier nur knapp darauf eingehen.

Im Folgenden beschreibe ich zunächst, was unter der Steuerungskrise des modernen Rechts zu verstehen ist und erläutere das Entsprechungsverhältnis dieses Problems zu den Beherrschungsformen der Ausbeutung und Normalisierung (und dem Problem der Transnationalisierung). Da Teubner und Willke ihre Gedanken ausgehend von dem Steuerungsproblem entwickeln (vgl. Cohen 2002: 152), bedarf es des Aufweises dieses Entsprechungsverhältnisses, um ihre Lösung auch auf den Umgang mit

47 Vgl. die Einleitung und die Beiträge in: Sheplyakova 2018b.

48 Weitere prominente Vorschläge im Kontext der »Prozeduralisierung des Rechts« stammen etwa von Häberle und Wiethölter. Habermas grenzt sich von beiden Modellen ab: Habermas 1994 [1992]: 496. Wiethölters Perspektive blende ich aus, weil mir Menkes an Habermas anschließende Kritik plausibel erscheint, dass Wiethölter die moderne Rechtsform auflöst und sein Ansatz deshalb nicht für die Beschreibung des »Rechts« kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit infrage kommt (vgl. Menke 2015: 333–336 und Habermas 1994 [1992]: 497). Ob diese Kritik stichhaltig ist, müsste jedoch eingehender geprüft werden. Das leiste ich hier nicht. Siehe zur Auseinandersetzung mit Wiethölter auch: Sheplyakova 2018a.

49 In Neuhann 2018b schreibe ich Herrschaftsformen. Im Sinne der in dieser Arbeit verwendeten Terminologie (vgl. Kapitel 3) ist hier aber nicht-wünschenswerte Herrschaft gemeint, weshalb ich nun von Beherrschungsformen schreibe.

der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit zu beziehen. Mit der Darlegung des Entsprechungsverhältnisses des (funktionalen) Steuerungsproblems mit dem (normativen) Problem eines falschen Umgangs mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit schlage ich deshalb, wie zu erläutern sein wird, auch ein *normatives Verständnis der Idee des reflexiven Rechts* vor. Anschließend skizziere ich den Lösungsvorschlag reflexiven Rechts und erläutere, inwiefern er aus Perspektive kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit eine attraktive Alternative zu Habermas' Umgang mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit darstellt.

8.5.1 Die Steuerungskrise des modernen Rechts

Für die »Steuerungskrise« (Teubner 1982: 45, Calliess 1999: 13) des modernen Rechts sind zwei soziale Entwicklungen verantwortlich: die »Steigerung der Eigenkomplexität gesellschaftlicher Systeme« (Willke und Teubner 1984: 9) und ein »rapide[rer] gesellschaftliche[r] Wandel« (Calliess 1999: 58). Die erste Entwicklung entspricht der systemtheoretischen These (Niklas Luhmann), dass sich moderne Gesellschaften in mehrere Subsysteme, etwa Wirtschaft, Recht und Politik, (funktional) ausdifferenzieren haben, die jeweils unterschiedlich kodiert sind. So geht es im ökonomischen System um Gewinn und Verlust, im Rechtssystem um Recht und Unrecht und in der Politik um das Mehr oder Weniger an Macht. Prozesse des einen Systems lassen sich deshalb nicht einfach in die Systemlogik eines anderen übersetzen. Für das Recht (Recht und Unrecht), das klassischerweise als Regulierungsmechanismus für die gesamte Gesellschaft verstanden wurde, ist es ein Problem, wenn es nicht (mehr) ohne Weiteres in andere Subsysteme »hineinregieren« kann. Die zweite Entwicklung (rapiderer gesellschaftlicher Wandel) erschwert die Möglichkeit, überhaupt sinnvolle Gesetze zu erlassen, da diese auf unterschiedliche gesellschaftliche Umstände passen und demnach eine hohe Anzahl an Freiheitsgraden bei der Berechnung von erwarteten Steuerungswirkungen berücksichtigen müssen.⁵⁰ Dieses zunächst als bloß *funktionales Problem* erscheinende Steuerungsproblem ist gleichzeitig ein *normatives Problem*, weil es zum normativen »*Autonomieversprechen* [...] der politischen Moderne« (Rosa 2005: 402) gehört, dass die Gesellschaft (durch kollektive Autonomie autorisiert und mit den Mitteln des Rechts) politisch *gestaltet* und *gesteuert* wird (vgl. Rosa 2005: 391).⁵¹

50 Vgl. dazu der Abschnitt »Risikogesellschaft und Präventionsstaat« in: Calliess 1999: 55ff.

51 Vgl. zum Zusammenhang des funktionalen und normativen Problems: »Die Menge der Politiken führt nur dann zu einer Überlastung des Rechtsmediums,

Konkret bedeutet die Steuerungskrise des Rechts, dass das Recht durch die funktionale Ausdifferenzierung und die schnelle Wandlung moderner Gesellschaften überfordert wird: Es entsteht ein erhöhter Bedarf an Rechtsprechung (im Falle formaler Rationalität) oder Rechtsetzung (im Falle materialer Rationalität)⁵² und es gibt nicht genügend Mittel, diesen Bedarf zu stillen. Wie ist das zu erklären?

Schematisch lässt sich der erste Fall ganz einfach erklären: Je komplexer gesellschaftliche Strukturen sind und je öfter sie sich verändern, desto mehr Potenzial für Konflikte gibt es in Bezug darauf, was formale Regeln in konkreten Situationen bedeuten. Wenn nicht für jeden Einzelfall versucht wird, ein neues Gesetz zu erlassen – was einer Abschaffung der Gesetzesform gleichkommen würde –, erhöht sich der Bedarf, Konflikte zwischen verschiedenen Interpretationen der Bedeutung eines formalen Gesetzes im Einzelfall zu schlichten. Klaus Eder spricht in diesem Kontext von einer »litigation explosion« und schreibt, dass sie »umso prekärer [wird], je mehr das Rechtssystem an traditionellen Standards rechtlicher Rationalität, hier formaler Rationalität, festhält« (Eder 1990: 167). Dieses Problem erkennt Foucault bereits im Kontext seiner Analyse der Logik der ordoliberalen Idee von Rechtsstaatlichkeit, die in der Mitte des 20. Jahrhunderts auftaucht:⁵³ Im Gegensatz zum »Polizeistaat«, in dem es »keinen Unterschied [...] zwischen den allgemeinen und ständigen Vorschriften der öffentlichen Gewalt einerseits – was man, grob gesagt, das Gesetz nennen könnte – und andererseits den konjunkturellen, vorübergehenden, lokalen und individuellen Entscheidungen derselben öffentlichen Gewalt gibt [Rechtsanwendung, E.N.]«, sollen im Rechtsstaat die »gesetzlich geregelten Eingriffe *formal* sein« (Foucault 2015 [2004]: 237, 241, letzte Herv. E.N.). Der Staat soll nur die Spielregeln für das freie Spiel der Wirtschaft festlegen (vgl. Foucault 2015 [2004]: 243f.). Das führt aber nicht – wie man zunächst vermuten könnte – zu einer geringen Staatstätigkeit, sondern zu einem »Wachstum der Nachfrage nach der Rechtsprechung«, die »innerhalb der Spielregeln schlichtend wirkt« (Foucault 2015 [2004]: 245, 246). Wie Eder schreibt auch Foucault: »[J]e formaler das Gesetz wird, desto zahlreicher werden die gerichtlichen Interventionen.« (Foucault 2015 [2004]: 247)

Im Gegensatz zur formalen Rationalität des Rechts kann man schematisch sagen, dass es der Logik der Materialisierung des Rechts

wenn der politische Prozeß die – in den Prinzipien des Rechtsstaates ausdifferenzierten – Verfahrensbedingungen legitimer Rechtsetzung, letztlich: das demokratische Verfahren der politisch autonomen Ausgestaltung des Systems der Rechte verletzt.« (Habermas 1994 [1992]: 517)

52 Das könnte man als zwei Seiten einer Verrechtlichung verstehen.

53 Foucault hat hier allerdings ausschließlich die Wirtschaft als zu regulierendes Feld im Blick und nicht die komplexe und sich schnell wandelnde Gesellschaft insgesamt.

entspricht, den Versuch zu unternehmen, auf eine komplexe und sich wandelnde Gesellschaft mit vielen – sich Fallspezifität annähernden – Regeln zu antworten. Die Folge ist, »daß das Recht unkontrollierbar zu wuchern beginnt« (Luhmann 1981: 92), oder in Eders Worten, dass eine »Überlastung der Regulierungsfunktion« (Eder 1990: 167) eintritt. Eder betont auch den Zusammenhang dieses Problems mit der materialen Rationalität des Rechts: »Dieses Problem verstärkt sich in dem Maße, wie das Rechtssystem am Maßstab materialer Rationalität festhält.« (Eder 1990: 167) Eine andere Möglichkeit, der Idee der Materialisierung des Rechts zu entsprechen, ist neben der Steigerung der Menge an Politiken, die Erlassung von »open-ended and ambiguous norms, principles and standards« (Scheuerman 2001: 83).⁵⁴ Solche vagen Zielvorgaben würden dann einerseits ein ähnliches Steuerungsproblem wie das der formalen Rationalität zur Konsequenz haben und andererseits Normalisierungstendenzen begünstigen: Der Spielraum für Richter wäre bei der Anwendung solcher Normen größer und könnte als »Einfallstor[]« materialer Wertungen« kritisiert werden (Auer 2005: 42).

Wie hängt dieses Steuerungsproblem grundsätzlicher – also abgesehen von diesem skizzierten Bezug über das Problem der Normalisierung – mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit und dem potentiell falschen Umgang mit ihr, welcher zu Ausbeutung und Normalisierung führt, sowie der Transnationalisierung des Rechts zusammen?

Um das zu erläutern, mache ich mir einige Überlegungen von Teubner aus seinem Buch *Verfassungsfragmente* (2012) zunutze. Er schreibt: »Anders als es die aktuelle Debatte voraussetzt, ist es [...] durchaus nicht so, dass mit dem Entstehen der Weltgesellschaft eine gänzlich neuartige Verfassungsproblematik auftaucht.« (Teubner 2012: 20) Probleme, die sich durch die Transnationalisierung des Rechts stellen, seien also keine grundsätzlich neuen Probleme des Rechts, sondern stünden in Kontinuität zu Problemen, die es bereits im nationalstaatlichen Kontext gab. Diese »Kontinuität der Problemstellung hängt mit der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft zusammen, die in der Transnationalisierung auf die ganze Welt ausgeweitet wurde.« (Teubner 2012: 20) Die Problemstellung, die sich im nationalstaatlichen Kontext aufgrund der funktionalen Differenzierung (und des beschleunigten gesellschaftlichen Wandels) zeigte, war das Steuerungsproblem des modernen Rechts (s.o.). Bis zu einem gewissen Grad konnte dieses Steuerungsproblem auf nationalstaatlicher Ebene aber latent bleiben, weil »Staatsverfassungen [...] die Frage noch im Schatten grundrechtlich geschützter Individualfreiheiten verbergen« konnten (Teubner 2012: 19). Ich verstehe Teubner so: Das Problem, dass das

54 Vgl. 3.2.1.

Recht in funktional differenzierten Gesellschaften nur eingeschränkt andere gesellschaftliche Teilsysteme (aufgrund ihrer Eigenrationalitäten) regulieren kann, stellt sich nur bedingt als Problem dar, wenn Individuen *gerade durch das Recht* die Erlaubnis erhalten, in bestimmten Lebens- bzw. Gesellschaftsbereichen nach ihrem eigenen Gutdünken zu handeln. Anders ausgedrückt: Wenn es gewissermaßen *vom Recht gewollt* ist, dass Individuen im ökonomischen System ›frei‹ bzw. nach ökonomischer Logik handeln dürfen – ihr Verhalten also nicht direkt rechtlich reguliert wird –, dann ist es auch kein Steuerungsdefizit des Rechts, dass es die ökonomische Sphäre nicht oder nur bedingt regulieren kann. Auf transnationaler Ebene oder in Bezug auf die Weltgesellschaft, wie Teubner sich ausdrückt, entfesselt sich das auf nationalstaatlicher Ebene latente Steuerungsproblem dadurch, dass es keine Weltverfassung gibt, durch die Grundrechte effektiv geschützt würden und somit nicht-rechtlich regulierte Prozesse, die etwa einer ökonomischen Systemlogik entsprechen, nicht als indirekt durch das Recht gesteuerte (im Sinne von erlaubten Prozessen) verstanden werden können.

Ausgehend davon, dass das Steuerungsproblem wie Teubner meint durch die grundrechtlich geschützten Freiheiten (im nationalstaatlichen Kontext) nur verborgen aber nicht gelöst wird, lässt sich der Bezug zur Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit herstellen. Individuelle Handlungsfreiheiten werden durch die »Schutzhülle« (Forst, siehe 8.1) subjektiver Rechte gesichert. Unter der Schutzhülle verbirgt sich all das, was Individuen gleichermaßen tun und lassen dürfen, was keiner (öffentlichen) Rechtfertigung bedarf. Die Schutzhülle schützt partikulare Identität⁵⁵ und konstituiert rechtliche Personalität – den Status als rechtlich gleiche/r. Die Frage danach, was unter die Schutzhülle rechtlicher Gleichheit gehört und was öffentlicher Rechtfertigung unterzogen werden sollte, unterliegt für Habermas (wie in 8.2 erläutert) wiederum einem Prozess öffentlicher Aushandlung. Diese Aushandlung kann nur dann fruchtbar sein und zu einem legitimen Ergebnis führen,

55 Teubner schlägt in *Verfassungsfragmente* (2012) vor, sich von diesem liberalen Grundrechteverständnis zu lösen, damit gewissermaßen das Problem, auf das reflexives Recht in den 1980er Jahren eine Lösung bieten soll, gar nicht erst entsteht, vgl. Teubner 2012: 35–41, insb. 39. Das durch Rechte zu schützende partikulare Individuum sollte Teubner zufolge »nicht mehr einfach [als] das kompakte Individuum« begriffen werden (Teubner 2012: 218), sondern die schützenswerten Aspekte der Person und die gesellschaftlichen Bereiche, in denen diesen Geltung verschafft wird, sollten differenziert werden. Auch Menke betont im Anschluss an Luhmann, dass es notwendig ist, den Schutz des Individuum durch Grundrechte hinsichtlich »verschiedener[r] soziale[r] Bereiche«, denen das Individuums zugehörig ist, zu verstehen (Menke 2015: 235). Vgl. 12.2.1.

wenn es möglich ist, Dinge, die vormalig ›unter der Schutzhülle‹ verborgen waren, zu politisieren – oder anders gesagt: den Kontakt rechtlicher Gleichheit zu faktischer (Un)Gleichheit herzustellen. Die faktische (Un)gleichheit von Individuen ist durch die Systemlogik anderer als der rechtlichen geprägt. Hiermit ist der Bogen zur Steuerungsproblematik geschlagen: Wie kann das Recht bzw. der Machtkreislauf des Rechts den Kontakt zu faktischen (Un)gleichheitsverhältnissen bewahren, wenn doch die (Un)Gleichheitsverhältnisse von nicht-rechtlichen Logiken bestimmt sind? Das reflexive Recht versucht dieses Problem zu lösen, in dem es eine Reflexion des Rechts auf das Nicht-Recht zu konzeptualisieren sucht.⁵⁶

In Bezug auf das Zusammenziehen der aus systemtheoretischer Perspektive diagnostizierten Steuerungskrise und der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit würde Habermas an der Stelle nicht mitgehen, an der ich geschrieben habe, dass »die faktische (Un)gleichheit von Individuen durch die Systemlogik anderer als der rechtlichen geprägt ist«. Denn Habermas beharrt darauf, dass es eine (rechtliche) Vermittlung zwischen den einzelnen (System)Teilen einer komplexen Gesellschaft gibt: »Die aus rechtlichen Kommunikationen gewobene Haut vermag auch noch komplexe Gesellschaften im ganzen zu umspannen.« (Habermas 1994 [1992]: 528) Auch Forst betont in einem anderen Zusammenhang (seiner kritischen Diskussion der Sozialtheorie von Boltanski und Thévenot, vgl. 6.3.2) die Notwendigkeit einer gemeinsamen Sprache zwischen unterschiedlichen *cités* – oder »Rechtfertigungssprachen« (Forst 2015a: 26–33, insb. 27f.). Die gemeinsame Sprache ist für Forst eine »übergeordnete Rechtfertigungssprache« (ebd. 28) oder auch eine übergeordnete »Sprache der Gerechtigkeit« (ebd.), die sich in der gesellschaftlichen Realität als »übergeordnete *politische* Rechtfertigungsebene« (ebd. 30) zeigt.

In meiner Auseinandersetzung mit Forsts Theorie habe ich, so könnte man es nun reformulieren, Zweifel an der Verfügbarkeit – zumindest ohne Weiteres – dieser gemeinsamen Sprache der Gerechtigkeit geäußert: Ich habe die These vertreten, dass die Gerechtigkeitskriterien (Reziprozität und Allgemeinheit) nur in begrenzten Allgemeinheiten überhaupt Wirkung entfalten können (vgl. insb. 6.1 iii. und auch Kapitel 7) und dass die Grenzen der Gerechtigkeitskontexte wiederum nicht selbst mithilfe dieser Kriterien gezogen werden können. Letzteren Teil der These

56 Subjektive Rechte als »Rechte auf Außerrechtliches« (Menke 2015: 56) sind für Menke auch schon ein Mechanismus, mit dem innerhalb des Rechts auf das Nicht-Recht oder das Außerrechtliche Bezug genommen wird bzw. auf es reflektiert wird. Subjektive Rechte stellen aber, für Menke, eine problematische Form dieser Reflexion dar, siehe Anfang von Kapitel 3 zu Menkes *Kritik der Rechte*.

habe ich insbesondere in Bezug auf das Paradox der Grenzziehung der Toleranz (vgl. 6.5) und anschließend in Kapitel 7 vertreten. Wenn man die Grenzen der Gerechtigkeit also *als Grenzen der Rechtfertigung* anerkennt, dann, so scheint mir, wird die Reflexion auf das Nicht-Recht (dasjenige jenseits der Grenze der Rechtfertigung) zu einem Desiderat der kritisch-prozeduralen Theorie der Gerechtigkeit. Dieses Desiderat ergibt sich allerdings nur in meiner in Abgrenzung von Forst modifizierten Version kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit. Gleichwohl bleibt auch für Forst ein anderes Forschungsdesiderat oder eine Erklärungslücke bestehen, nämlich in welcher spezifischen Form des Rechts sich Gerechtigkeit materialisieren soll. Das ist in Bezug auf die Fragestellung der Arbeit entscheidend, weil gerade die Realisierung der Gerechtigkeit im Recht Formen der Beherrschung, die der Normativität der Gerechtigkeit entgegenstehen, produzieren vermag.

Folgt man meiner modifizierten Version kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit, lassen sich ›vergangene Rechtfertigungen‹ bzw. ›vergangene Rechtfertigungsverhältnisse‹ gewissermaßen als Teil des Bereichs des ›Nicht-Rechts‹ verstehen. Denn vergangene Rechtfertigungen müssen aus gegenwärtiger Perspektive bezüglich ihrer (reziprok-allgemeinen) Rechtfertigbarkeit prima facie als unzulänglich begriffen werden, weil sie sich vor einer anderen (nämlich vergangenen) Rechtfertigungsgemeinschaft bewähren mussten, was aber noch nichts über ihre gegenwärtige Geltung aussagt (vgl. 8.1 und auch 8.3). Diese vergangenen Rechtfertigungen bilden aber gleichzeitig die Folie, vor der sich die gegenwärtige Realisierung der Gerechtigkeit vollziehen muss. Das zeigt sich ganz konkret in Bezug auf die Tatsache, dass sich Rechtsanwendungen auf in der Vergangenheit gegebenes Recht beziehen, das in der Gegenwart nicht zur Disposition steht (Problem der Gesetzesbindung, 8.3). Im Modell reflexiven Rechts wird das ›Nicht-Recht‹ allerdings zunächst als in einem synchronen Verhältnis zum Recht stehend begriffen.

8.5.2 Die Grundidee von reflexivem Recht

Die Grundidee von reflexivem Recht ist, dass das Recht nicht direkt mit substantiellen Regeln in gesellschaftliche Prozesse ›hineinregiert‹, sondern sich darauf beschränkt, Prozesse der Selbstreflexion in gesellschaftlichen Teilbereichen zu fördern und zu lenken: »Im Rechtssystem fällt man nicht die faktische Entscheidung selbst, sondern entscheidet nur über die Entscheidungsprämissen.« (Willke und Teubner 1984: 29f.) Reflexives Recht kann man daher als *Regulierung von Selbstregulierung* beschreiben. Das Recht ist dabei reflexiv, weil es darauf reflektiert, dass die rechtliche Logik eine unter mehreren sozialen Logiken ist. Das reflexive

Recht reflektiert auf ›Nicht-Recht‹ und ist dadurch reflexiv⁵⁷. In Scheuermans Worten⁵⁸:

»The core intuition behind Teubner's model is that regulatory policies today are only likely to prove effective if they limit themselves to specifying procedures and basic organizational norms geared towards fostering self-regulation within distinct spheres of society.« (Scheuerman 2001: 84)

Als spezifische Rechtsform ›reflexives Recht‹ im Gegensatz zur formalen und materialen (vgl. 2.3 und 3) heißt das:

»Die ›interne Rationalität‹ eines reflexiven Rechts liegt jenseits der Alternative von Konditionalprogrammen versus Zweckprogrammen. Sie baut weder auf ein System von präzis definierten Normen und Rechtsbegriffen, noch auf die Zweck-Mittel-Logik von materialen Rechtsprogrammen. Reflexives Recht tendiert eher zu abstrakteren prozeduralen Programmen, die sich auf die Meta-Ebene der Regulierung von Prozessen, von Organisationsstrukturen, auf die Verteilung und Neudefinition von Steuerungsrechten und von Entscheidungskompetenzen zurückziehen.« (Teubner 1982: 25f.)

An dieser Stelle sei betont, dass reflexives Recht für Teubner (und Willke) sowohl als Überbegriff für die Beschreibung von bestimmten rechtshistorischen Entwicklungen verwendet werden kann als auch als Kennzeichnung für eine normativ wünschenswerte (und praktikable) Rechtsform. Für meine Zwecke ist die normative Verwendungsweise entscheidend.

Um die Grundidee einer solchen Regulierung von Selbstregulierung zu konkretisieren, möchte ich kurz auf ein fiktives Beispiel aus dem gesellschaftlichen Teilsystem der Ökonomie eingehen. Gehen wir von einem – per definitionem profitorientiertem – Unternehmen aus, das an einem See angesiedelt ist und dort Fische fängt und an Fischläden weiterverkauft. Wenn dieses Unternehmen den See kontinuierlich überfischt, dann werden in 10 Jahren keine Fische mehr in dem See zu fangen sein. Wenn das Unternehmen etwas weniger fischt, würde es in den nächsten 10 Jahren auch etwas weniger Profit machen, aber könnte auf diesem niedrigeren Profitlevel vermutlich noch über die nächsten 10 Jahre hinaus tätig sein. Wie könnte nun mit Mitteln des Rechts darauf eingewirkt werden, dass das Unternehmen sich dazu entscheidet, den derzeitigen Fischfang etwas zu reduzieren, um länger profitabel wirtschaften zu können? In Form materialen Rechts könnte etwa eine Obergrenze für die erlaubte Menge von

57 Luhmann meint, der Anspruch, auf Nicht-Recht zu reflektieren, sei zu hoch: Es könne kein reflexives, sondern nur »selbstreflexives Recht« geben (Luhmann 1985: 7f.).

58 Für weitere hilfreiche Zusammenfassungen der Grundidee reflexiven Rechts, siehe: Cohen und Arato 1992: 480–487, Cohen 2002: 153–157 und Zumbansen 2008: 789–795.

Fischen, die pro Jahr gefischt werden dürfen, *um* Überfischung zu verhindern, festgelegt werden. Im Gegensatz dazu würde es einer reflexiven Regulierung entsprechen, wenn Unternehmen etwa dazu verpflichtet würden, alle zwei Jahre in eine Klausur zu gehen, um die Unternehmensziele für die nächsten 10 Jahre zu diskutieren und zu beschließen. Die Hoffnung wäre dabei, dass bei einer solchen Klausur, *die Beteiligten selbst* darauf kommen würden, dass es ihren eigenen Zielen zuträglich wäre, die Überfischung zu unterlassen. Darüber hinaus – so weiterhin die Hoffnung – würde das Unternehmen dann die Entscheidung nicht zu überfischen, effektiver und zuverlässiger umsetzen, als wenn es dazu gezwungen worden wäre. Wenn ein Unternehmen ein Gesetz, das eine Obergrenze für den Fischfang festlegte, etwa einfach nur als Hindernis auf dem Weg zu mehr Profit sehen würde, dann wäre es denkbar, dass es dieses Gesetz zu umgehen suchen würde. Reflexives Recht hingegen würde in diesem Fall versuchen, die Selbstreflexion des Unternehmens zu fördern, um Ziele des nachhaltigen Wirtschaftens umzusetzen. Dabei würde nicht die Logik des Rechts der Ökonomie aufgezwängt, sondern sozusagen die Logik der Ökonomie dabei unterstützt, zur besten Version ihres Selbst zu werden.⁵⁹

An dieser Stelle kann ich nicht im Detail auf konkrete Institutionalisierungsmöglichkeiten reflexiven Rechts eingehen. Es sei aber auf eine für die Argumentation dieses Kapitels zentrale Frage eingegangen, nämlich wie sich die spezifische Rechtsform reflexives Recht zu der (institutionellen) Trennung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung verhält. Auf der einen Seite kann man bei bestimmten institutionellen Vorschlägen, die man unter dem Überbegriff reflexiven Rechts fassen könnte, ein Einreißen der Trennung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung konstatieren. Andererseits lässt sich die Idee reflexiven Rechts auch so verstehen, dass diese Trennung zwar aufrechterhalten wird, aber dennoch auch in der Rechtsanwendung eine stärkere Berücksichtigung der Betroffenen stattfindet. Das zweite Verständnis ist für meine Zwecke passender, denn dabei wird an der modernen Rechtsform und ihrem Merkmal der Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative festgehalten.⁶⁰ Ich gehe im nächsten Teil (8.5.3) zunächst trotzdem auf beide Verständnisse

59 Dieses Beispiel ist inspiriert von den folgenden Überlegungen Scheuermans: »Most provocative of all, he [Teubner, E.N.] seems to believe that the legal institutionalization of internal sensors need not pose a fundamental challenge to the logic or rationality of distinct forms of social activity. For example, even economic activities should in principle be consistent with internal restrictions (requiring, for example, the consideration of ecological concerns) because the unregulated and unlimited pursuit of profit ›is itself paradoxical from the organization's own point of view‹ to the extent that it may undermine the long-term interests of a business enterprise.« (Scheuerman 2001: 86)

60 Vgl. Fn. 48 in diesem Kapitel zu Wiethölter.

ein und erläutere jeweils, was an ihnen problematisch sein könnte (zwei verschiedene Formen der ›Angepasstheit‹).

8.5.3 Die *Angepasstheit reflexiven Rechts*

Wenn (kollektive) Akteure – wie das Fischereiunternehmen in Bezug auf Fragen der Überfischung – nicht an inhaltliche Normen gebunden sind, sondern bloß an bestimmte Verfahrensnormen bezüglich ihrer Selbstorganisation, dann werden die Regeln der Selbstorganisation in Bezug auf die konkrete Lage der Akteure hin beschlossen. Die Regeln werden also nicht in Absehung, sondern gerade in Ansehung des konkreten Falls beschlossen. Damit scheint auf den ersten Blick das in der Idee der Rechtsstaatlichkeit enthaltende »freiheitssichernde Auseinanderziehen der Entscheidungen über Entscheidungsprämissen und der inhaltlichen Entscheidungen selbst« (Maus 1986: 405) ausgeschaltet zu sein. Denn das Fischereiunternehmen entscheidet ja nicht im abstrakten was geschehen sollte, wenn ein beliebiges Unternehmen durch die (zu) starke Nutzung natürlicher Ressourcen in einer Zeitspanne von 10 Jahren unrentabel werden würde, sondern was *ihr Fischereiunternehmen* in Anbetracht der oben geschilderten Situation tun sollte. Es handelt sich also um eine *parteiische Entscheidung*. Eine mögliche Kritik an reflexivem Recht wäre dann beinahe offensichtlich: Reflexives Recht ist willkürlich in dem Sinne, dass es sich an die parteiischen Interessen der sich selbstorganisierenden Gruppen einfach *anpasst*, anstatt diese durch demokratisch legitimierte Gesetze zu steuern.⁶¹ Diese Art von Anpassung nenne ich *Anpassung erster Ordnung* im Gegensatz zu einer Anpassung zweiter Ordnung (s.u.). Auf das Spannungsverhältnis von »Anpassung« und »Steuerung« in der Idee reflexiven Rechts machen Teubner und Willke selbst aufmerksam (Willke und Teubner 1984: 15, vgl. Teubner 2012: 26f.).

Wenn weitergehend reflexives Recht erst virulent wird in funktional differenzierten Gesellschaften und solchen, die sich schnell wandeln (vgl. 8.5.1 zur Steuerungskrise des modernen Rechts), dann erfolgt die Anpassung genauer an die Interessengruppen solcher Gesellschaften. Scheuerman konstatiert in diesem Sinne, dass reflexives Recht besonders gut auf die Regulierung von etwa »high speed« forms of transnational economic activity« (Scheuerman 2001: 93) zugeschnitten zu sein scheine. Ferner macht er im Anschluss an Boaventura de Sousa Santos deutlich,

61 Was hier mit ›Anpassung‹ des reflexiven Rechts gemeint ist, kann man auch mit dem Begriff der ›Korruption‹ erfassen. Wenn das Recht sich (ohne guten Grund) an das Soziale anpasst, könnte man stattdessen auch sagen, dass das Soziale das Recht bzw. das Politische korrumpiert. Vgl. dazu: Menke 2015: 334.

dass das Recht, wenn es sich an der Schnelligkeit von etwa dem ökonomischen Subsystem ausrichtet, in ein Dilemma gerät: »the ›speed and social acceleration‹ of contemporary social and economic processes means that ›law will easily be trapped in the dilemma: either to remain static and be ignored, or to keep up with social dynamics and be devalued as a normative reference.« (Scheuerman 2001: 92)⁶²

Bevor ich nun auf das Verständnis reflexiven Rechts eingehe, in dem die Trennung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung nicht in dem geschilderten Sinne als gelockert angesehen wird, sei noch erwähnt, dass es auch institutionelle Ideen gibt, die Betroffenen stärker einzubeziehen, die sich – wie Habermas' Modell – auf die Seite der Gesetzgebung fokussieren. Mit diesen institutionellen Ideen sind insbesondere korporatistische Organe oder konzertierte Aktionen gemeint.⁶³ Diese sind *nicht* als Modelle reflexiven Rechts zu beschreiben, weil sie sich ausschließlich auf die Gesetzgebungsseite beziehen und damit nicht die spezifische Rechtsform antasten, aber sie seien an dieser Stelle, um Verwirrungen zu vermeiden, erwähnt, weil an ihnen die bisher geäußerte Kritik an reflexivem Recht, dass es sich an gegebene Interessenkonstellationen anpasst – anstatt zu gestalten –, auch geübt wird. So schreibt Maus, dass »Teubners [...] Konzeption an der gleichen Schwäche wie gegenwärtig praktiziertes Verfahrensrecht in neokorporatistischen Aushandlungsprozessen [leidet]: Die vagen Regelungen bewirken, daß die faktischen gesellschaftlichen Machtpositionen sich noch einmal in den Verhandlungspositionen der Verfahren reproduzieren.« (Maus 1986: 402)

Nun komme ich zum zweiten Verständnis reflexiven Rechts, nach dem diese Rechtsform die Trennung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung (in modifizierter Form) erhält. In diesem zweiten Verständnis wird betont, dass die Verfahrensregeln der Selbstorganisation einerseits die Form der Selbstregulierung tatsächlich stark lenken und andererseits dass diese Verfahrensregeln selbst strikter demokratischer Rechtfertigbarkeit unterliegen – und gerade kein Ergebnis des Selbstbeschlusses etwa eines bestimmten Unternehmens als einer partikularen Gruppe sind: »within the model of reflexive law, democratic legitimacy still entails the necessity of a (general and thereby legitimate) determination of precisely which norms and procedures are to make up the framework within which self-regulation is to be conducted.« (Scheuerman 2001: 89) Demzufolge bleibt die Trennung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung in

62 Vgl. Rosa 2005: 406 und Francot 2018: 105.

63 Ein berühmtes (neo)korporatistisches Organ war in Deutschland etwa das 1998 unter Schröders rot-grüner Regierung gegründete (und gescheiterte) »Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit«. Die Tarifautonomie kann zudem als ein ständiges korporatistisches Element in der deutschen Politik verstanden werden.

einem modifizierten Sinne erhalten: Auf Seiten der Gesetzgebung werden nur die Meta-Regeln für die Selbstorganisation von kleineren Einheiten entschieden und diese Regeln sind dann aber für die Selbstorganisation, in der die ›Regeln der Selbstorganisation‹ *Anwendung* finden, bindend.⁶⁴ In Habermas' Bild (siehe 8.5.1) spannt sich dann also um die verschiedenen Einheiten der Selbstregulation zumindest noch eine ›dünne rechtliche Haut‹. Diese ›dünne Haut‹ jedoch vor einem ›Zerreißen‹ zu schützen, stellt sich dann gewiss als Folgeproblem.⁶⁵

Folgende entscheidende Frage bleibt aber auch für dieses zweite Verständnis reflexiven Rechts bestehen: Was sind (legitime) kleinere Einheiten der Selbstorganisation bzw. nach welchen Kriterien sollen diese bestimmt werden? »Who should be represented in decentralized arenas of ›regulated self-regulation‹, and why?« (Scheuerman 2001: 100) An dieser Stelle wiederholt sich auf kleinerer Ebene die Frage nach der inneren und äußeren Grenze der Gerechtigkeit (bzw. der Bestimmung rechtlicher Gleichheit). Und es entsteht erneut die Gefahr, dass sich reflexives Recht einfach *anpasst* und zwar an bestehende kleinere Arenen der Selbstregulierung, an bestehende Definitionen der »›gesellschaftlich[] relevanten Kräfte« (Maus 1986: 404).⁶⁶ Diese gesellschaftlich relevanten Kräfte könnte man in Bezug auf Forsts Terminologie auch als ›Gewinner‹ vergangener Rechtfertigungsverhältnisse verstehen. Vergangene Rechtfertigungsverhältnisse waren weder notwendig in der Vergangenheit gut gerechtfertigt, aber auch wenn sie dies waren, steht ihre Rechtfertigbarkeit in der Gegenwart erneut auf dem Spiel. Wenn man die gesellschaftlich relevanten Kräfte, an die sich reflexives Recht womöglich anpasst, als ›Gewinner vergangener Rechtfertigungsverhältnisse‹ versteht, dann lässt sich die Reflexion reflexiven Recht auf dem Bereich des Nichts-Rechts nicht bloß synchron, sondern als in die Vergangenheit gerichtete diachrone Reflexion begreifen (vgl. Ende von 8.5.1).

- 64 Es ergibt sich bezogen auf dieses zweite, man könnte sagen, *demokratische Modell reflexiven Rechts*, ein interessanter Anschlusspunkt zu dem »systemic approach to deliberative democracy« (Mansbridge, Bohman, Chambers et al 2012). Die Grundidee des systemischen Zugangs zu deliberativer Demokratie ist, dass es eine Art Arbeitsteilung zwischen Teilen eines demokratischen Systems gibt (vgl. ebd. 2). Die einzelnen Teilsysteme sind dabei intern nicht notwendig demokratisch organisiert (vgl. ebd. 12), aber tragen auf unterschiedliche Weise zur demokratischen Qualität des (zentralen) Gesamtsystems bei, insbesondere durch die Berücksichtigung »of multiple and plural voices, interests, concerns, and claims« (ebd.).
- 65 Dieses Problem wird auch im »systemic approach to deliberative democracy« als »decoupling« (Mansbridge, Bohman, Chambers et al. 2012: 22) der einzelnen deliberativen Teilsysteme reflektiert.
- 66 Diese Gefahr wird auch im »systemic approach to deliberative democracy« anerkannt als »pathology of »social domination« (ebd. 24).

Wenn man sich nun der Tatsache bewusst ist, dass die Auswahl der kleineren Arenen der Selbstregulierung Gefahr läuft, bloß eine Anpassung zu sein (d.h. keine *gerechtfertigte* Auswahl zu sein und damit *prima facie* problematisch), könnte folgende Überlegung (aus der normativen Perspektive kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit) dazu dienen, diese Problematik abzumildern: Wenn die Auswahl der relevanten Arenen der Selbstregulierung eine Anpassung an gesellschaftliche Kräfte darstellt, wäre es zumindest wünschenswert, wenn sich die Zusammensetzung dieser Arenen öfters veränderte, um der Gefahr zu entgehen, dass sich falsche Bestimmungen der gesellschaftlich relevanten Kräfte stabilisieren. Zumindest die entgegengesetzte Reaktion auf die Einsicht, dass die Auswahl von kleineren Einheiten der Selbstregulierung Gefahr läuft, bloß eine ›Anpassung‹ zu sein, nämlich schlicht weiterhin auf die gesellschaftlichen Kräfte der Vergangenheit zu vertrauen, lehnen Forst und Günther – zu Recht – ab (vgl. den letzten Absatz des Abschnitts »*Paradox der Grenzziehung (innere Grenze)*« in 6.5).

Wenn man der Überlegung, dass sich die Arenen der Selbstregulierung öfters verändern sollten, um falsche Bestimmungen der gesellschaftlich relevanten Kräfte zu verhindern, im Modell reflexiven Rechts Rechnung tragen wollte, würde sich folgendes Bild ergeben: Reflexives Recht würde dann in Bezug auf die Frage der Auswahl der Selbststeuerungseinheiten in dem Sinne ›steuern‹, dass es eine Veränderung dieser Einheiten förderte. Wenn die relevante Gesellschaft ohnehin schon eine sich schnell wandelnde Gesellschaft ist, könnte man hier von einer *Anpassung zweiter Ordnung* sprechen – oder der *(Re)Produktion einer Gesellschaft*, die sich schnell wandelt, durch reflexives Recht. Diese These der Angepasstheit ist stärker als die der *Anpassung erster Ordnung* in Bezug auf das erste Verständnis reflexiven Rechts, das in dieser Rechtsform eine Lockerung der Trennung von Gesetzgebung und Rechtsanwendung sieht (s.o.). Eine solche Anpassung zweiter Ordnung beschreibt auch Habermas als Gefahr, wenn seine Lösung der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit, der Machtkreislauf des Rechts, den Kontakt zu dem intakten, privaten Teil der Lebenswelt verliert (d.h. seine Lösung bzw. sein produktiver Umgang mit der Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit letztlich scheitert):

»In dem Maße, wie die institutionalisierte Meinungs- und Willensbildung den Kontakt mit einem ungezwungenen Prozeß der Bedürfnisartikulation verliert, fehlen ihr Parameter, die sie nicht in eigener Regie erzeugen kann. Dann fällt die Dialektik von rechtlicher und faktischer Gleichheit in eine *sekundäre Naturwüchsigkeit* zurück; sie wird durch Kriterien gesteuert, die kontingent aus [...] Anpassungsprozessen [...] hervorgehen.« (Habermas 1994 [1992]: 518f., Herv. E.N.)

An dieser Stelle sei ferner auf eine interessante Parallele zwischen dem Gesellschaftsbild von Forst und dem der Systemtheorie im Gegensatz zu Habermas hingewiesen (vgl. 6.3.2 und 8.4). Für Forst und die Systemtheorie werden erst einmal alle gesellschaftlichen Bereiche gleich, wenn auch in beiden Modellen sehr anders beschrieben⁶⁷: Alle gesellschaftlichen Bereiche sind als Kontexte der Rechtfertigung (Forst) oder eben systemische Zusammenhänge zu begreifen. Beide Beschreibungen veranlassen nicht die Hoffnung, dass in ihnen ein ungezwungener Prozess der Bedürfnisartikulation stattfindet, der bei Habermas letztlich entscheidend ist für die Möglichkeit legitimen Rechts. Habermas betont, dass etwa die Differenzen zwischen »Familie oder Schule« und »Märkten« »nicht im Grau in Grau systemtheoretischer Beschreibungen verschwinden« dürfen (Habermas 1994 [1992]: 428). Bemerkenswert ist, dass auch Peter Nahamowitz in seiner scharfen Kritik von Teubner beklagt: »Habermas' Unterscheidung von System und Lebenswelt geht [...] im Konzept des ›reflexiven Rechts‹ unter.« (Nahamowitz 1985: 42) Dabei stört ihn insbesondere »[d]ie Gleichordnung der Wirtschaft mit ›lebensweltlichen‹ Bereichen wie Erziehung und Familie« (Nahamowitz 1985: 42).⁶⁸

Ein Recht, das sich an eine Gesellschaft anpasst, die durchweg durch systemische Imperative gesteuert ist oder eine, die durchweg von guten oder schlechten Rechtfertigungen durchzogen ist, ist wenig wünschenswert. Hinzu kommt, dass gute von schlechten Rechtfertigungen wiederum nur mithilfe von positivem Recht unterschieden werden können. Dieses positive Recht ist aber aufgrund des zeitlichen Auseinandertretens von Gesetzgebung und Rechtsanwendung notwendig auf das Festhalten an vergangenen Rechtfertigungen angewiesen, die aber aus gegenwärtiger Perspektive in ihrer normativen Geltungskraft hinterfragbar sind. Ein Recht, das dem Habermas'schen Modell entsprechend im Zentrum eines produktiven gesellschaftlichen Entwicklungsprozesses steht, in dem ungezwungene Bedürfnisartikulationen aus der Lebenswelt Einzug erhalten und vermittelt über das Recht wiederum auf systemische Kontexte einwirken, scheint attraktiver. Es basiert allerdings wie oben erläutert auf bestimmten gesellschaftstheoretischen Prämissen, die Forst nicht teilt und die auch mit guten Gründen kritisiert werden können sowie auf Habermas' Unterschätzung der Eigendynamik des Rechts bzw. der unkritischen Akzeptanz der modernen Rechtsform.

- 67 Bei Forst sind die einzelnen gesellschaftlichen Teilbereiche zudem weniger stark voneinander getrennt als in der systemtheoretischen Perspektive.
- 68 Wenn man vergangene Rechtfertigungen als Teil des ›Nicht-Rechts‹ begreift (vgl. Ende von 8.5.1), ließe sich sagen, dass die Unterscheidung von System und Lebenswelt bei Forst diachron gewissermaßen erneut auftaucht und zwar als Unterscheidung von vergangenen und gegenwärtigen Rechtfertigungen.

Das Beherrschungspotential reflexiven Rechts⁶⁹ als eine spezifische Form des Rechts, die aus Perspektive kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit zugänglich und zumindest auf den ersten Blick attraktiv erscheint, wenn man das Desiderat anerkennt, dass sie auf ›Nicht-Recht‹ reflektieren können sollte (vgl. 8.5.1), sehe ich in der Anpassung zweiter Ordnung reflexiven Rechts. Diese Anpassung zweiter Ordnung entspricht einer Steuerung durch Recht, die Prozesse der sozialen Beschleunigung einer Gesellschaft – dem Material, das Recht regeln soll – fördert oder gar produziert. Im 10. Kapitel werde ich genauer darauf eingehen, was mit sozialer Beschleunigung gemeint ist, wie sie mit der Subjektivierung von flexiblen Identitäten zusammenhängt und inwiefern hierbei von einer (zweistufigen) Form der Beherrschung aus Sicht kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit die Rede sein kann.