

Rudolf Wiethölter

Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?

Zu fragen, »aber nicht in der Qualität eines Schülers, der sich alles vorsagen läßt, was der Lehrer will, sondern eines bestellten Richters, der die Zeugen nötigt, auf die Fragen zu antworten, die er ihnen vorlegt«, fordert I. Kant. Wie aber entscheidet der »bestellte Richter« über seine Fragen? Wie ließen sich richterliche Fragen in einem Gericht über Recht richten? Reflexiv anzusetzen auf Reflexives zwingt zu einigen Mutsprüngen. 1. Sprung: Ich stelle in Kürze vor, unter welchen Maßstäben, vor welchen Foren und in welchen Verfahren unserem Recht der Prozeß gemacht wird (I). 2. Sprung: Ich raffe zusammen, mit welchem Vorleben unser Recht in den Prozeß geraten ist (II). 3. Sprung: Ich kennzeichne knapp die Anklage- und Verteidigungssituationen (III). 4. Sprung: Ich riskiere eine Reportage über den möglichen weiteren Verlauf und den (vorläufigen) Ausgang des Prozesses (IV).

I

Im Prozeß über Recht rivalisieren drei Kandidaten um die Bestellungen: Systemsoziologie, Kritische Philosophie und Politische Ökonomie. Die Reihenfolge ist nicht beliebig gewählt: zunächst die herrschenden gesellschaftlichen Meinungen in being, dann meine – mit J. Habermas – Parteinahme gegen sie, last but not least die herrschenden juristischen Meinungen in being. Der Sprachgebrauch ist sicher unscharf. Denn alle Theorien kümmern sich selbstverständlich um System, Kritik und Politik und sind soziologisch, philosophisch und ökonomisch. Sie lassen sich selbstverständlich auch nicht in Kürze angemessen darstellen. Aber ihre verschiedenartigen Springpunkte und Quintessenzen sind gut zu markieren. Diese interessieren vor allem in den Zugriffen auf »Recht als Recht«. In der Systemtheorie ist – nach Ersetzung von Kausalität durch Funktionalität und nach allgemeineren Differenzierungen von Innen-Außen, Struktur-Funktion, Transforma-

tions-Medien – der Schlüsselbegriff heute die Autopoiese, Selbstreferenz als Autonomie, System als Subjektnachfolge. Für die Kritische Philosophie ist – nach Ersetzung der dialektischen Analytik eines Verhältnisses von Produktivkraftständen und Produktionsverhältnissen durch Verhältnisbestimmungen von Arbeit, Interaktion und Politik – der Schlüsselbegriff heute »Lebenswelt und System«, Einheit von Rationalisierung materieller Reproduktion und von Rationalität symbolischer Reproduktion. Die Politische Ökonomie hat ebenfalls Entwicklungsstufen hinter sich: Zu einem kategorialen Grunddreieck von Nutzenstreben, Informationssystemen und sozialen Institutionen werden die lange vernachlässigten (weil »Preistheorien« statisch »vorausgesetzten«) Informationssysteme und Institutionen von Invariablen auf Variablen umgestellt zu einem allgemeinen Gesamtsystem von institutionalisierten Handlungs- und Entscheidungs-Berechtigungen über (»Rechte« als) »Güter«. Im Kern hat es systemisches Denken, auf Recht bezogen, mit einer Leitdifferenz von Rechtscodes und Rechtsprogrammen zu tun (gemeint: mit einer festen, aber offengeschlossenen, gleichwohl beweglichen obersten Führungsorientierung einerseits und mit flexiblen, aber trotz »beliebiger Bestimmtheit« nicht »beliebig bestimmbar« institutionell-organisatorischen Entscheidungen andererseits), entsprechend philosophisches Denken mit einer normativen praktischen Vernunft, die unverrückbare und unverzichtbare Prozedur-Prinzipien in Anwendungs-Diskursen zur Geltung kommen läßt, schließlich ökonomisches Denken mit Leitentscheidungsverfahren, welche – in »richtig« eingerichteten Institutionen – die Richtlinien-Optionen durch erfolgreiche »Unternehmungen« durchsetzen.

Hätten diese Kandidaten über »unser Recht« zu richten, ihr Urteil ließe an Recht und Juristen wenig bis nichts unbehelligt.

Systemtheorie (repräsentativ: N. Luhmann, besonders wichtig unter seinen Arbeiten jetzt vor allem: *Soziale Systeme*, 1984; *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1988; als »kurzer Rechtsprozeß« neuestens: »Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts«, *Rechtstheorie* 1988, S. 11-27) hebt nach ihrem Selbstverständnis alle ontologischen (Legeshierarchien, »Rechtsquellen«) und alle axiologischen (Ur- oder Grundnormen, »Rechtshypothesen«) Traditionen auf,

befreit Recht von allen früheren »Externalisierungen« (Politik, Moral, Religion, auch »Wissenschaft«, kurzum: von auctoritas wie veritas als Legitimitätsstiftungen) und ist z. Zt. angelangt bei einer radikal differenztheoretisch bestimmten »Einheit« von »Recht als Vollzug von Recht«. Von »unserem Recht« bliebe, ginge es vor das Gericht der Systemtheorie, nur »ein trauriger Blick zurück«. Recht ist tot – es lebe Recht!

Kritische Philosophie (repräsentativ: J. Habermas, besonders wichtig unter seinen Arbeiten jetzt vor allem: *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Bde., 1981; *Der philosophische Diskurs der Moderne*, 1985; als »kurzer Rechtsprozeß« neuestens: »Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?«, *Kritische Justiz* 1987, S. 1-16) verteidigt auch am »autonomen Recht« noch die Kopplung an Moral und Politik, indem sie in der Idee von Rechtsstaatlichkeit ein unverfügbares, weil vorgängiges, übergeordnetes prozedurales Kritikpotential findet. An »unserem Recht« ließe sich, ginge es vor das Gericht der Kritischen Philosophie, in den letzten 200 Jahren noch kein »Recht« entdecken, weil es sich entweder sofort wieder in »Politik« (Administration) oder »Ökonomie« (Märkte) aufgelöst hat oder als wahre (philosophische) Rechtslehre nicht hat verwirklichen lassen können. Ohne Recht geht es nicht – mit Recht geht es auch nicht!

Politische Ökonomie (repräsentativ: P. Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, 1986; als »kurzer Rechtsprozeß« neuestens: »Über das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Nationalökonomie: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts«, *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 1988, S. 209-228) institutionalisiert eine aus Entscheidungsverfahren (Markt-Bürokratie-Kollektivverhandlungen-Abstimmungen) reflexiv gewonnene Entscheidungsverfahren-Prozedur dergestalt, daß individuelles Verhalten und allgemeine Wohlfahrtsziele koordinierbar werden, daß – m. a. W. – institutionen-ökonomische Prämissen als Rechtsgestaltungs-Postulate Grundlage einer allgemeinen Gesetz-(Rechts-)Gebungslehre werden. Sie rekonstruiert Handlungen als Entscheidungen zwischen Alternativen (unter Unsicherheitsbedingungen) und gewinnt in ihnen den übereinstimmenden Kern von »Recht« und »Ökonomie«. Ginge »unser Recht« vor das Gericht der Institutio-

nen-Ökonomie, so würde die normative »ökonomische« (als erneuerte »Gesellschafts«-)Theorie eine »autonome« Rechtswissenschaft durch Kernverschmelzung »aufheben« und dadurch zugleich den Vorrang von »Philosophie« vor »Ökonomie«, von Praxis vor Theorie (wieder?) begründen. Recht ist (nicht mehr), was es (ohnehin nie) war! Oder kürzer: Wahre Rechtslehre ist richtige Institutionentheorie!

Jede dieser Rechtstheorien ist in ein komplexes Geflecht von Maßstäben, Foren und Verfahren eingelagert, das von unserem gängigen Rechtskonzept kaum etwas übrig läßt. Für ein Gericht über diese Gerichte, das weder Gottesurteil ist noch auf freischwebender Hebebühne gastiert, brauchte man seinerseits Maßstäbe, Foren und Verfahren. Dann gerät man bekanntlich in Trilemma-Fallen, in Monopol-Pluralismen, kurzum: in parteiliche Unparteilichkeit. Mein Münchhausen-Trick deshalb: Ich nutze zwei Bezüge – als »Erwartungshorizonte« und »Erfahrungsräume«, allgemeiner: als »Hoffnung und Erinnerung« – für eine bedingt mögliche Weiterverhandlung »in Sachen Recht«.

1) Durch die Rechtstheorie-Rivalen werden »fundamentalistische« Tiefenstrukturen von »Recht« betroffen – von Angst und Sorge einerseits, von Zuversicht und Vertrauen andererseits –, zu denen man erst vorstieße, wenn es so etwas gäbe wie Maßstäbe, Foren und Verfahren gleichsam für »rechtliche« Geschichts-Urteile und für »geschichtliche« Rechts-Urteile. R. Koselleck hat kürzlich – unter dem Titel »Geschichte, Recht und Gerechtigkeit« (*Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages in Frankfurt 1986, 1987, S. 129-149*) – fünf typisierbare historische Erfahrungsraster vorgestellt: Herodot (Geschichtsgerechtigkeit des Verhängnisses aus Vermessenheit oder Verblendung), Thukydides (Ausweglosigkeit zwischen altem und neuem Recht, Weltgeschichte als Machtgeschichte, in den Deutungen angewiesen »auf eine schweigende Differenzbestimmung von Macht und Recht«), Augustin (wahre Gerechtigkeit ruht in Gott, ihre Vollstreckung findet erst im Jüngsten und letzten Gericht statt), »Absurde Geschichte« (keinerlei ausgleichende Gerechtigkeit mehr), »Weltgeschichte als Weltgericht« (Geschichte selbst wird zum Prozeß). Das Neue der jüngsten

Stufe (unter Erhaltung aller früheren Stufen): die konsequente Verzeitlichung; die allgemeine Erfahrung dabei: Unterwerfung von Geschichte unter chronologische Abfolge und systematische Strukturierung (begriffene Erfahrung läßt sich wiederholen); die spezifische Erfahrung dabei: Eigengehalt von Rechtsgeschichte (ihre temporale Struktur ist auf Wiederholbarkeit angelegt, wie Recht als Recht auf wiederholte Anwendung).

Für eine Wahrnehmung von Recht als Recht geht es demgegenüber um ein Verhältnis von Recht zu seiner »Geschichte« (natürlich auch in je verwirklichten »Gesellschaften«) wie zur jeweils zeitgenössischen »Gesellschaft« (wiederum: und ihrer Geschichte). Hier läßt sich ein Verhältnis von Recht zu seinen Temporalisierungen (Kontingenzen als weder notwendigen noch zufälligen Entwicklungen) wie zu seinen Rechtfertigungen (Legitimationen sub verbo »Gerechtigkeit«) vorstellen als Dreieck von 1) Rechts- und Juristenwelt (eingerrichtet und ausgeübt – hoffentlich – aus Lieb der Gerechtigkeit und um gemeines Nutz willen), 2) Überlieferungen und Verheißungen (Normativitätstraditionen – historisch, vorpositiv, »metaphysisch« in einem weitläufigen Sinne), 3) jeweiligen (»positiven«) Zeitaltern (Gesellschaften als Welt von »Groß Macht und viel List«). »Gesellschaft« meint dabei eine Unsumme von Kontexten, »Rechtswelt« meint dabei den Zusammenhang von Paradigmen und Regeln, in dem nicht zuletzt die Möglichkeits- und Bedingungslose für die zentralen Funktionsbestimmungen gespeichert sind, welche ihrerseits Selbstlauf-Freiheiten wie strukturierende Organisationen, Verfahren, Kompetenzen, Personalrekrutierungen, Ausbildungsprozesse erst bestimmbar machen, »Tradition« meint dabei Aneignung von Geschichte.

2) In historisch-gesellschaftlicher Absicht, mit Blick auf Rechts-Evolutionen und in hoffender Erinnerung an Rechtsverheißungen als Kulturerbe lassen sich Gretchenfragen an die rivalisierenden Theorien richten: Wie halten sie es mit der »Positivität von Recht« (Autonomie), wie mit der »Normativität von Recht« (Legitimität), wie mit der Bestimmung von Entscheidungsverfahren über Entscheidungsverfahren (Legalisierung und Legalität), wie mit einer jeweils »unverfügbaren« Kernge-

stalt des Rechts (Struktur, Invarianz, Möglichkeits-Bedingungen von »Änderungen« des Rechts).

II

»Sicherheit und Ruhe! Ordnung und Freiheit!« In dieser »bürgerlichen Gesundheit«, die im ersten Aufzug von Goethes *Egmont* die Bürger ausbringen, sind in prägnanter Aufschlüsselung der entscheidende Konstruktionsgrundsatz unseres modernen Rechts, sein Geist und sein Programm enthalten. Sind nämlich Sicherheit und Ruhe gewährleistet, dann stellen sich Ordnung und Freiheit von selbst ein. Ruhige Ordnung wird zum System von gesicherter Freiheit. Ordnung als Inbegriff gerecht und rechtlich verfaßter Gesellschaft ist nicht Voraussetzung von bürgerlichen Freiheiten, sondern gerade umgekehrt ihre Folge. Zur Herkunft und Funktion wie zur Krise und zum Dilemma dieses »modernen Rechts« die wichtigsten Erinnerungsdaten in knappster Skizze (als Analytik unseres Rechts):

1) *Politisch* ist die vorausgesetzte und durchgehaltene Trennung von Staat und Gesellschaft Verbürgung von Koexistenz (Politik, Staat) in Frieden (Recht, Freiheit); der Staat ist Mittel zum Zwecke der Rechtsverwirklichung, als »Gewißheit der gesetzmäßigen Freiheit«; allgemeines, gleiches und bestimmtes Gesetz, Öffentlichkeit und private Autonomie bilden die Herzstücke; alle Rechtskategorien im einzelnen (prototypisch: Rechtsgeschäft und Verwaltungsakt) wurzeln darin.

2) *Ökonomisch* steuert Marktwettbewerb unsichtbar die Vernetzung von Konsum und Produktion; rechtliches Herzstück ist der Vertrag.

3) *Sozial* ist die bürgerliche »Position« von einem »Haben« (als Verbürgung dauerhafter Identifikation) abhängig; Eigentum ist die rechtliche Zentralkategorie.

4) *Wissenschaftlich* gelten (von ihren Voraussetzungen abgekoppelte) Erklärungsprogramme über verallgemeinerungsfähige Gesetzmäßigkeiten als Inbegriffe moderner fortschrittsverbürgender Arbeitsweisen; »Positivismus« zielt auf Erschließung

von Tatsächlichem, von Gegebenem, von Wirklichkeit, nicht auf metaphysische Deutung oder prophetisches Handeln.

5) *Sozialpsychologisch* (kulturanthropologisch) geben »prudence« und »justice« und »sympathy«, Grundkategorien ursprünglich der schottischen Moralphilosophie im 18. Jahrhundert, den Inbegriff von Bedingungen wieder, unter denen gesellschaftliche Identität zu »funktionieren« vermag: als freies Handeln unter (Rechts-)Rahmenregeln und verantwortungsgebundene (»kluge«, »schickliche«, »gehörige«, »angemessene«) Ausnutzung der Freiheitsspielräume.

Glanz und Elend dieses Rechts sind inzwischen oft beschrieben worden und gut bekannt. »Vernunft« und »Moral«, »Freiheit« und »Recht« haben unsere Gesellschaft konstituiert. Ihre Vernünftigkeit war der Anspruch, Autonomie für den Menschen als Menschen durchzusetzen, ihre Wirklichkeit bot die Autonomie spezifischer Klassen. Ihre Moral war der Anspruch auf Identifizierung der Bürger mit ihrer Theorie und ihrer Gesellschaft in den praktischen Verhaltensmaßstäben, ihre Wirklichkeit wurde die Demoralisierung solcher Folgebereitschaft. Ihre Freiheit war entweder Spekulationsbegriff oder spezifischer Interessenschutz.

Die Wege unseres Rechts durch das 19. und 20. Jahrhundert lassen sich hier nicht im Geschwindigkeitsschritt durchmessen. Statt dessen nur einige Erinnerungsstützen.

Die Mitte des 19. Jahrhunderts sticht – »zwischen Reform und Revolution« – voll von Wenden. Philosophisch ist der Idealismus am Ende, der Materialismus sieglos, sind produktive Rekombinationen kaum in Sicht. Natur- und Technikwissenschaften brechen der sich entfaltenden Wirtschaftsgesellschaft Bahn. »Rechtswissenschaftlich« werden Schein-Invarianzen ausgetauscht: vor 1850 Recht als Unsumme der zehn Gebote, nach 1850 Recht als wohlverstandene Politik der Macht, in Wahrheit ein kontinuierlicher »Selektions«-Prozeß zum »Juristen als solchen«, zum »Recht als Recht«, zur »rein juristischen« Methode, kurzum: zur – bis heute »herrschenden« – Einheit von Rechtsdogmatik und juristischer Methode als Juristenpraxis selbst. Juristen treffen seither im Standeskonsens die richtige Mitte zwischen allen Endpunkten in ihren Umwelten. Hugo bereitete dieser neuen Produktionseinheit den

Weg, Savigny krönte sie, Puchta technologisierte sie, Gerber, Jhering und Laband stellten sie auf Dauer. »Eine gereifte Jurisprudenz läßt sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit bringen« (Jhering). Das ist die Jurisprudenz, die »rein auf sich selbst«, auf die »Natur der Sache« eingestellt ist, identisch mit »Systemdenken« und »Rechtswissenschaft«. Diese Rechtswissenschaft – eine »Erfindung der Historischen Rechtsschule« (Koschaker) – bringt sich fortlaufend auf die unterschiedlichen Höhen der wechselnden Zeitgeister. Savignys »Historische Rechtsschule« hatte die »klassische« Jurisprudenz (eine stets gesellschaftsbezogene Juristen-Dogmatik) dadurch gegen eine moderne »Rechtswissenschaft« ausgetauscht, daß sie das Wunder vollbrachte, rundum Anschlüsse an Kulturtraditionen wie auch an zeitgenössische Gesellschaft zu systematisieren, ohne die historische Legitimations- und die zeitgenössische Verrechtlichungsproblematik lösen zu müssen. Dieses Wunder in einem Satz: Jurisprudenz stößt gerade dadurch »Geschichte« und »Politik« (in ihren Qualitäten einer »Philosophie« als »wahrer Rechtslehre« für »Gesetzgebung« – i. S. von Gesetzesfestlegungen wie Rechtsaussprechungen – und »Rechtswissenschaft«) ab, daß sie Geschichte und Politik als Hauptbezugsorientierungen ausgibt. So wird »Recht« erstmals – als Einheit von Rechtswissenschaft, Systemdenken und Dogmatik – zu jener unendlich-eindeutigen, unbestimmt-bestimmten Invarianz, zu jenem (un)abgeschlossen-selbstsicheren (»praktischen«) Verwendungszusammenhang von (historisch-politisch »genetischen«) Entstehungsbedingungen, die den Juristen als solchen »zu allem fähig« machen.

Läßt man die unter Juristen überreichlich strapazierten Scheindifferenzen zwischen sog. Begriffsjurisprudenz, sog. Interessenjurisprudenz, sog. Wertungsjurisprudenz (mit sog. Freirecht als episodischem Einsprengsel) weg, dann befremdet die Behauptung nicht, methoden-theoretisch sei seit Savigny kein Wandel vom Range eines Paradigmawechsels zu verzeichnen. Auch nach dem 2. Weltkrieg zeigte sich die Jurisprudenz von allen grundsätzlicheren Herausforderungen (nahezu) unberührt. Die (erneute) Bestimmungsbedürftigkeit des – ständig halb selbstverständlichen, halb zweifelhaften, insgesamt aber stets als bewährt und brauchbar

empfundenen – rechtlichen und juristischen Proprium hat sich erst in der jüngsten Vergangenheit durchgesetzt. Das überrascht wohl auch nicht. Die Vorstellung nämlich, eine Totalität von Vernunft und Geschichte sei zerfallen, so daß alle Einzelwissenschaften sich um ihre partikularen Stellplätze zu kümmern hätten, blieb eine nur vorläufig endgültige revolutionäre Einsicht der Moderne. Kein Wunder jedenfalls, daß ihre Wiedervereinigung auf die Quadratur des Kreises verwiesen ist: alte Einheiten gehen nicht, neue auch nicht, aber ohne eine Einheit geht es erst recht nicht – das schreit nach Entparadoxierungsarbeit an Paradoxierungen. Sie stehen erst heute im Zentrum auch der rechtstheoretischen Anstrengungen. »Reines« Recht ist wie »unreines« Recht als Recht weder möglich noch zu wünschen, aber sein Fehlen schwer erträglich. Also muß man moderner zaubern. Eine lange Weile halfen in der Tat – auch im Recht – solche Modell-Zaubereien, mit immer neuen, überraschenden, hilfreichen Aspekt-Abstraktionen, Verfremdungen und Entdeckungen einer geschlossen-offenen Verhältnisbestimmung von (normativen) Gesellschafts-Legitimationen und Herrschafts-Soziologien. An ihrem – wiederum wohl nur vorläufig endgültigen – Ende sind wir indessen so klug als wie zuvor: Für Verheißungen einer (besseren) Zukunft, welche die (schlechtere) Gegenwart (und erst recht die schlechtere Vergangenheit) verdrängen werde, sind die einen, für Verheißungen einer (besseren) Zukunft, welche von der (schlechteren und schon in der Vergangenheit schlechter gewordenen) Gegenwart verdrängt werde, sind die anderen. Das war auch bisher schon so, nach wie vor säkularisierte Gotteskindschaft, nie unsympatisch, aber immer weniger »verständlich« und »verträglich«, weil jetzt zusätzlich mit »Angst« einerseits, mit »Vertrauen« andererseits in den Grundlagen durchsetzt. Also müssen neue Abstraktionsschübe her. Nach dem 2. Weltkriege brauchten wir lange Zeit für die Einsicht, daß Renaissancen von Naturrechten (wie im Sprichwort der zu hohe Himmel und der zu entfernte Zar) nicht imstande seien, für Rechtsdogmatik und Rechtsmethodologie zu sorgen. Als sich dann Theologie- und Metaphysikbefreiungen schließlich zu Lehren »juristischer Methode als solcher« fortgebildet hatten, waren diese, wie im Märchen der Kaiser, nackt und bloß, wie jede »Methodologie als Erkenntnis-

theorie« nämlich unfähig, auf sich selbst und zugleich über sich hinaus zu verweisen. Erst in einer dritten, jüngsten und uns heute beherrschenden Entwicklungswelle wird das Rechtsparadoxon – Recht begründet seine Geltungen («autonom») als Recht durch Recht gegen Recht – nicht mehr lediglich als Mythos, Legende, Heuristik, Metapher behandelt. Das verdanken wir den schon skizzierten und sich ihrerseits ständig radikalisierenden »Konstruktivismus«-Alternativen.

Das Rechtsparadoxon in nuce: Recht setzt voraus, was es zu bewirken hat, jenes eingeschlossene ausgeschlossene Dritte, das zugleich für Auszehrungen wie Regenerierbarkeit seiner eigenen Möglichkeitsbedingungen sorgt, also für Unverfügbarkeiten der »Recht-Fertigungen« wie für ihre Verfügungen. Als Kurzformel, inzwischen überreichlich von – freilich differenzierter – allgemeiner Zustimmung besetzt: Markt- und Politik- als Rechtsversagen.

III

»Der Glanz des bürgerlichen Subjekts war seine welthistorische Allgemeinheit, sein Elend ist nichtbegriffene Partikularität« (B. Willms). Gemeint ist eine beanspruchte, aber nicht eingelöste (nicht einlösbare, historisch gescheiterte) Versöhnbarkeit der beiden historischen Erfahrungen »soziologischer Naturrechte« (nämlich: Recht als Natur-System-Ordnung und Recht als Geschichts-Vernunft-Konstitution) durch das Vernunft-Subjekt selbst. Verbreitete Stichworte heute: das überforderte Subjekt, das leerlaufende Subjekt, das überholte Subjekt, das internalisierte Subjekt, das partikularisierte Subjekt, das überanstrengte Subjekt, das verarmte Subjekt. Systemtheoretiker (z. B. N. Luhmann) haben wohl auch mit dem Nachweis recht, daß es der Rechtstheorie zu keinem Zeitpunkt gelungen sei, mit der entscheidenden Formierungsgeschichte der Kategorie des subjektiven Rechts (nämlich: von der »Reziprozität« zur »Komplementarität« von Rechts- als Gesellschaftsverhältnissen) fertigzuwerden. Diese theoretische Nichtleistung ist – jedenfalls in Deutschland – seit Savigny und Puchta rechtspraktisch kompensiert worden: im »subjektiven

Recht« waren von Beginn an die Rechtsverhältnisse (genauer: die Rechts- als Geschäftsverhältnisse zur Disposition »wissenschaftlicher«, d. h. ihre Zeit in Rechtsgedanken richtig erfassender Juristen, eben »Juristen als solchen«) die wahren (Quasi-)Subjekte der Zuordnungs- und Zuweisungsgehalte von Normen. Erst recht hat auch jene historische Kritikthese Gewicht, der »bürgerlich-gesellschaftliche« Mensch habe, weil in seiner Geschichte und Theorie schon so angelegt, nur als Untertan Bürger (genauer: als freier Unternehmer und zugleich als gebundener Untertan [also mit dem »Staat« als Garanten der liberalen Rechte und damit der »Verteilung« von Recht selbst]) zu werden vermocht und die Aufklärung habe als Moralprojekt nicht politisch werden können, weil sie keine Ziele habe ausbilden können, so daß sie sich selbst schließlich in der Verschleierung von Macht zum Prinzip von Macht entwickelt habe. Im Blick auf solche Belehrungen ändert sich deshalb unser Blick auf die drei bisherigen historischen Entwicklungsetappen eines Versuches, die schon erwähnte Versöhnbarkeit der beiden soziologischen Naturrechte durch das Vernunft-Subjekt selbst zu erproben: Recht als Form für Freiheit war und bleibt bedingte Ermöglichung bestimmter Freiheits-Zwecke; Freiheit als Recht hat zu unentscheidbar lassen müssen, ob nicht die Naturrechts- und die Moralpflichten eigentlich Gesellschaftspflichten sind/werden. »Verteilung« (»Zuweisung«) von Recht/Freiheit als Freiheit/Recht (»Recht-Fertigung«!) wäre dann das unerledigte Rechtsprogrammstück des unvollendeten Projekts der Moderne. Recht als Formalisierung war und ist jedenfalls Freiheit der Zwecke unter Bindung (Kontrolle) der Mittel, die zu ihrer Bewirkung eingesetzt werden. Seine (verborgene) Materialität war und ist die Freiheit der (in »Geld« und/oder »Macht«) »unternehmenden« Bürger (»Vermögen« als bestimmtes Haben und Können!), deren gesamtgesellschaftliche Synthesis durch ein Verhältnis von Bestands- und Betätigungsfreiheiten reguliert wird, das gerade wegen seiner negativen Regelsteuerung (prinzipieller Ausschluß von Kollisionen!) für spezifische Begrenzungen von (»privaten«) Aneignungsfreiheiten sorgt, gegen welche sich (»öffentliche«) Verteilungsfreiheiten kompensatorisch-systematisch nicht durchsetzen lassen. Deshalb zielt Materialisierung von Recht auf den Einbau

von Voraussetzungen und Auswirkungen des (formalen) Freiheitsrechts in die Rechtskategorie selbst, mithin auf eine (im doppelten Blick auf Erfahrungen wie auf Vernunft) Umstellung jener (freilich nur scheinhaft) nichtempirischen kognitiven Metaethik als Gesellschaftstheorie, die dem Formalrecht als Fundamentum in re zugrunde gelegen hatte. Materialisierungen zwingen indessen zu sehr komplexen Groß- und Überzweckprogrammen, für die alle Rechte ihrerseits dann zu Mitteln werden. Für die Einstellung kollidierender Interessen in derartige Zweckprogramme (genauer: für die Messungen von »Zwecken« selbst!) gibt es freilich (noch!?) keine Maßstäbe, keine Foren und keine Verfahren als »Recht«. Gesellschaftliche Ersatzvornahmen auf diesem Felde beobachten wir unter den Titeln »Abwägung« und »Grund-Grundsatz der Verhältnismäßigkeit«. Beide sind in praxi freilich nicht mehr (natürlich auch nicht weniger) als ein allgemeiner gesellschaftlicher Rechtsobervorbehalt, der im Wege der abrufbaren »Positivität von Recht« wie der berufbaren »Richtigkeit von Recht« eine Art legaler Opportunität von – alten und neuen – Maßnahmen in (problematischen) Situationen zu legitimieren beansprucht. Daß folglich als Signum unserer zeitgenössischen Rechtskultur ein »soziologisches Naturrecht« mit wechselnden Inhalten erscheinen kann, ist vielleicht nur eine Gleichung mit Unbekannten. Kein Zweifel jedenfalls, daß es heute im »Recht« um sehr grundsätzliche (paradigmatische) Erneuerungen seines gesellschaftlich-geschichtlichen Ranges geht. Verhandelt wird heute darüber, ob sog. »Marktversagen« und/oder sog. »Politikversagen« im Kern nicht »Rechtsversagen« sei. In dieser Auseinandersetzung erschließt sich Recht als Dilemma: Recht als Formkategorie privilegiert – jedenfalls bisher – (inhaltlich) spezifische »Freiheit« (Bestandsgewährleistungen und Zugangsgewährungen sind nicht chancengleich) oder steuert (instrumentell) als »Geld« oder »Macht« (d. h.: Monetarisierungen und Bürokratisierungen bestimmen die Erscheinungsweisen von Rechtsanwendung); Recht als Inhaltskategorie beschwört – bislang durchweg ohnmächtig und nur kulturkritisch – Ideen gegen gesellschaftliche Wirklichkeit und Entwicklung oder setzt – durchweg autoritär oder totalitär – auf bestimmte Partikularitäten. Alle zeitgenössischen Anstrengungen zielen deshalb auf nichts we-

niger als die Rekonstruierbarkeit der Rechtskategorie selbst. Sie kümmern sich, je auf ihre Weise, um Nachfolgeeinrichtungen für den – jetzt als dauerhaft durchschauten – Ausfall von »Recht« als jenem neutralen (unparteilichen) Dritten, der ursprünglich als Gott oder Natur, später dann als Ordnung, als Markt, als Freiheit eine Welt der gerechten »Zuweisungen« und »Verteilungen« versprach, aber das Versprechen nicht zu halten vermochte. Ordnungstheorien konzentrieren sich dabei auf Institutionalisierungen von »Versorgung gegen Gehorsam«, Markttheorien auf die unsichtbaren Vernetzungen von allgemeinen Nutzenprogrammen, vorausgesetzten Informationssystemen und gesellschaftlich erforderlichen Institutionen (Staat, Recht), Freiheitstheorien auf die Bedingungen einer möglichen nichtempirischen, kognitivistischen Metaethik als Gesellschaftstheorie. Die Hauptkämpfe werden dabei darüber geführt, ob wir nicht unsere Vorstellungen von guten und gerechten Ordnungen endgültig als evolutionär überholte Träume aufgeben (genauer: unsere je verwirklichte Ordnung als mögliche gute zu begreifen lernen) müssen oder ob sich noch so etwas wie eine positive und allgemeine Utopie entwerfen läßt. Für die aktuelle allgemeine Rechtsrekonstruktionsarbeit lassen sich drei gut abgrenzbare Ansätze knapp bestimmen.

- 1) Lager von »*Markt-Theorien*«, genauer: von erneuerten Theorien politischer Ökonomie als Gesellschaftstheorie. Sie rekonstruieren zwei Entwicklungsstränge europäischer politischer Rechtsphilosophie vor Kant, nämlich
 - a) einen eher ordnungstheoretischen Strang von Konzeptionen, für welche die Herstellung des gesellschaftlichen Konsenses und damit die Organisation kollektiven Handelns im Zentrum standen und welche insgesamt die Möglichkeiten der Organisation von Konsens und Kontrolle (in heutiger Terminologie: von »Steuerungen«) überschätzten,
 - b) einen eher tauschtheoretischen Strang von Konzeptionen, für welche die kostengünstigste Versorgung mit Waren und Diensten und damit die wettbewerbliche Ausnutzung individueller Aktivität im Zentrum standen und welche insgesamt die Notwendigkeit der Organisation von Konsens und Kontrolle (also wiederum von »Steuerungen«) unterschätzten.

Kant hatte beide Traditionsströme zu bändigen und zu kanalisieren versucht, seit Savigny haben ihnen die Juristen ihren »natürlichen« Lauf gelassen. Zwischen »Kritik« und »Konstruktion« haben seither die Klagen über »Versagen« die Oberhand behalten. Es sieht so aus, daß die heutigen Strömungen von »Politischer Ökonomie« (unter dem Stichwort »Markt und Organisation«) die theoriestrategischen und theorietechnologischen Vorteile beider Traditionen unter Vermeidung je ihrer Nachteile erneut verknüpfen und darin die Zumutungen an die »Bürger« (als Wähler, als Sozialklienten, als Arbeiter, als Verbraucher) von einer aufgeklärten und autonomen Identifikationsleistung auf eine erfolgsorientierte und entlastende Umsetzung von Beiträgen gegen (jeweils höhere) Erträge zurücknehmen. In das personalisierbare Zentrum solcher Theorien rückt der »politische Unternehmer« (genauer: der »entdeckende Unternehmer«), der für kollektive Entscheidungen und gerechte Verteilung sorgt, indem er allerorten Anreize für Leistungen mit »lohnender« Rückleistung vermittelt. In Form eines Idealmodells ließen sich alle »Bürger« als solche (potentiellen) Unternehmer stilisieren.

- 2) Lager von – reinen – »System«-Theorien. Sie dienen nicht – wie die Lager unter 1) – der Umkonstruktion, sondern einer Überwindung tradierter Vorstellungen gesellschaftlicher »Kritik« und »Konstruktion«. Sie streben an, alle bisherigen Verengungen, Einseitigkeiten, Erfolglosigkeiten von »Markt«, von »Politik«, von »Recht« aufzuheben in einer systemischen Trias von »Funktion«, »Leistung« und »Reflexion«. Im Kern bauen sie die Funktionsbestimmungen so in Strukturen (d. h. in Organisation, in Verfahren, in Kompetenzen, in Personalrekrutierung und in Ausbildung) um, daß vorhandene Systembestände zugleich gegen Gefährdungen gesichert wie für Veränderungen lernfähig gehalten bleiben. In das personalisierbare Zentrum solcher Theorien rückt der »wissenschaftliche Unternehmer« (genauer: der kognitivistische Unternehmer) als Modellkonstrukteur für Problemlösungen. In Form eines Idealmodells ließen sich auch hier alle »Bürger« als solche (potentiellen) Unternehmer stilisieren.

- 3) Lager von »*Kritischen Gesellschaftstheorien*« (»Praktischer Philosophie«). Sie stehen in der Tradition von »Kritik« und setzen auf die Möglichkeitseinlösungen gesellschaftlich-geschichtlicher Entwicklungs- als Lernprojekte. Im Kern wollen sie – unter Respekt vor unhintergehbaren Entwicklungen – universalisierbare Normativität retten und sind darin auf »Anerkennung«, auf »Konsens«, auf »Verständigung«, auf »Kommunikation« angewiesen. In das personalisierbare Zentrum solcher Theorien rückt der »*moralische*« Bürger, der in »Systemen« wie in der »Lebenswelt« Entlastungen und Belastungen auszuhalten vermag, weil er in seinen »Traditionen« und in seiner »Gattung« Rückhalt findet.

Nur ein normativ-historischer David gegen viele systemtheoretisch-funktionalistische und institutionen-ökonomische Goliaths? 1 Hase – mindestens 2 Igel? Immerhin: Wir leben in Zeiten und Welten begrenzter Unmöglichkeiten.

IV

Juristen stehen zwischen »Normen« und »Wirklichkeiten«. Von den klassischen Alternativ-Konzeptionen – Rationalisten (»Norm« entscheide) einerseits (im Kern: »Gott« belüge/betrüge uns nicht), Empiristen (»Wirklichkeit« entscheide) andererseits (im Kern: »Natur« belüge/betrüge uns nicht) – sind uns im Durchgang durch idealistische und materialistische Philosophieschulen im 19. Jahrhundert unter der Kennmarke »Positivismus« (und darin: Positivität des Rechts) nur die alten Fragen und die Suche nach neuen Antworten geblieben – oder der Aufbruch zu neuen Fragen. Wer Planungen und Steuerungen auf »Evolution« vorwärts zurücknimmt (das tut Systemtheorie in steigendem Maße), ist, wie die (zwei) Igel gegenüber dem (einen) Hasen, zwar immer »all do«, hält aber auf seine Weise die Wettspiel-Regeln »unbestimmt«. Wer auf eine Vernunft-Autarkie setzt (das tat Kritische Philosophie jedenfalls bislang), ist mit sich und seinesgleichen zwar stets »im Recht«, kommt aber allerorten und allerzeiten immer zu spät. Inzwischen richtet sich die Ökonomische Rechtstheorie Schritt für

Schritt erfolgreich ein und übt ein spezifisch umfassendes »Wirtschaftsrecht« als allgemeines neues »Bürgerliches Recht« aus. Bürgerliche Freiheitsverheißungen – das war einmal die offene Zukunft, mit Sperren aus der Vergangenheit, gegen die es Emanzipationen durchzusetzen galt. Heute ist Gegenwart weithin »geschlossen« und erst über richtige, kluge, riskante, erfolgreiche »unternehmerische« Öffnungsleistungen zu entsperren, mit Sperren vor allem aus – ihrerseits auf Richtigkeit, Klugheit, Riskanz, Erfolgsreichtum nicht sicher einzuschätzenden – Erwartungen, Hoffnungen (vor allem: in die Zukunft hinein). Erhaltung (Sparen) von Möglichkeiten zwingt zu Ausschlüssen. Auf solche Ausschlüsse ist die rechtliche (rechtsstaatliche) Verbotsnormstruktur gut einzustellen, so scheint es, jedenfalls besser als auf Implementations-Verwaltungen oder Einklagbarkeiten von »unbestimmtem« Recht. Freilich sind die Vermittlungs-Lose für eine solche »Prozeduralisierung« von Recht unter den zugreifenden Theorie-rivalen sehr ungleich verteilt. Das zeigt sich auch im Blick auf die zu Beginn (I) vorbereiteten Schlüssel-Verhöre.

Auf Differenzierungen und Reintegrationen müssen sich alle einlassen. Über allen Differenzen in diesen Einlassungen fällt auf, daß und wie sie sich – neuartig und folgenreich – einlassen (müssen) auf »Wirtschaft«: Systemtheorie, indem sie eine Scheintotalität von Differenzierungen in die »Wirtschaft der Gesellschaft« reintegriert, Wirtschaft nicht als Monopol-Repräsentation von Gesellschaft, aber doch als Problemprofil, Strukturdruck, Ressourcenarsenal begriffen (Alle Systeme sind gleich, aber...); Kritische Philosophie, indem sie »Ökonomie« auch »in letzter Instanz« aufgibt und sich nunmehr, unsicher geworden des Besitzes jener autarken Vernunft, die sich ihrerseits einer aus Legeshierarchien und Grundnormen synthetisierten normativen Prämissenwelt gewiß zu sein hatte, in einer erneuerten Verbindungsstiftung von praktischer (Rechts-)Vernunft und geschichtlicher Gesellschaftstheorie auf Anwendungsprozeduren im Institutionendschungel einläßt; Institutionen-Ökonomie, indem sie Gesellschaft »wirtschaftlich« rekonstruiert.

Das Schlüsselstichwort »Wirtschaft der Gesellschaft« hat uns Systemtheorie auferlegt. Nach ihr führen Systemteilungen zur Co-

dierung des Wirtschaftssystems (außer durch Eigentum vor allem) durch »Geld« (nicht mehr durch »Arbeit«). Geld codiert (steuert über »Preise«) »Knappheiten« (nicht etwa »Tausch«) und steuert damit »Sparen« als Vorsorge für Zukunft (= die Schlüsselfunktion von Wirtschaft als System). »Markt« und »Wettbewerb« sind nicht Systembestandteile, sondern Strukturen von (interner) Umwelt (u. a. mit der Folge, daß sie – außer durch Erfolg und/oder Evolution – nicht veränderbar sind). Autonomisierung von Wirtschaft bedeutet vor allem Befreiung von »Staat«, von »Plänen«. Der Springpunkt solcher Sichtweise ist eine radikale Lösung des – bislang ungelösten – »bürgerlichen« Rechtsgrundlagenproblems. Freiheit (als Mensch) unter dem Gesetz, Gleichheit (als Untertan) vor dem Gesetz und Selbständigkeit (als »Bürger«) im »Recht« setzen als die tragenden Raum-Zeit-Fundamente unseres Rechts voraus, was sie zu bewirken haben: allgemeine »Eingriffe« (als Rahmen) und gleiche »Leistungen« (als Chancen) für die bürgerliche Beteiligung und Betroffenheit selbst (»Delikt« und »Vertrag« sind ihre privatrechtlichen wie »Eingriff« und »Leistung« ihre öffentlich-rechtlichen Verformungen). Aber sie alle treffen nicht mehr die Beteiligungen an (und die Betroffenheiten von) gesellschaftlichen Infrastrukturen (»Einrichtungen«, mit großer Vorsicht und Rücksicht zu bezeichnen als »Institutionen«, jedenfalls als Unsumme der geschichtlich-sozialen Strukturprämissen auch für »Recht«). Luhmanns Wirtschafts-Systemtheorie abstrahiert »Freiheit und Gleichheit« zu Rollen-Inklusionen und wehrt sich gegen ihre wertbegriffliche Verwendung (»deren einzige Funktion sein kann, diejenigen mit Sprache auszustatten, die sich über die Verhältnisse beklagen wollen«). Bürgerliches Recht, das seit Savignys Tagen allgemeine Sprachhandlungstheorie (als Sinn-, Vernunft- wie als Herrschaftstheorie) zu sein beanspruchte (und im »subjektiven Recht« seinen handlungsphilosophischen Kernbegriff hatte, freilich als Zweck-Mittel-Vermittlungsbegriff: Zwecke sind sozial und moralisch frei zu wählen, Mittel sind rechtlich gebunden), wird – jetzt und so – gleichsam vom Kopf auf die Füße gestellt: die »normativen« Orientierungsbotschaften der Systemtheorie – Erwartungssicherungen, Kognitivität, Institutionen – nimmt die »realistische« Ökonomische Rechtstheorie auf als allge-

meine Handlungstheorie (jetzt freilich Handeln als Wahl zwischen Alternativen [und unter Risiken] begriffen) und als allgemeine Institutionentheorie (Institutionen als Sozialprämissen zur Verfügung von Auswahlentscheidungen begriffen) und verwandelt beide in Rechtstheorie als spezifisch »unternehmerische« Entscheidungstheorie. Die ursprüngliche Vorstellung, alles könne Datum für Recht sein (z. B. »Ökonomie«), wie umgekehrt auch vieles Datum für Ökonomie (z. B. »Recht«), steigert sich zur Vorstellung von diffusen Variablen-Unmengen für eine Einheit von »Ökonomie« und »Recht«, der die Systemtheorie Autonomie, Positivität, Selbstreferenz als Autopoiese beglaubigt.

»Richtiges« Sparen von Möglichkeiten, die zukunftsstabile Vorsorge wird fortentwickelt zur allgemeinsten Funktion aller Systeme und zugleich »verrechtlicht«. »Selbstreflexion« (im systemtheoretischen Sinne) hat – dauerhaft und lernfähig – Dispositionen zu ermöglichen über knappe Güter und Leistungen. Sie fordert eine soziologisch belehrte Einheit von Wirtschaftswissenschaft (als Systemtheorie) und Ökonomischer Rechtstheorie. Weil alle Entscheidungen unter Risiken fallen, wird die Differenz von akzeptablen und nicht akzeptablen Risiken zum allgemeinen »unternehmerischen« Schlüsselproblem: die Bürger (ihrerseits als »Unternehmer«) müssen vor allem lernen, »das mögliche Mißlingen zu ertragen« (Luhmann im Anschluß an Fichte). Das ist – als generalisiertes Systemvertrauen – die neue Zivilreligion.

Entsprechend verteilen sich Normativitätselemente, Entscheidungsverfahren (auch reflexiv als Verfahren über Verfahren), Unverfügbarkeitsvorstellungen auf die Theorierivalen. Dabei finden sich zahlreiche Konvergenzen: Alle sind für neue »schöpferische Zerstörungen«, als Such-, Lern- und Entdeckungsprozesse für »Aufhebungen« und »Rekombinationen«; alle stimmen zu, daß es ohne »Demokratie« kein »autonomes Recht« gebe; alle lösen den Bürger/Menschen in Rollenanschlüsse auf und stellen dann hohe Anforderungen an seine – sit venia verbo – Re-Synthetisierungen, auch an Arenen für seine Auftrittsmöglichkeiten. Die entscheidenden Differenzen liegen erst in den – jeweils veränderten – Veränderungsvorstellungen von Veränderungsprozessen selbst. Abstrakt sind wiederum alle an verbesserten Institutionalisierungen von

Verfahren »vernünftiger« (positiver als richtiger) Entscheidungen interessiert. Konkret setzt Systemtheorie auf Schleusenwärter (zwischen Codierung und Programmierung), Kritische Philosophie auf Verfassungspatrioten (für politische Kämpfe über den Grenzverlauf zwischen System und Lebenswelt), politische Ökonomie auf das Glück des Tüchtigen (in der erfolgreichen Präferenzentscheidung).

Der Rechtsprozeß über Recht ist so offen wie die richtenden und zu richtenden Theorien ihrerseits auch. Ein Rechtsstreit als Streit nach Recht (als Streit über dieser Theorien »Recht« nach verbindlichem Meta-Recht) ist nicht möglich, nicht einmal zu wünschen. Immerhin: Allgemeines und neues »Bürger-Recht« könnte anfangen, mit Systemtheorie, Kritischer Philosophie und Politischer Ökonomie den veränderten Zustand (und Begriff) von »Gesellschaft« ernst zu nehmen. Es bliebe dabei (sonst freilich erst recht) kaum ein Stein auf dem anderen. Das Rechtsmodell eines Gerichtshofes der Vernunft – die Geschichte hat uns eines Besseren belehrt. Die Waffe der Kritik als Nichtersatz für die Kritik der Waffen – Abrüstungen konterrevolutionär? »Muß es denn Vernunft und Gewalt sein?« (N. Luhmann). »Wär der Gedank nicht so verwünscht gescheit, man wär versucht, ihn herzlich dumm zu nennen« (F. Schiller).

Wenn nicht alles trügt, ist der Prozeß über Recht inzwischen in einen längerfristig angelegten »zivilen« Rechtsstreit »In Sachen Streitkultur gegen Zivilreligion« überführt worden. Der Ausgang auch dieses Verfahrens ist geschlossen-offen: Sisyphos, nicht (mehr?) Prometheus, (noch?) nicht Cassandra.

Zwischenbetrachtungen

Im Prozeß der Aufklärung

Jürgen Habermas
zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von
Axel Honneth
Thomas McCarthy
Claus Offe
Albrecht Wellmer

Suhrkamp Verlag

Erste Auflage 1989

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1989

Alle Rechte vorbehalten

Druck: Wagner GmbH, Nördlingen

Printed in Germany

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Zwischenbetrachtungen:

Im Prozeß der Aufklärung / Hrsg. von Axel Honneth ... -

1. Aufl. - Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1989

ISBN 3-518-57986-X

NE: Honneth, Axel [Hrsg.]