ein Sohn seiner Zeit sei. In diesem Sinne „stellt [die Philosophie, Anm. d. Verf.] somit nichts Neues auf; was wir hier durch unsere Reflexion herausgebracht, ist schon unmittelbares Vorurteil eines jeden."[117] Von der Methodik her steht *Hegels* Werk somit eindeutig zwischen aufklärerischem Vernunftdenken und einer genealogisch veranlagten Analyse der Inhalte und Formen des Rechts sowie ihrer gesellschaftlichen Wirkungen. Mit der Forderung einer immanent ansetzenden Analyse von Verhältnissen der Gesellschaft ist die Nähe zu späteren so genannten klassischen Vertretern der Soziologie wie *Durkheim* oder *Parsons* kaum noch zu leugnen.

Allein die Rezeptionsgeschichte der „*Grundlinien*" zeigt nun eindrucksvoll ihren breiten Wirkungsgrad, der über zahlreiche Fachgrenzen hinweg so unterschiedliche Autoren wie *Carl Schmitt* als auch die Vertreter der Kritischen Theorie beeinflusst hat. Dass die inhaltlichen Diskussionen nahezu 200 Jahre nach dem Erscheinen der *hegelschen* Rechtsphilosophie weiterhin nicht abreißen, beweist indes nur zu gut, dass es sich bei den „*Grundlinien*" bis heute ohne Zweifel um eines der wirkungsmächtigsten Werke der Rechts- und Staatstheorie handelt. Die Frage, ob und inwiefern eine Aktualisierung der *hegelschen* Rechtsphilosophie überhaupt möglich und sinnvoll ist, hat die fachphilosophischen und fachjuristischen Diskurse des letzten Jahrzehnts entscheidend geprägt. Fragwürdig ist allerdings weiterhin der Status, welchen *Hegels* Philosophie außerhalb dieses beschränkten Adressatenkreises einnimmt. Mit Hinblick auf die von *kantisch* oder *neukantisch* geprägten Ansätzen beeinflusste Debatte in Rechtsphilosophie und Ethik scheint es, als wäre *Hegels* Philosophie allein von historischem Interesse. Dass dem nicht so ist, darauf hat bereits *John Rawls* in seinen Vorlesungen zur Geschichte der Moralphilosophie hingewiesen.[118] Zwar wirkt bis heute die Kritik aus liberaler Perspektive nach, *Hegels* Rechtsphilosophie sei schon allein deshalb totalitär, weil sie eine Grundrechtecharta vermissen lässt, allerdings muss dieser Verzicht eher auf taktische Überlegungen *Hegels* zurückgeführt werden anstatt auf einen willkürlichen Makel.[119]

Wie modern *Hegel* tatsächlich ist, zeigt sich am besten, betrachtet man einmal seine sozioökonomischen Analysen der industriellen Revolution und ihre Auswirkungen auf die bürgerliche Gesellschaft. In ihnen gibt sich Hegel *de facto* als einer der ersten Vertreter einer wissenschaftlichen Disziplin zu erkennen, die – zumindest in Deutschland – erst mit *Ferdinand Tönnies'* „*Gemeinschaft und Gesellschaft*" das Licht der Welt erblicken sollte. *Hegel* erkennt hier nicht nur die Begrenztheit eines liberalen Wirtschaftssystems, sondern betont insbesondere auch die Verschränktheit von Ökonomie und Gesellschaft. Da *Hegel* es nicht bei einer rein empirischen Analyse belässt, sondern seine Beobachtungen und Schlüsse historisch-gesellschaftlich einzuordnen weiß, tritt er hier nicht nur als informierter Zeitungsleser auf, sondern auch als derjenige Denker, dem es gelingt, die historische Dimension normativer Diskurse zu betonen, welche seit dem Mittelalter eine nur untergeordnete Rolle eingenommen haben. *Hegel* selbst war sich indes nicht nur selbst dieser „Errungenschaften und Grenzen des modernen Zeitalters"[120] bewusst; mit ihm selbst beginnt in gewisser Weise die Moderne, nicht nur der Philosophie, sondern auch einer modernen Rechtswissenschaft, welche sich den politischen und sozialen Herausforderungen stellt – ein Faktum, welches für uns heute vielleicht in der Verbindung von Rechts- und Sozialstaat nur allzu gewöhnlich anmutet, aber eben aus dieser Gewöhnung heraus einer Berufung auf seine historische Dimensionen bedarf.

117 *Hegel*, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften I, Werke Bd. VIII, Frankfurt a.M., 1986, S. 79.

118 *Rawls* (Fn. 114), S. 426 ff.

119 Vgl. *Wildenauer*, Sozio-ökonomische Grundrechte und politische Partizipationsrechte in Hegels Philosophie – Ein Beitrag zu Hegels Philosophie der Menschenrechte, zfmr 1 (2012), 116 (116 ff.).

120 *Avineri* (Fn. 10), S. 10.

Jim Funke-Kaiser, Frankfurt/Main*

Ansätze des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert – Recht und Moral

Der Beitrag beschäftigt sich mit vier rechtspositivistischen Ansätzen und stellt ihre Vor- und Nachteile in Bezug auf das Verhältnis von Recht und Moral dar. Die Ansätze werden in „absolute Positivisten" und „(re-)konstruierende Positivisten" unterteilt. Es wird argumentiert, dass die konstruierenden Positivisten einen differenzierten Zugang zur Thematik der Moral haben und sowohl Problemen der Rechtsgenese als auch Anwendung gerecht werden. Im abschließenden Fazit werden vor allem die Vorteile der demokratischen Rechtsanalyse Jürgen Habermas' als Teil der konstruierenden Positivisten herausgestellt.

I. Einleitung

Die Disziplin der Rechtslehre wird seit dem letzten Jahrhundert von einer klar zu erkennenden Strömung geleitet: dem Rechtspositivismus. Die Rechtspositivisten ver-

* *Jim Funke-Kaiser* studiert Politische Theorie (M.A.) an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Beitrag entstand im Wintersemester 2013/14 im Seminar „Ökonomische und sozialwissenschaftliche Grundlagen des Öffentlichen Rechts" im Teilstudiengang Öffentliches Recht an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald.

halfen einerseits der Rationalität des Römischen Rechts zu einer Renaissance. Sie waren aber zu Beginn vor allem Teil des fächerübergreifenden Positivismus, der seine Anfänge bei *Auguste Comte* hatte und eine der einflussreichsten Theorieströmungen der Moderne war. Der Positivismus übertrug naturwissenschaftliche Methoden auf das Feld der Geisteswissenschaften. Bis heute können die Einflüsse der Positivisten in der Wissenschaft erkannt werden. Bedeutende Protagonisten waren Philosophen wie *Ludwig Wittgenstein*[1], *Bertrand Russell*[2] oder der frühe *Karl Popper*[3].

Auf diesem traditionsreichen Positivismus fußt der Rechtspositivismus, mit dem diese Arbeit sich im Schwerpunkt befasst. In näherer Betrachtung werden verschiedene Auffassungen des Rechtspositivismus herausgearbeitet. Es wird zu sehen sein, dass unter den Begriff „Rechtpositivismus" sehr unterschiedliche Positionen subsumiert werden. Beispielhaft sollen dazu die Positionen von *Hans Kelsen* und *Gustav Radbruch* zum einen und *Niklas Luhmann* und *Jürgen Habermas* zum anderen skizziert werden. *Kelsen* und *Radbruch* repräsentieren die juristische Herangehensweise an die Thematik, während *Luhmann* und *Habermas* einen soziologischen Zugang bieten.

Zuerst sollen die verschiedenen Theoretiker nach ihren Ansätzen zur Definition des Rechts, den Funktionen die sie ihm zuschreiben, und den Grenzen, die sie zur Moral ziehen, vorgestellt werden. Danach werden ihre Positionen bezüglich des herausgearbeiteten Verhältnisses von Recht und Moral verglichen. Den Abschluss bildet eine eigene Bewertung.

Die verschiedenen Theorien können in zwei Unterkategorien getrennt werden. Ich schlage vor, im Folgenden die einen „absolute Positivisten" zu nennen, die anderen „(re-)konstruierende Positivisten".

Unter absolut-positivistisch soll verstanden werden, dass über die Annahme der Positivität eines Gesetzes das Recht sich mit sich selbst begründen kann. Es wird als abgeschlossene Sphäre ohne externe und höhere Begründung oder Legitimation verstanden. Als Beispiele dieses Ansatzes werden die Argumente von *Kelsen* und *Luhmann* vorgestellt.

Mit konstruktiv-positivistisch ist gemeint, dass positives Recht nicht *an sich* einen Anspruch auf Legitimität besitzt. Dieser Anspruch kann lediglich aus der Gesellschaft gefordert und begründet werden. Recht ist nach diesem Verständnis als Mittel zur sozialen Ordnung, nicht als ihr Ursprung, zu verstehen. In dieser Kategorie werden die formulierte „*Radbruch'sche* Formel" und der diskursanalytische Ansatz *Habermas'* verortet.

Die Zuordnung der Theorien zu den beiden Kategorien erfolgt anhand der jeweiligen Position zur Moral bzw. Gerechtigkeit. Diese Position lässt – unbenommen auch weiterer divergierender Positionen – eine klare Sicht auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den Autoren zu. Mit ihrer Hilfe lassen sich die Argumentationen innerhalb der beiden Kategorien klar voneinander differenzieren.

II. Theorien zur Positivität des Rechts

1. Die Reine Rechtslehre von Kelsen

Die von *Kelsen* in den 1930er Jahren entworfene „Reine Rechtslehre" gilt bis heute als eine der bedeutendsten Theorien der Rechtwissenschaft. Thema der Rechtwissenschaft ist nach *Kelsen* zu untersuchen, was das Recht ist und wie es Geltung erreicht. Als „rein" bezeichnet er seine Rechtslehre, da sie davon abstrahiert, wie die als gesetzt geltenden Normen verabschiedet wurden (bzw. wie sie ideal zu entstehen haben) und die Normen nicht aus außer- oder überrechtlichen Bezügen (Gott, Natur, Vernunft) abgeleitet werden. Erkenntnisgegenstand der Rechtslehre ist die Rechtsnorm als positiv gesetzte Anordnung. Ihr wird eine theoretische Legitimität und Geltung aufgrund ihrer Positivität *a priori* zugeschrieben. Von dieser Prämisse ausgehend richtet die reine Rechtslehre

„ihr Augenmerk auf die Rechtsnorm […]: nicht als Bewusstseinstatsache, nicht auf das Wollen oder Vorstellen der Rechtsnorm, sondern auf die Rechtsnorm – als gewollte oder vorgestellte –Sinngehalte."[4]

Eine Letztbegründung des Rechts, ob durch die Natur, menschliche Vernunft oder Gott, ist für *Kelsen* verzichtbar und aufgrund seiner relativierenden Vorstellung der Gerechtigkeit weder allgemeinverbindlich möglich noch wissenschaftlich. Naturrecht, aber auch der klassische Rechtpositivismus beziehen sich auf solche metaphysischen (bzw. moralischen) Letztbegründungen.

a) Trugschlüsse des Naturrechts

In der Lehre vom Naturrecht wird laut *Kelsen* die „Natur als normative Autorität, als ein Gesetzgeber vorgestellt",[5] sie wird damit über das Recht gestellt. Somit wird von einem absoluten Begriff der Gerechtigkeit ausgegangen, welcher aus der Natur der Dinge abzuleiten und in Recht umzusetzen ist. Das Recht werde – so *Kelsen* – damit auf die Rolle eines Werkzeuges degradiert, mit welchem die vorgegebenen Ideale der Natur in die Praxis umgesetzt werden. Die Sphäre des „Sollens" werde somit mit der des „Seins" verschmolzen. Genau hier liegt ein Hauptpunkt der Kritik, denn aus dem Sein lässt sich das Sollen nicht ableiten.

Auch die rationale Abwandlung des Naturrechts, welche sich auf den kategorischen Imperativ Kants bezieht, oder eine Ableitung des Recht aus von Gott gegebenen

1 *Wittgenstein*, Tractatus logico-philosophicus: Logisch-philosophische Abhandlung (1922), Frankfurt a.M. 1963.

2 *Russell*, On Denoting, Mind 14 (1905), S. 479.

3 *Popper*, Logik der Forschung, 1934.

4 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Auflage 1934, S. 10 f.

5 *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? (1953), Stuttgart 2000, S. 46.

Maßstäben führen, so *Kelsen*, zur Verschmelzung von Gerechtigkeit und Recht.

Diese Verschmelzung von Gerechtigkeit und Recht auf der Basis einer überrechtlichen Begründung unterliegt nach *Kelsen* zwei zentralen Trugschlüssen.

„Die Natur als ein System von Tatsachen, die miteinander nach dem Kausalprinzip verbunden sind, hat keinen Willen und kann daher kein bestimmtes menschliches Verhalten vorschreiben."[6]

Die Ableitung eines Willens aus einer Sphäre, die an sich willenlos ist, endet für *Kelsen* in einer Tautologie (*Kelsen* bezeichnet diese Aussagen auch als Leer-Formeln; z.B. Du sollst dies tun, weil du es sollst). Es findet sich zur Bestätigung oder Widerlegung dieser These keine rationale Erklärung, noch kann sie wissenschaftlich bewiesen werden. Sie ist daher sowohl normativ als auch wissenschaftlich abzulehnen.[7]

Der zweite Trugschluss bezieht sich auf die von Kant angestoßene Idee, die Begründung des Rechts in der menschlichen Vernunft zu verorten. Hierzu *Kelsen*: „Die menschliche Vernunft kann verstehen und beschreiben, sie kann nicht vorschreiben".[8]

Die aus der Vernunft abgeleiteten Vorstellungen über eine anzustrebende Ordnung des Zusammenlebens seien, so begründet *Kelsen* seine Position, von der jeweils herrschenden sozialen Autorität mitbestimmt und könnten daher den Anspruch einer absoluten Gerechtigkeitsmaxime nicht erfüllen. Der Ansatz ignoriere die Bestimmung der menschlichen Rationalität oder praktischen Vernunft durch die herrschende Gesellschaftsordnung. Auch mithilfe der praktischen Vernunft komme man nur zu relativen, weil zeit- und sozialgebundenen Vorstellungen davon, was als gerecht zu gelten habe. Damit widerspricht auch die Ableitung des Rechts aus dem kategorischen Imperativ dem „anti-ideologischen" Anspruch der Reinen Rechtslehre.

b) Der ideologische Charakter des klassischen Rechtspositivismus

Auch beim klassischen Rechtspositivismus sieht *Kelsen* die Problematik der Ideologie nicht gänzlich ausgeräumt. Dieser kann sich zwar dem ersten Vorwurf der Tautologie entziehen, doch geht er immer noch von einer moralischen Wurzel des Rechts aus. Auch hier wird „[…] von der juristischen Seite ein absoluter Wert der Moral nicht in Frage gestellt".[9] Diese Absolutheit ergibt sich aus unveräußerlichen Menschenrechten, die sich aus dem Recht der Menschen auf autonome Entscheidungen ergeben. *Kelsen* sieht dies anders. Er ist davon überzeugt, dass Moral grundsätzlich verhandelbar, also nicht wertfrei zu setzen ist und damit als Begründung des Rechts nicht heranzuziehen ist. „Das Urteil, dass irgendetwas rechtlich normiert, dass irgendein Inhalt von Rechts wegen gesollt sei, ist niemals ganz frei von der Vorstellung, dass es so gut, so richtig, so gerecht sei".[10] Diese Vorstellung könne immer nur in Relation zu etwas Existierendem beurteilt werden und nicht von vornherein als absolut gerecht bestimmt werden.

c) Die Grundnorm als Alternative

Die Kritik an der Naturrechtslehre und dem Rechtspositivismus des 19. Jahrhundert fällt bei *Kelsen* also an einer zentralen Stelle zusammen: Beide machen sich abhängig von Wertentscheidungen. Für *Kelsen* sind Recht und Moral (zu letzterem gehört Gerechtigkeit) aber zwei völlig getrennte Bereiche. Mit der von *Kelsen* eingeführten „Grundnorm" werden Wertentscheidungen als letztendliche Begründung einer Rechtsnorm obsolet. Die Grundnorm gilt, weil eine soziale Autorität sie gesetzt hat. Die Grundnorm wird als Hypothese, nämlich dass das geltende Recht eine legitime Geltung beanspruchen kann, angenommen. Der damit mögliche Verzicht auf Wertentscheidungen ist das Ziel *Kelsens*, denn die Abhängigkeit von Wertentscheidungen widerspricht seinem Wissenschaftsverständnis. Für ihn kann die Rechtswissenschaft nur die „anhand objektiv feststellbarer Fakten zu beurteilende Wirksamkeit" des Rechts erforschen, nicht aber, ob dieses auch gerecht ist. Daraus folgt, dass Normen auch gelten können, wenn sie bestimmten Gerechtigkeitsprinzipien zuwider laufen. Nach *Kelsen* macht erst die Prämisse der „Grundnorm" die Rechtslehre zur Wissenschaft.

„Der Ausdruck dieser als „Zurechnung" (Strafe – Delikt) bezeichneten Beziehung und damit der Ausdruck der spezifischen Existenz des Rechtes, seiner Geltung, das heißt des eigentümlichen Sinns, in dem die zum System „Recht" gehörigen Tatbestände in ihrer wechselseitigen Verbundenheit gesetzt sind – und nichts anderes – ist das Sollen, in dem die Reine Rechtslehre das positive Recht darstellt; so wie der Ausdruck der Kausalgesetzlichkeit das Müssen ist."[11]

d) Politischer Nihilismus

Wie in *Kelsens* Kritik an überrechtlichen Begründungen für die Geltung des Rechts zu sehen war, ist er sich in seiner Reinen Rechtstheorie bewusst, dass Normen und Gesetze in einer nicht-anarchistischen Gesellschaft einen Genese-Prozess durchlaufen und eine politische Funktion besitzen. So stellt die herrschende soziale Autorität Sollens-Anordnungen auf, die der Jurist als Normen bezeichnet.[12] Wie nun diese soziale Autorität als Staat organisiert ist, hat die Rechtswissenschaft jedoch nicht zu bewerten. Ob Demokratie, Autokratie, oder Monarchie: Alle diese Systeme erzeugen Normen, und nur diese sind der Erkenntnisgegenstand einer Rechtswissenschaft. Sie

6 *Kelsen* (Fn. 5), S. 47.

7 *Kelsen* (Fn. 4), S. 14 ff.

8 *Kelsen* (Fn. 5), S. 47.

9 *Kelsen* (Fn. 4), S. 21.

10 *Kelsen* (Fn. 4), S. 21.

11 *Kelsen* (Fn. 4), S. 22.

12 *Kelsen*, Die Rechtsordnung als hierarchisches System von Zwangsnormen (1977), in: Hoerster (Hrsg.), Recht und Moral, 2002, S. 20.

bilden das neutrale Plateau der Grundnorm. Die Reine Rechtslehre löst also das Recht von Moral und Politik. Der politische Nihilismus[13] ermöglicht es *Kelsen* die Rechtswissenschaft in die Reihe der traditionellen Wissenschaften einzuordnen und sie als eigene Disziplin zu behaupten. Die Norm wird wissenschaftlich als höchste Autorität angesehen, von anderen Elementen gereinigt, und als streng positiv festgelegtes Recht beschrieben. Dieses „reine" Recht fußt auf der „Grundnorm".

Kelsen ging es um die Etablierung einer eigenständigen Rechtswissenschaft, welche sich von Werturteilen emanzipiert. Dies begründet er mit seinen Relativierungs-Annahmen (bezüglich einer durch Vernunft oder göttlichen Maßstäben begründeten Gerechtigkeit) und der Überzeugung, Recht könne nur als positives Recht bestehen und bedürfe keiner darüber hinaus weisenden Begründung. Mit der Einführung der Grundnorm gelingt ihm die Entkoppelung des Rechts bzw. der Rechtswissenschaft von Moral (Gerechtigkeit) und Politik. Die Rechtswissenschaft kann sich nun allein auf die Beschreibung von Begriffen und Strukturen verschiedener Rechtsordnungen inklusive ihrer Anwendung fokussieren.

„Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie des positiven Rechts. Des positiven Rechts schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung."[14]

2. Die Radbruch'sche Formel

Radbruch, ein weiterer maßgeblicher Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts, vertrat wie *Kelsen* die Überzeugung, dass Rechtssicherheit die Positivität des Rechts erfordert. „Die Sicherheit des Rechts fordert Positivität des Rechts. Wenn nicht festgestellt werden kann, was rechtens ist, so muss festgesetzt werden, was rechtens sein soll, und zwar von einer Stelle, die, was sie festsetzt auch durchzusetzen wieder in der Lage ist".[15] Er distanzierte sich jedoch geprägt durch die Erfahrungen des Nationalsozialismus vom politischen Nihilismus, wie er von *Kelsen* gefordert wurde. Die Jurisprudenz soll laut *Radbruch* niemals wieder wehrlos sein gegenüber menschenverachtender Gesetzgebung:

„Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung „Gesetz ist Gesetz" den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. […] Er glaubt die Geltung eines Gesetzes schon damit erwiesen zu haben, dass es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen. Aber auf Macht lässt sich vielleicht ein Müssen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen."[16]

Radbruch stellt damit die uneingeschränkte Geltung eines Gesetzes, also die Positivität des Rechts in Frage. Er misst das Recht außer an der Funktion der Rechtssicherheit an zwei weiteren Kriterien: Die Zweckmäßigkeit des Rechts und der Wille zur Gerechtigkeit. Er erarbeitet zudem eine dritte Form des Rechtszustandes. Für ihn gibt es Recht, unrechtes Recht und zudem das Nicht-Recht.[17]

a) Zweckmäßigkeit und Wille zur Gerechtigkeit

Recht schafft zunächst durch seinen Geltungsanspruch immer Rechtssicherheit. Es muss – so *Radbruch* – aber außerdem seinen Zweck, dem Gemeinwohl zu dienen, erfüllen und dabei gerecht sein. In diesem Dreieck verortet *Radbruch* den Zweck zum Gemeinwohl beizutragen als den schwächsten Wert und die Gerechtigkeit, da sie der Ursprung jeden Rechts ist, als den wichtigsten. Zur Rechtssicherheit schreibt er:

„Die Rechtssicherheit, die jedem positiven Gesetz schon wegen seiner Positivität eignet, nimmt eine merkwürdige Mittelstellung zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit ein: sie ist einerseits vom Gemeinwohl gefördert, andererseits aber auch von der Gerechtigkeit."[18]

Nun läge ein Dilemma zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit nahe. Wenn Recht immer gleich ausgelegt werden soll, in verschiedenen Situationen aber dasselbe Recht einmal Gerechtigkeit und dann wieder Unrecht legitimiert, scheint dies in einem Widerspruch zu einem absoluten Gerechtigkeitsbegriff zu stehen. *Radbruch* sieht diesen Widerstreit, doch sieht er ihn als einen Konflikt innerhalb des Postulats der Gerechtigkeit. Es geht in Wahrheit um einen „Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit".[19] Die Positivität des Rechts an sich wird somit nicht in Frage gestellt, sondern die vollkommene Relativierung der Gerechtigkeit. Ein positives Gesetz kann weiterhin Geltung beanspruchen, obwohl es moralisches Unrecht legitimiert, doch soll es hier eine Schranke geben, die am Kern des Rechts ansetzt: dem Willen zur Gerechtigkeit.[20]

b) Radbruch'sche Formel

Wenn ein Gesetz seinen Kern verleugnet und nur noch den Wert der Rechtssicherheit innehat, also seine Positivität besitzt, dann muss ihm der Rechtscharakter abgesprochen werden (Nicht-Recht). Dies ist der Kern der *Radbruch'schen* Formel:

„wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht', vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur."[21]

13 *Dreier*, Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre, 2001, S. 24.

14 *Kelsen* (Fn. 4), S. 1.

15 *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946, S. 10.

16 *Radbruch* (Fn. 15), S. 10.

17 *Radbruch* (Fn. 15), S. 11.

18 *Radbruch* (Fn. 15), S. 10.

19 *Radbruch* (Fn. 15), S. 11.

20 *Radbruch* (Fn. 15), S. 15.

21 *Radbruch* (Fn. 15), S. 11.

Neben diesem Nicht-Recht lässt *Radbruch* die Kategorie des unrichtigen Rechts bestehen. Auch nach seiner Vorstellung des positiven Rechts kann es der Gerechtigkeit widersprechende Normen geben. Diesen Freiraum braucht das Recht zur Aufrechterhaltung seiner Rechtssicherheit und unumstrittenen Geltung.

Radbruch hat gesehen, dass der Grundsatz „Gesetz ist Gesetz" die Juristen wehrlos gegen den Missbrauch der nationalsozialistischen Gesetzgebung gemacht hat. Seiner Ansicht nach müssen Lehren aus den historischen Ereignissen gezogen werden und „die grundsätzliche Überwindung des Positivismus"[22] angestrebt werden. Die Rechtslehre könne nicht länger ihre Normen als absolut setzen, sondern müsse „die Forderung der Gerechtigkeit mit einer möglichst geringen Einbuße an Rechtssicherheit zu verwirklichen suchen."[23]

Dass dies nicht einfach zu realisieren ist, war *Radbruch* gewiss bewusst. Er war Justizminister in der Weimarer Republik. Viele Juristen vertraten damals nationale bis rechtsradikale Positionen und folgten dieser Einstellung bei ihrer Arbeit als Richter. Die Justiz war „auf dem rechten Auge blind". Deutlich wurde das vor allem in Urteilen zu Morden an demokratischen oder linken Politikern (*Elsner*, *Luxemburg*, *Liebknecht*, *Rathenau* etc.). Die Richter hielten sich nicht an das geltende Recht, sondern folgten ihren subjektiven Vorstellungen von Gerechtigkeit (Mord an politisch anders Denkenden galt ihnen als moralisch vertretbar), weshalb *Radbruch* noch 1932 schrieb: „Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren lässt."[24]

3. Das Rechtssystem nach Luhmann

Einer der bedeutendsten Soziologen des 20. Jahrhunderts, *Niklas Luhmann*, befasste sich im Rahmen seiner Theorie sozialer Systeme mit Strukturen und Funktionen des Rechtssystems. Für ein Verständnis dieser Analyse werden zunächst einige für das System Recht zentrale Grundgedanken der generellen Systemtheorie *Luhmanns* vorgestellt, um diese dann auf den eigentlichen Fokus anwenden zu können.

a) Systemtheorie, eine funktional-strukturelle Theorie

Für *Luhmann* ist eine Gesellschaft ein Konstrukt aus umweltoffenen sozialen Systemen. Die Theorie beschreibt *Luhmann* selbst als „funktional-strukturell",[25] da zuerst die Funktionen der Systeme zu bestimmen sind, um davon ausgehend Schlüsse auf ihre Struktur und ihre Entstehungsbedingungen ziehen zu können.[26] Moderne Gesellschaften sind funktional in unterschiedliche Subsysteme wie Politik, Wissenschaft, Medizin, Wirtschaft und neben weiteren auch Recht ausdifferenziert.

Nach *Luhmann* sind moderne Gesellschaften aufgrund ihrer Komplexität nicht mehr ausgehend von einem methodologischen Individualismus erklärbar, sondern erfordern eine Betrachtung als funktional gegliedertes soziales System. Die Willensentscheidungen einzelner Menschen treten quasi hinter die Funktionen und Strukturen sozialer Systeme zurück. Soziale Systeme leisten als essentiellen Beitrag Komplexität-Reduktion und Kontingenzbeschränkung. Beides zusammen ist u.a. Voraussetzung dafür, dass dem einzelnen Menschen das Zurechtfinden in der modernen Gesellschaft gelingt.

b) Merkmale der Systeme

Systeme funktionieren nach *Luhmann* nach grundsätzlich gleichen Prinzipien: Sie verhalten sich „selbstreferentiell", bestehen „autopoietisch" und sind somit operativ geschlossen, kognitiv jedoch geöffnet.[27]

„Selbstreferentiell" bedeutet, dass die Systeme in ihrem Handeln stets auf sich selbst Bezug nehmen. Jegliche Aktion, zum Beispiel im Rechtssystem die Anwendung einer Norm, folgt den Regeln, die innerhalb des Systems gelten und die das System sich selbst gesetzt hat. Im Rechtssystem wäre dies die Verfahrensrationalität von Gerichtsverfahren und Instanzenzügen.

Zudem sind sie „autopoietisch". Dieser aus der Biologie übernommene Begriff bezeichnet die eigene Herstellung und selbstständige Reproduktion einzelner Systeme. So wurde zum Beispiel unsere heutige Rechtsordnung, und daran anschließend die Anwendung der Normen, aus dem Römischen Recht abgeleitet. Laut *Luhmann* entstehen Rechtsordnungen immer als Weiterentwicklung vorheriger Ordnungen.

Als drittes sind die einzelnen Systeme trotz ihrer operativen Geschlossenheit nicht vollständig voneinander abgeschottet. Kognitiv können die Systeme sich beeinflussen und sogar aneinander gekoppelt sein. Das Rechtssystem wird durch die sich fortwährend wandelnde Gesetzgebung, also durch die Gesellschaft und insbesondere durch das Subsystem Politik beeinflusst, und ist sogar an letzteres „strukturell gekoppelt".[28] Jedoch ist der Einfluss durch die Selbstreferenz und Autopoiesis des Systems begrenzt.

c) Das Rechtssystem

Das Rechtssystem ermöglicht Komplexitätsreduktion und Einschränkung der Kontingenz durch eine erst zeitliche und dann soziale Generalisierung von Erwar-

22 *Radbruch* (Fn. 15), S. 15.

23 *Radbruch* (Fn. 15), S. 14.

24 *Radbruch* (Fn. 15), S. 13.

25 *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1932, S. 206.

26 *Luhmann*, Soziale Systeme – Grundriß einer allgemeinen Theorie, 1987, S. 30.

27 *Hein*, Systemtheorie und Politik(Wissenschaft) – Missverständnis oder produktive Herausforderung?, in: Gansel (Hrsg.), Systemtheorie in den Fachwissenschaften, 2011, S. 53 (56).

28 *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 5. Auflage 2009, S. 119.

tungen in Form von Gesetzen mit eindeutigem Geltungsanspruch. Es kommt zu einer „Stabilisierung objektiv gültiger Erwartungen“.[29] Mit Hilfe des Rechts gelingt es die normativen Erwartungen der Systembeteiligten zu stabilisieren. Sie werden davon entlastet, von einer Vielzahl von Möglichkeiten eigener und fremder Erwartungen (doppelte Kontingenz) ausgehen zu müssen. Die Funktion des Rechtssystems ist laut *Luhmann*: Die „Struktur eines sozialen Systems, die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht“[30] zu sichern. Es müssen dementsprechend „Grenzen und Selektionsweisen des Gesellschaftssystem“[31] definiert werden, um Rechtssicherheit im Sinne der Stabilisierung normativer Erwartungen zu schaffen.

Die Erfüllung dieser Aufgabe erfordert, dass das Recht sowohl sachlich und zeitlich indifferent ist als auch „beliebig bestimmt, aber nicht beliebig bestimmbar“[32] ist. Ein solches Recht ist das positive Recht.

d) Funktion der Positivität des Rechts

Das positive Recht zeichnet sich durch zwei Eigenschaften aus: Es löst sich vom Daueranspruch der vorherigen Rechtsordnungen und stellt lediglich seine eigene Gesetztheit sicher. Das beschriebene Problem der fortschreitenden Komplexität lässt eine Begründung des Rechts in traditionellen oder naturrechtlichen Legitimationen nicht mehr zu. Der diesen zugrunde liegende „Ewigkeitsanspruch“ ist angesichts der Entwicklungsdynamik moderner Gesellschaften dysfunktional. Das Recht wird zu einem „Instrument planmäßiger Veränderung der Wirklichkeit“[33], welches zu einer „Ausdehnung des Horizonts möglichen Rechts“[34] führt. Das Rechtssystem ist somit flexibel genug um den kognitiven Einflüssen anderer Systeme gerecht zu werden, und behält gleichzeitig seine Selbstreferenz und Autopoiesis. *Luhmann* macht diese systemtheoretische Perspektive auf das positive Recht an einer damit sichtbar werdenden neuen zentralen Möglichkeit fest: „Das historisch Neue und Riskante der Positivität des Rechts ist die Legalisierung von Rechtsänderungen.“[35]

Die in ausdifferenzierten Gesellschaften notwendige Variabilität des Rechts erfordert aus systemtheoretischer Sicht die Positivität des Rechts. Ein Rückbezug auf traditionelle oder naturrechtliche Begründungen ist nicht möglich, da dies einen unabänderlichen, dementsprechend das Gegenteil zu einem sachlich und zeitlich indifferenten, Geltungsanspruch, impliziert.

Für *Luhmann* ist es aus diesem Grund auch funktional, dass „der Prozess der Rechtsbildung die gesamte Gesellschaft einbezieht“.[36] Die generellen Erwartungen, welche zu sichern sind, entstehen aus dem System der Gesellschaft. Die konkreten Normen im Subsystem des Rechts sind *de facto* die Weiterentwicklungen ältere Normenprojektionen. Ein Bespiel hierfür wäre die Gründung des traditionellen Rechtspositivismus auf Basis der Rationalität des Römischen Rechts.

Wichtig für das Funktionieren des Rechtssystems ist, dass das Recht von außen positiv gesetzt ist. Wann und wie es dann geltend gemacht wird, ist im Rechtssystem selbst zu entscheiden. Recht ist demnach, „was das Recht als Recht bestimmt.“[37]

e) Legitimität der Gesetzgebung

Das Rechtssystem bzw. das Recht unterliegt einem stetigen Anpassungsdruck bzw. durch die laufende Gesetzgebung einem steten Wandel. Für *Luhmann* entsteht die Legitimation der Gesetzgebung und im Endeffekt der Rechtsordnung durch die Einhaltung eines zuvor zwischen den Systembeteiligten vereinbarten Verfahrens. Der Geltungsanspruch des Rechts bzw. der Gesetzgebung entspringt aus verschiedenen Verfahrensarten (politische Wahl, Gesetzgebungsprozess, Verwaltung). In ihrem Zusammenspiel entsteht die Legitimität, da diesen Verfahren ein gesellschaftlicher Konsens unterstellt wird. Dadurch wird „[…] jedem einzelnen nahegelegt, unwiderlegbar zu erwarten, dass Dritte normativ erwarten, dass alle Betroffenen sich kognitiv, also lernbereit auf das einstellen, was bindende Entscheidungen normieren“.[38]

Die Legitimation des Rechts bzw. der Gesetzgebung muss dementsprechend das System der Gesellschaft, oder spezifisch das Politiksystem sichern. Das Rechtssystem selbst kann nur nach und innerhalb seiner Regeln handeln. Oder anders: „Alles Recht ist geltendes Recht. Nicht geltendes Recht ist kein Recht“.[39] Ein Beispiel hierfür wäre das Gleichheitsprinzip. Denn: „was gleich und was ungleich ist kann nur intern des Systems geregelt werden“.[40] Hier bewahrt das Recht seine Selbstreferenz. Für darüber hinausreichende Fragestellungen nach Legitimität ist das System Recht der falsche Adressat.

Innerhalb des Rechtssystems werden rechtsinterne Kriterien aufgestellt, mit denen das Recht den Anteil seiner Eigenlegitimation abdeckt. So gilt zum Beispiel der Begriff der Gerechtigkeit als eine Kontingenzformel, mit welchem sich das Recht selbst kontrollieren kann. Jedoch kann sich Gerechtigkeit wiederum immer nur auf rechtsinterne Kriterien beziehen. Eine Rückanbindung an außerrechtliche Werte würde den Grundannahmen der Systemtheorie widersprechen.

29 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 440.
30 *Luhmann* (Fn. 26), S. 38.
31 *Luhmann* (Fn. 29), S. 105/131.
32 *Raiser*, Rechtssoziologie (Fn. 28), S. 134.
33 *Luhmann* (Fn. 26), S. 210.
34 *Luhmann* (Fn. 26), S. 211.
35 *Luhmann* (Fn. 26), S. 212.
36 *Luhmann* (Fn. 26), S. 209.
37 *Luhmann* (Fn. 26), S. 208.
38 *Raiser*, Rechtssoziologie (Fn. 28), S. 173.
39 *Luhmann* (Fn. 26), S. 265.
40 *Luhmann* (Fn. 29), S. 102.

4. Diskurstheoretischer Ansatz Habermas'

Neben *Luhmann* beteiligte sich ein zweiter bedeutender Soziologe und Philosoph an der Diskussion und der Analyse des Rechts: *Habermas*. In seinem Werk zur Rechtstheorie wird in einer diskurstheoretischen Rekonstruktion des modernen Rechtstaates die Evolution des demokratischen Rechtsstaates in der Moderne beschrieben.

Im Fokus von *Faktizität und Geltung* steht das Spannungsverhältnis zwischen dem Ideal (normativer Ansatz) und der Wirklichkeit (objektivistischer Ansatz) im Rechtssystem.[41] Problematisch ist die vom positiven Recht beanspruchte Legitimität, welche es zu begründen gilt.[42] Während für *Luhmann* das Recht für seine Geltung keine außerrechtliche Begründung braucht, sieht *Habermas* sehr wohl die Notwendigkeit: „Für das entzauberte sakrale Recht – und ein entleertes, substanzlos gewordenes Gewohnheitsrecht – muss ein Äquivalent gefunden werden, welches dem positiven Recht ein Moment der Unverfügbarkeit erhalten kann."[43] Anders als bei *Luhmann* soll diese Problematik nicht in einem anderen System „gelöst", sondern durch die in der Theorie des kommunikativen Handelns entworfene Diskurstheorie adressiert werden. *Habermas* geht hier von einer Diskurstheorie des Rechts aus, welche sich auf den Prozess der Rechtsgenese und ein faires Verfahren konzentriert. Solch ein faires Zustandekommen von Rechtsnormen im Verfahren sieht *Habermas* als eine Verfahrensrationalität an.[44]

Schon zu Beginn seines Werkes stellt *Habermas* eine seither höchst umstrittene These zur Wechselseitigkeit des Rechts auf: Zum einen scheint „[…] der Rechtsstaat ohne radikale Demokratie nicht zu haben und nicht zu erhalten" zu sein.[45] Zum anderen muss das Recht gleichzeitig für die Stabilität der Gesellschaft sorgen. Es muss also unter Druck (einer radikalen Demokratie) gleichzeitig Teile seiner alten Form behalten und der Gesellschaft durch Rechtssicherheit Stabilität geben, und sich zugleich verändern, um eine Wendung zu mehr Demokratie zu ermöglichen.

Dieser Druck auf die bestehende Rechtsordnung hat seinen Ursprung im Verhältnis von Moral und Recht. *Habermas* sieht, wie die vorherigen Theoretiker auch, eine Spannung zwischen Sollens-Ansprüchen und dem Sein. Nur kann dies nicht alleine vom Recht gelöst werden. Das Recht ist „als ein Medium [zu] betrachten, über das sich kommunikative Macht in administrative umsetzt".[46] *Habermas* schlägt daher eine andere Einordnung juristischer Argumente vor:

„Juristische Argumente funktionieren aus dieser Perspektive nicht mehr allein auf Seiten der Systemimperative der Rechtsordnung, sondern sie verstehen sich als eine besondere Form von Rechtfertigungsdiskurs."[47]

a) Recht als Hilfe für überforderte Gesellschaften

„Das moderne Recht springt in die Funktionslücken von sozialen Ordnungen ein, die in ihrer sozialintegrativen Leistung überfordert sind".[48] Für *Habermas* muss das Recht mehr als nur ein Konstrukt aus Gesetzen sein, welche die Grenzen des Handelns durch Zwangsnormen in Gesellschaften vorgibt. Recht hat für ihn nicht nur die Funktion der Komplexitätsreduktion durch Rechtssicherheit, sondern auch eine „sozialintegrative".[49] Nach *Habermas* muss das Recht also auch den in einer Gesellschaft ablaufenden Verständigungsleistungen genügen, welche zu einer Akzeptanz der Gesetzgebung führen kann. So kann eine Rechtsordnung in einem demokratischen Rechtsstaat Geltung in Form von Akzeptanz erhalten, wenn sich die Individuen im Ganzen wiederfinden. Dieses „Wiederfinden" muss das Recht ermöglichen.

Somit sieht er mehr als nur eine Komplexitätsreduktion durch das positiv gesetzte Recht. Die „sozialintegrative" Funktion muss auch gesehen werden. Das Gleichgewicht zwischen diesen beiden Funktionen ist ausgehend von den verschiedenen Arten des Rechts zu betrachten. So ist das Recht in subjektive Rechte und objektive Rechte geteilt. Für eine Komplexitätsreduktion sorgen die objektiven Rechte, da sie den Rahmen des gesellschaftlichen Handelns festlegen. Sie werden durch die Summe aller geschriebenen und ungeschriebenen Gesetze gebildet. Subjektive Rechte sind dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht nur objektive Rechtspflichten festsetzten, sondern auch Ansprüche an Freiheitsräume für die einzelnen Individuen einräumen. *Luhmann* beschränkt sich auf die Betrachtung der objektiven Rechte, da das Recht lediglich die Funktion der Komplexitätsreduktion übernimmt. *Habermas* schreibt dem Recht zusätzlich die Funktion der Sozialintegration zu, daher müssen Rechte auch individuelle Freiheiten gezielt schützen und eine Gesellschaft zum „zusammenkommen" veranlassen. Sie müssen also eine Verständigung über die Regeln und Setzung dieser Rechte sichern. Wenn nämlich legales Verhalten zur Pflicht und Demokratie institutionalisiert wird, dann können sich die Bürger mit einer demokratischen Selbstgesetzgebung sowohl verwirklichen als auch gemeinsam kontrollieren. Aus einer solchen Gesetzgebung kann das positive Recht eine Legitimation und Rechtfertigung für die bestehende Rechtsordnung ableiten.[50] Beide Funktionen müssen jedoch ausgeglichen repräsentiert werden. So kann die subjektive Freiheit nicht von der staatsbürgerlichen Autonomie verschluckt werden. Ebenso muss der Zusammenhalt dieser Gesell-

41 *Raiser*, Rechtssoziologie (Fn. 28), S. 137.

42 *Horster*, Jürgen Habermas zur Einführung, 3. Auflage 2006, S. 98.

43 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 124.

44 *Habermas*, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, KJ 20 (1987), 1 (5 f.).

45 *Horster* (Fn. 42), S. 98.

46 *Habermas* (Fn. 43), S. 13.

47 *Habermas* (Fn. 43), S. 187.

48 *Habermas* (Fn. 43), S. 257.

49 *Habermas* (Fn. 43), S. 61.

50 *Habermas* (Fn. 43), S. 110.

schaft gegen übermäßige subjektive Freiheit und daraus womöglich entstehende Willkür geschützt werden. Eine Balance zwischen Komplexitätsreduktion und Sozialintegration, oder eben subjektiven und objektiven Rechten, muss hergestellt werden, damit dem Recht ermöglicht wird die genannte Problematik aufzufangen.

b) Subjektives Recht (Wollendürfen) – objektives Recht (politische Autonomie)

Subjektive Rechte „[…] legen die Grenzen fest, innerhalb derer ein Subjekt zur freien Bestätigung seines Willens berechtigt ist".[51]

Die subjektiven Rechte verschaffen dem Individuum einen Spielraum, in dem es Autonomie über sein Handeln besitzt. Recht ist hier „[…] eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft".[52] An dieses Recht sollte allerdings immer die „[…] gegenseitige Anerkennung, als Gleiche, mit gleichen Rechten"[53] gekoppelt sein. Wenn die einzelnen Individuen nicht die Rechtsordnung anerkennen, welche ihnen diesen Spielraum gewährt, dann geht die Rechnung der subjektiven Rechte nicht auf. Mit dem Privileg der subjektiven Rechte geht immer auch die Pflicht einher, den anderen die gleichen Privilegien zuzugestehen.

Die gegenseitige Anerkennung als Voraussetzung der subjektiven Rechte muss in objektiven Rechten festgehalten werden, das heißt als Rechtsordnung institutionalisiert werden. Das objektive Recht steckt also den Rahmen der subjektiven Rechte ab. Damit stabilisiert und beschränkt es das subjektive Recht gleichermaßen. Private Freiheit steht für *Habermas* in einem Wechselverhältnis mit öffentlicher Partizipation. Beide Sphären dürfen sich nicht ausschließen, sondern müssen sich jeweils stärken.[54]

Habermas spricht hier auch von einer „Gleichursprünglichkeit privater und öffentlicher Autonomie".[55] Weder entscheidet sich *Habermas* für einen individualistisch liberalen Ansatz, welcher die Einzelperson in den Vordergrund stellt, noch verschwindet das Individuum im Geltungsbereich der objektiven Rechte, wie es bei *Luhmann* der Fall ist.

Liberale Ansätze würden auf die Vernunft des Menschen zu vertrauen, um ihn ein äußerstes Maximum an subjektiven Rechten zuzugestehen. Letztere Möglichkeit würde bedeuten, die Menschen an objektive Rechte zu binden, ihnen also zu misstrauen.[56]

Für *Habermas* ist die jeweilige Ausschließlichkeit der beiden Möglichkeiten nun zu modifizieren, indem er sie innerhalb einer vernunftorientierten Kommunikation zusammenführt:

„[…] der innere Zusammenhang zwischen subjektivem und objektivem Recht auf der einen, zwischen privater und öffentlicher Autonomie auf der anderen Seite erschließt sich erst, wenn wir die intersubjektive Struktur von Rechten und die kommunikative Struktur der Selbstgesetzgebung ernstnehmen und angemessen explizieren".[57]

Diese Strukturen sind nach *Habermas* nur „durch die Kommunikationsform diskursiver Meinungs- und Willensbildung"[58] zu sichern.

Dieser Prozess muss von jedem Einzelnen durchlaufen werden und er kann nur in einem öffentlichen Raum ausgetragen werden. Die Individuen verhandeln über ihre subjektiven und objektiven Rechte in einem von den letzteren festgelegten Rahmen.[59] Diese diskursive Meinungs- und Willensbildung folgt einem klar definiertem Idealtypus:

„Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen können."[60]

III. Recht und Moral

1. Einführung in das Problem

Im zweiten Teil werden nun die vorgestellten Theorien genau hinsichtlich ihrer Position zu Recht und Moral untersucht. Dabei ist *Kelsens* Position der „Reinen Rechtslehre" als Ausgangspunkt hilfreich. Danach wird Gustav *Radbruchs* historisches Argument der Wehrlosigkeit des positiven Rechts *Kelsens* Positionen gegenüber gestellt, um diese juristische Diskussion anschließend in *Luhmanns* soziologischer Systemtheorie aufzulösen. Als Abschluss bietet sich der kommunikationstheoretische Ansatz *Habermas* an, dem es gelingt, die zuvor genannten Argumente in seine Position einzuarbeiten, um abschließend einen möglichen Lösungsweg zu beschreiben.

Drei Fragen werden hier aufschlussreich sein: A) Welche Auffassung von Ethik respektive Moral oder Gerechtigkeit vertritt der Theoretiker? B) Für wie begründet und überzeugend hält er diese Ethik? C)Wie verhält sich das Recht zu diesem Thema?

2. Kelsens Relativierung

Für *Kelsen* kann sowohl Gerechtigkeit als auch jede Ideologie (Politische Überzeugung) immer nur relative Geltung beanspruchen. Gerechtigkeit als allgemein gültiger Maßstab kam für ihn nicht infrage, da jegliche Begründung dessen, was Gerechtigkeit ist bzw. sein soll, entweder metaphysischer oder zumindestens ideologischer

51 *Habermas* (Fn. 43), S. 111.

52 *Habermas* (Fn. 43), S. 110.

53 *Habermas* (Fn. 43), S. 113.

54 *Habermas* (Fn. 43), S. 117.

55 *Möllers*, Demokratie und Recht – Faktizität und Geltung, in: Brunkhorst/Kreide/Lafont (Hrsg.), Habermas Handbuch, 2009, 255 (259).

56 *Möllers* (Fn. 55), 258.

57 *Habermas* (Fn. 43), S. 130 ff.

58 *Habermas* (Fn. 43), S. 135.

59 *Habermas* (Fn. 43), S. 133.

60 *Habermas* (Fn. 43), S. 138.

Art ist. Für *Kelsen* konnte das positive Recht nur seine Geltung und die damit mögliche Rechtssicherheit wahren, weil es von absoluten Werten und außerrechtlichen Begründungen abstrahiert und rein abstrakte Normen formuliert. Jegliche Vermischung von Gerechtigkeit und Recht ist nach *Kelsen* nicht zu begründen und niemals wertfrei möglich. *Kelsen* selbst fasste seine Haltung zu Gerechtigkeit treffend zum Abschluss seiner Abhandlung „Was ist Gerechtigkeit" zusammen:

„Und in der Tat, ich weiß nicht und kann nicht sagen, was Gerechtigkeit ist, die absolute Gerechtigkeit, dieser schöne Traum der Menschheit. Ich muss mich mit einer relativen Gerechtigkeit genügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist. Da Wissenschaft mein Beruf ist und sohin das wichtigste in meinem Leben, ist es jene Gerechtigkeit, unter deren Schutz Wissenschaft, und mit Wissenschaft Wahrheit und Aufrichtigkeit gedeihen können. Es ist die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz."[61]

3. Radbruch'sche Formel

Ein historisch begründetes Gegenargument zur absoluten Positivität des Rechts formulierte *Radbruch*. Es war seine Antwort auf die Gesetzgebung der Nationalsozialisten in den 30er Jahren, gegenüber denen die Jurisprudenz seiner Zeit wehrlos zu sein schien. Wie von *Kelsen* gefordert, fragen die Juristen nicht nach der Begründung von Normen oder den politischen Prozessen, durch die sie Gesetzeskraft erlangten. Die menschenverachtenden Gesetze, die für Mitbürger den Verlust ihrer Persönlichkeitsrechte und im Extremfall sogar Deportation und Konzentrationslager rechtlich legitimieren konnten, waren für *Radbruch* als Recht nicht zu akzeptieren. *Radbruch* stellte die rechtsichernde Funktion des Rechts nicht in Frage, doch dementierte er die Abwesenheit von Gerechtigkeit in einer Norm. Er meinte einen Fehler in der rechtpositivistischen Begründung des Rechts nachweisen zu können:

„Er [der Rechtspositivismus] glaubt, die Geltung eines Gesetzes schon damit erwiesen zu haben, dass es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen. Aber auf Macht lässt sich vielleicht ein Müssen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen."[62]

Gerechtigkeit steht am Anfang des Rechts, bzw. ist seine eigentliche Begründung. Was passiert, wenn dieser Ursprung vergessen wird, konnte im Deutschland der 30er Jahre gesehen werden. Eine Lücke in *Radbruch*s Argumentation entsteht bei der Beurteilung, wann dieser Ursprung vergessen wurde bzw. woran sich nachvollziehbar festmachen lässt, dass ein Gesetz keinerlei Willen zur Gerechtigkeit mehr zeigt, und wann es noch ein auszuhaltendes Maß an Ungerechtigkeit vorweist und wann eben nicht mehr.

4. Luhmanns systemtheoretische Auflösung

Für *Luhmann* gibt es diese Lücke nicht, da die von *Radbruch* aufgeworfene Problematik keine des Rechtssystems ist. Seine Rechtssoziologie ist in diesem Punkt deckungsgleich mit *Kelsens* Reiner Rechtslehre. Auch *Luhmann* sieht die Verantwortung, eine menschenverachtende Gesetzgebung zu verhindern, nicht bei der Jurisprudenz, sondern klar im System Politik. Zwar sind diese beiden Systeme wie beschrieben eng verbunden bzw. gekoppelt, doch fällt die Aufgabe der Sicherung der Legalität und damit der Legitimität durch konsentierte Verfahren ausschließlich der Politik zu. Das Rechtssystem akzeptiert Normen als legal und geltend, wenn sie vom politischen System beschlossen wurden. Es ist Aufgabe des politischen Systems durch konsentierte Verfahren zu sichern, dass das Recht legal zu Stande kommt. Das Rechtssystem kann die Legalität des Gesetzgebungsprozesses überprüfen aber Legitimität entsteht durch die Einhaltung der Verfahren im Politiksystem. Operativ ist das System Recht geschlossen, und benötigt selbstreferentiell auch keine gesellschaftliche Legitimation. Es ist positiv aufgrund seiner komplexitätsreduzierenden Funktion gesetzt, verlangt auch in seiner autopoietischen Struktur von sich selbst keine Legitimation, da ein Gesetz ein Gesetz ist, und damit Recht.

Zudem teilt *Luhmann Kelsens* Argumentation, dass jede Gerechtigkeitsmaxime eine metaphysische Begründung hat. Von der Forderung nach Gerechtigkeit geht weder moralischer Zwang noch Verbindlichkeit aus und sie ist eindeutig nicht im Rechtssystem zu verorten. Moral wird klar vom Recht getrennt.[63] Zur Reduktion der Komplexität schafft das Recht eindeutige „Wenn-Dann-Sätze", die Rechtssicherheit versprechen und das Rechtssystem für Individuen und andere Subsysteme verständlich machen.[64] Der binäre Code des Rechtssystems der eindeutigen Tatbestand-Rechtsfolge-Ordnung schließt jegliche Ansprüche an eine moralische Legitimierung aus.

5. Habermas' Lösung

Habermas setzt nun bei einem Gedanken ein, den auch *Radbruch* schon anriss:

„Wir haben die Gerechtigkeit zu suchen, zugleich die Rechtssicherheit zu beachten, da sie selber ein Teil der Gerechtigkeit ist, und einen Rechtsstaat wieder aufzubauen, der beiden Gedanken nach Möglichkeit Genüge zu tun hat. Demokratie ist gewiss ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Bes-

61 *Nickel*, Legalität und Legitimation, in: Brunkhorst/Kreide/Lafont (Hrsg.), Habermas Handbuch, 2009, 345 (346).

62 *Kelsen* (Fn. 5), S. 52.

63 *Radbruch* (Fn. 15), S. 10.

64 *Luhmann* (Fn. 26), S. 129.

te an der Demokratie gerade dieses, dass nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern."[65]

a) Moral und Demokratieprinzip

Für *Habermas* leiten sich aus der heutigen Gesellschaft zwei wichtig Prinzipien ab: Das Moralprinzip und das Demokratieprinzip. Das Moralprinzip trägt eine Art kulturelles Wissen von nicht geschriebenen Gesetzen nach denen ein Individuum handelt. Diese Gesetze sind keine positiven, sondern zwischenmenschliche Schranken und Regeln, auf die sich die Gesellschaftsmitglieder verständigen. Das Demokratieprinzip beschreibt demgegenüber staatsmännische Gesetze. Sie sind in Form der beschriebenen objektiven Rechte zumeist gesetzt. Mit ihnen sind die staatliche Ordnung und damit die Rechtsordnung festgeschrieben. Beide Prinzipien beziehen sich auf das gleiche Thema des gesellschaftlichen Zusammenlebens in unterschiedlicher Weise.

Beide Prinzipien liegen unter den subjektiven und objektiven Rechten. Sie bilden das Fundament, auf dem das Haus „Gesellschaft" steht.

b) Zwei Handlungsnormen

Für *Habermas* gibt es nicht nur juristische Gesetze als rechtliche Handlungsnormen, sondern auch moralische Handlungsnormen. Beide Normen haben unterschiedliche Bezugssysteme und Wirkungen. So beziehen sich Rechtsnormen auf Genossen, die wechselseitige Anerkennung aufgrund einer abstrakten durch eine Rechtsnorm erzeugten Gemeinschaft besitzen. Moralnormen hingegen beziehen sich auf natürliche Personen einer konkreten Gemeinschaft in direkten Konflikten und Beziehungen.[66]

Wichtig bei dieser Unterscheidung ist ein ähnlicher Punkt wie bei der zwischen subjektiven und objektiven Rechten. Die Rechtsnormen haben ihr Bezugssystem in der durch sie selbst institutionalisierten Gesellschaft, während die Moralnormen die direkte Interaktion zwischen Individuen regeln. Beide Arten von Normen sind für eine rechtsstaatliche Demokratie unabdingbar. Wichtig ist nun, auf welcher Grundlage ein Gleichgewicht zwischen ihnen gefunden werden kann. Eine solche Grundlage bietet für *Habermas* das entworfene Diskursprinzip.

Habermas macht hiermit eine Verbindung zwischen Recht und Moral deutlich. Ähnlich wie *Radbruch* ist für ihn der ursprüngliche Grund des Rechts immer noch das Streben nach einer geregelten und *gerechten* Gesellschaft. Von diesem Bezug kann sich das Recht nicht trennen.

„Dem positiven Recht bleibt, über die Legitimitätskomponente der Rechtsgeltung, ein Bezug zur Moral eingeschrieben. Aber dieser Moralbezug darf uns nicht dazu verleiten, die Moral dem Recht im Sinne einer Normenhierarchie überzuordnen. (...) Die autonome Moral und das auf Begründung angewiesene positive Recht stehen vielmehr in einem Ergänzungsverhältnis".[67]

Klar wird hier die gleichzeitige Abwendung vom Naturrecht. *Habermas* stellt sowohl die verschiedenen Normen als auch die Beziehung Moral und Recht strikt als Ergänzungsverhältnis dar. Ohne Recht kann die Moral sich keine Geltung verschaffen, und ohne Moral das Recht sich nicht begründen bzw. legitimieren.

c) Einschränkung der Moral

Daraus folgt, dass die Moral eine bereichernde Begründung für das positive Recht ist. Das Recht hingegen muss diese moralischen Ansprüche begrenzen. Wie im einleitenden Teil beschrieben, entsteht ein Paradox, mit dem das Recht umgehen muss. *Habermas* übernimmt hierfür von Kant drei Dimensionen in denen das Recht die Grundbegriffe der Moral beschränkt:

„Nach Kant bezieht sich der Begriff des Rechts nicht primär auf den freien Willen, sondern auf die Willkür der Adressaten, er erstreckt sich ferner auf das äußere Verhältnis einer Person gegen eine andere und ist schließlich mit jener Zwangsbefugnis ausgestattet, die der eine gegenüber dem anderen im Falle eines Übergriffs auszuüben berechtigt ist."[68]

Diese Einschränkungen werden von *Habermas* nun auf die Beziehung zwischen den beiden Prinzipien übertragen. Im Diskurs bezieht sich das Moralprinzip auf die intern gefassten Normen, während das Demokratieprinzip, welches Legitimation beanspruchen kann, diesen Kern zum einen inhaltlich beschränkt als ihn auch bewahrt, und damit in sich trägt. Die Normen bilden also eine Mauer um den Brunnen der Moral. Ohne Mauer versickert der Brunnen, doch ohne Brunnen ist die Mauer sinnfrei. Das Moralprinzip bezieht ist auf alle Handlungsnormen, während das Demokratieprinzip lediglich die Rechtsnormen zu verantworten hat. Aus diesem Zusammenspiel wird der rationale Diskurs gleichermaßen geboren als auch später stabilisiert.

d) Vernunftmoral

Dieser rationale Diskurs verlangt nun einen Transfer vom Wissen zum Handeln, welcher nicht rechtlich gesichert ist. So muss sich das Individuum der von *Habermas* genannten „Vernunftmoral" bedienen. Diese ist „kritisch gegenüber traditionellen Begründungen" und zielt auf eine „internalisierende Verankerung moralischer Grundsätze im Persönlichkeitssystem."[69] Sie ist „auf Fragen der Gerechtigkeit spezialisiert und betrachtet grundsätzlich alles im scharfen aber engen Lichtkegel der

65 *Luhmann* (Fn. 29), S. 195.

66 *Radbruch* (Fn. 15), S. 17.

67 *Habermas* (Fn. 43), S. 144.

68 *Habermas* (Fn. 43), S. 137.

69 *Habermas* (Fn. 43), S. 136.

Universalisierbarkeit".[70] Nun muss sich diese Moral auf das Handeln der Individuen im und durch den Diskurs übertragen. Hier sieht *Habermas* drei Hürden:

Einmal fordert die Vernunftmoral im Diskurs ein Vertrauen in die Autonomie des Subjekts. Die Menschen sollen ihr eigenes Urteil bilden können. Zudem besitzen diese Normen eine hohe Erwartung an die Willensstärke des Individuums. Die moralische Person muss ihre moralische Pflicht mit ihren Neigungen in Einklang bringen. Ein Folgen von diesen Normen ist somit kein Automatismus. *Habermas* sieht das folgen von solchen Normen als alltägliche Probe. Zum dritten gibt es keine *Zurechenbarkeit von Verpflichtungen*. Eine Verwirklichung der Vernunftmoral würde einen enormen organisatorischen Aufwand zur Veränderung der aktuellen Strukturen erfordern. So diagnostiziert *Habermas*, dass viele moralische Forderungen unserer heutigen Gesellschaft klar in einem Widerspruch zu den materiell vorliegenden Verhältnissen liegen. Den Forderungen kann jeder noch zustimmen, doch erhebt sich gegen ihre Umsetzung ein klarer Änderungswiderstand[71]. Die Moral ist also auf Persönlichkeitsstrukturen angewiesen. *Habermas* sieht diese Strukturen im Menschen zwar potenziell gegeben, jedoch in unserer Gesellschaft nicht umgesetzt. Der Internalisierung von der Vernunftmoral soll durch eine Institutionalisierung eines komplementären Rechtssystems ergänzt werden.[72]

Diese Möglichkeit der Verschränkung wäre ein Weg, die moralischen Urteile mit einer unmittelbaren Handlungswirkung zu unterlegen. Das Rechtssystem würde die Individuen über Sanktionsdrohungen von den an sie gestellten Anforderungen zu einem gewissen Teil entlasten.[73]

e) Moralische Person im rationalen Diskurs der Demokratie

Habermas erreicht mit dieser Verbindung von Moral und Recht im Diskurs einer Demokratie zwei Dinge: Die Individuen haben die Möglichkeit sich zu vernünftigen Staatsbürgern zu entwickeln und sich ihrer Selbstbestimmung bewusst zu sein. Das positive Recht, welchem die Individuen sich als Kollektiv unterwerfen, besitzt eine demokratische Legitimation. *Habermas* muss sich nicht wie die vorherigen Theoretiker zwischen Moral und Recht entscheiden, sondern erreicht mit dem Mittel des rationalen Diskurses eine Lösung für sowohl die „Sorgen" *Kelsens* als auch die Lücken *Radbruchs*. Dies ist besonders bemerkenswert, da er die positive Begründung des Rechts (*Kelsen*) beibehält und es dennoch nicht wehrlos gegen Schandgesetze macht (*Radbruch*). Gleichzeitig kann er die Erfüllung der Funktion der Komplexitätsreduktion (*Luhmann*) aufzeigen, ohne das emanzipatorische Gestaltungspotenzial des Rechts zu verwerfen.

70 *Habermas* (Fn. 43), S. 146.

71 *Habermas* (Fn. 43), S. 145.

72 *Habermas* (Fn. 43), S. 148.

73 *Habermas* (Fn. 43), S. 146.

IV. Fazit

Die Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts befassten sich mit den Fragen: Wie lässt sich das Recht begründen? In welcher Form dient es einer Gesellschaft am besten? Die vorgestellten Theoretiker waren sich nun in einer oberflächlichen Beantwortung dieser Fragen einig: Das Recht kann nicht in absoluten Gerechtigkeitsmaximen begründet sein. Es muss positiv gesetzt sein und bedarf einer anderen Form der Legitimation. Die Vorstellung variieren darin, wie viel die Gerechtigkeit im Recht zu suchen hat, wie uneingeschränkt das Recht zu gelten hat, und ob die Frage der Legitimation überhaupt die Rechtswissenschaften berührt.

Hier vertreten die absoluten Positivisten (*Kelsen*, *Luhmann*) eine eher defensive Auffassung. Das Recht begründet sich bei ihnen in sich selbst, muss von der Moral und Gerechtigkeit abgeschottet sein und hat sich selbst nicht zu legitimieren.

Die beiden konstruktiven Positivisten *Radbruch* und *Habermas* argumentieren hier historisch und politisch sensibler und beladen das Rechtssystem mit mehr Verantwortung. So kann das Recht sich dem Anspruch der Moral nicht verwehren. Es ist in moralischen Grundsätzen, wenn auch nur teilweise, begründet und kann sich dieses Kerns nicht entledigen. Zudem ist die Frage nach der Legitimation des Rechts aus ihrer Perspektive gesamtgesellschaftlich zu beantworten. Eine Absonderung des Rechts von diesem Diskurs macht es zu einem Spielball und wird seiner gesellschaftlichen Verantwortung nicht gerecht.

Sowohl bei *Kelsen*, *Luhmann* als auch *Radbruch* blieben Fragen offen. *Kelsens* „Reine Rechtslehre" fiel der historischen Entwicklung zum Opfer. *Radbruch* zog daraus Lehren, verschob jedoch die Antworten auf die damit aufgeworfenen Fragen in eine unbestimmte Zukunft. *Luhmann* fokussiert sich auf die Funktionen und Strukturen sozialer Systeme und bleibt die historisch notwendige Antwort schuldig, was zu tun ist, wenn Systeme dysfunktionale Entscheidungen generieren und über die Macht verfügen diese durchzusetzen. Über die Bedenken und Argumente dieser Theoretiker hinaus weisen die diskurstheoretischen Beiträge zum Recht von *Habermas*. Nun waren diese Beiträge zunächst kontrafaktisch und sahen ihre Verwirklichung in den Grundstrukturen des demokratischen Rechtsstaates der 90er Jahre. Als Hypothese wäre nun ausblickend zu prüfen, ob diese Strukturen wirklich zu einer Entwicklung zur Vernunftmoral und zum rationalen Diskurs führten. Es erscheint anspruchsvoll aber möglich, aus der rechtstheoretischen Analyse der kommunikativen Theorie einen Standpunkt zu entwickeln, welcher die heutigen rechtsstaatlichen Verhältnisse differenziert zu kritisieren weiß, und auf eine Revitalisierung des Strebens nach einer gerechten Gesellschaft zurückkommt.

„Freiheit ist nur denkbar als die Realisierung dessen, was man heute noch Utopie nennt." – *Herbert Marcuse* (Inskription des Grabsteins)