

Prof. Dr. Klaus Lüderssen (Hrsg.)

Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?

Band I: Legitimationen



Nomos Verlagsgesellschaft 1. AUFLAGE 1998
Baden-Baden

Zehn Thesen zum Verhältnis von Normanerkennung, Legitimität und Legalität*

1. Der Glaube an die Legitimität einer Norm begründet ihre Anerkennung

Unter der »Anerkennung« einer Norm durch eine Person wird im folgenden der Sachverhalt verstanden, daß eine Person eine Norm als für ihr Handeln verbindlich akzeptiert. Die Anerkennung einer Norm soll bedeuten, daß die betreffende Person die Norm tatsächlich befolgen *will*, daß ein wirksames Motiv existiert, der Norm gemäß zu handeln. Von Normanerkennung ist also nicht nur in dem schwachen Sinn die Rede, in dem man von der »Anerkennung« einer Norm sprechen kann, wenn eine Person etwa dem Erlaß einer Norm »zustimmt« oder »verbal« eine Norm vertritt, auch ohne daß dies für ihr eigenes normrelevantes Verhalten direkte Folgen hat. Der Begriff der Normanerkennung wird in dem starken Sinn verwendet, daß die Anerkennung einer Norm die Norm zu einem handlungsbestimmenden und entscheidungsrelevanten Prinzip macht. Eine Normanerkennung in diesem Sinne ist kein »äußerer«, sondern ein »innerer«, handlungsrelevanter Vorgang. Sie erzeugt die Disposition, eine Norm *freiwillig, aus eigenem Antrieb* zu befolgen – also auch dann normkonform zu handeln, wenn im konkreten Fall äußere Anreize, etwa in Form von Gratifikationen oder Sanktionen, *nicht* vorhanden sind. Wer eine Norm anerkennt, nimmt ihr gegenüber keinen »externen«, sondern einen »internen Standpunkt« ein.¹ Ein Grund, eine Norm anzuerkennen und damit für das eigene Handeln als verbindlich zu betrachten, kann die Überzeugung einer Per-

* Für konstruktive Kritik danke ich Norbert Hoerster.

¹ Dieser Sprachgebrauch stammt von H.L.A. Hart; vgl. *The Concept of Law*, Oxford 1961, S. 55 ff.

son sein, daß eine Norm *Legitimität* besitzt.² Damit ist gemeint, daß eine Person eine Norm als *gerechtfertigt* ansieht und sich für *verpflichtet* hält, die Norm als Maxime für das eigene Handeln anzuerkennen. *Worin* eine Person die Rechtfertigungsbasis einer Norm sieht, nach welchen Kriterien sie zwischen gerechtfertigten und ungerechtfertigten Normen unterscheidet, kann dabei offenbleiben. Es geht zunächst nur um den *subjektiven Legitimitätsglauben* von Personen, der dazu führt, daß sie bestimmten Normen Legitimität *zuschreiben*, und *nicht* um die Frage, welche Legitimitätskriterien die »richtigen« sind und welche Normen »tatsächlich« legitim sind oder nicht.

Die Gründe, warum eine Person einer Norm Legitimität zubilligt, können sehr vielfältiger Natur sein. Man kann eine Norm als gerechtfertigt betrachten, weil man von ihrer absoluten Geltung überzeugt ist, sie in Übereinstimmung mit der Natur oder der Vernunft sieht, weil man sie als Ergebnis eines realen oder fiktiven Vertrages oder eines idealisierten Diskurses begreift, weil sie den eigenen Interessen oder dem allgemeinen Wohl dient oder den am meisten Benachteiligten Vorteile bringt. Man kann eine Norm aber auch deshalb als gerechtfertigt und legitim betrachten, weil man an ihre Offenbarung aus heiligen Quellen glaubt, den Verlautbarungen eines Orakels vertraut oder den Anordnungen einer Autorität Folge leisten will.

Wichtig ist allerdings, daß die von einer Person akzeptierten Legitimitätskriterien mit einem Pflichtgefühl verbunden sind, das als solches eine hinreichende Motivationskraft hat, um diese Person dazu zu bewegen, die nach ihren Legitimitätskriterien gerechtfertigten Normen im konkreten Fall auch tatsächlich zu befolgen. Es geht also nicht um rein »hypothetische« Normen, deren Befolgung allein als Mittel zum Zweck begründet ist. Der Legitimitätsglaube soll vielmehr Handlungsantriebe einschließen, die über eine rein instrumentelle, nur auf die persönliche Nutzenmehrung des Normadressaten abzielende Strategie hinausgehen. In diesem Sinne ist eine Legitimi-

tätszuschreibung mit einer genuin »moralischen« Motivation verknüpft. Daß solche nicht-instrumentellen Handlungsmotive tatsächlich wirksam sein können, wird hier vorausgesetzt, aber nicht erörtert.³

2. Ohne Legitimitätsglauben gibt es keine stabile soziale Ordnung

Zu den wenigen nahezu unumstrittenen Lehrsätzen der Soziologie gehört seit Max Weber die Annahme, daß es ohne Legitimitätsglauben keine gesellschaftliche Stabilität geben kann. Wenn sich die Mitglieder einer Gesellschaft in ihren Handlungen nicht »an der Vorstellung vom Bestehen einer *legitimen Ordnung*« orientierten, müsse jede Ordnung »labil« bleiben.⁴ Nach Weber ist es für den dauerhaften Bestand einer sozialen Normenordnung notwendig, daß sie mit dem »Prestige der Vorbildlichkeit und Verbindlichkeit« auftritt und »mindestens einem Teil der Handelnden auch als ... geltend *sollend* vorschwebt«.⁵ Die Beteiligten dürfen nicht allein aufgrund ihrer Gewohnheit, der Tradition oder einer folgenorientierten Zweckrationalität handeln, sondern müssen auch durch Legitimitätsüberzeugungen motiviert sein. Insbesondere müssen sie sich noch von anderen Prinzipien und Idealen leiten lassen als dem Ziel, in jeder Lage den für ihre Interessen maximalen Vorteil zu erzielen.

Eine stabile gesellschaftliche Ordnung muß demzufolge zwei Bedingungen erfüllen: *Erstens* müssen ihre Normen in einem ausreichenden Maße *anerkannt* werden. Das heißt, genügend Mitglieder einer Gesellschaft müssen die Normen dieser Gesellschaft als für ihr

2 Ein anderer Grund kann sein, daß sich eine Person von einem normgebundenen Handeln nützliche Konsequenzen erhofft, wie beispielsweise eine Ersparnis an Entscheidungskosten, einen Schutz gegen Willensschwäche oder eine Belohnung durch ihre Interaktionspartner. Eine ausführliche Erörterung der möglichen Nützlichkeit eines normgebundenen Handelns enthält: Michael Baumann, *Der Markt der Tugend – Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft*, Tübingen 1996, S. 345 ff.

3 Womit keineswegs die Behauptung verbunden sein soll, daß diese Annahme nicht erörterungswürdig ist; zu der Problematik moralischer Motivation und moralischer Gefühle in Auseinandersetzung mit einem Modell nutzenorientierten Handelns vgl.: Robert H. Frank, *Die Strategie der Emotionen*, München 1992, S. 46 ff.; Bruno S. Frey/Iris Bohnet, *Die Ökonomie zwischen extrinsischer und intrinsischer Motivation*, in: *Homo oeconomicus* 1994, S. 1-19; Hartmut Kliemt, *Moralische Institutionen*, Freiburg/München 1985, S. 210 ff.; Michael Taylor, *Cooperation, Norms, and Moral Motivation*, in: *Analyse & Kritik* 1993, S. 70-86; Viktor Vanberg, *Morality and Economics. De Moribus Est Disputandum*, Bowling Green 1988; Michael Baumann, *Kann Homo oeconomicus tugendhaft sein?*, in: *Homo oeconomicus* 1996 Bd. XIII, S. 1-24.

4 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1972, S. 16.

5 A.a.O.

Handeln verbindlich betrachten und somit eine Disposition haben, diese Normen freiwillig zu befolgen. *Zweitens* ist es für eine ausreichende Anerkennung der Normen einer gesellschaftlichen Ordnung notwendig, daß genügend Mitglieder einer Gesellschaft an die *Legitimität* dieser Normen glauben. Sie müssen davon überzeugt sein, daß die Normen ihrer Gesellschaft gerechtfertigt sind und sich aus diesem Grunde zu ihrer Anerkennung verpflichtet fühlen.

Webers These von der Unverzichtbarkeit eines Legitimitätsglaubens ist für Normen auf allen Ebenen gesellschaftlicher Normhierarchien relevant. Die Normen der Moral und des alltäglichen Umgangs könnten ebenso wenig überleben wie Strafrechtsnormen oder Verfassungsnormen, wenn nicht eine große Zahl sowohl von Normadressaten als auch von Normgebern und Normgaranten von der Legitimität dieser Normen überzeugt wären und es somit als ihre Pflicht betrachteten, diese Normen als verbindlich anzuerkennen und zu ihrer Wirksamkeit beizutragen. Ein Strafrechtssystem, das sich ausschließlich auf strafrechtliche Sanktionen stützen würde, wäre in gleichem Maße funktionsuntüchtig wie eine Verfassungsordnung, die ein verfassungskonformes Handeln der staatlichen Organe allein durch ein System der Gewaltenteilung und gegenseitigen Kontrolle sicherstellen wollte. Es entsteht dabei nicht nur das letztlich unlösbare Problem einer Kontrolle der Kontrolleure. Es stellt sich auch die Frage, woher die Kontrolleure ihre Kontrollmacht beziehen sollen. Gerade die Macht der höchsten Kontrollorgane eines Staates, wie etwa der Verfassungsgerichte, beruht allein auf der Anerkennung der Normen, aus denen sie ihre Autorität herleiten.⁶ Ohne Personen, die soziale und rechtliche Normen aus freien Stücken befolgen und durchsetzen, kann tatsächlich keine gesellschaftliche Ordnung und kein System sozialer Kontrolle bestehen.⁷

Nach dieser Erkenntnis stellt es für jede Gesellschaft eine kritische Bestandsanforderung dar, den Glauben an die Legitimität und damit die Anerkennung ihrer Normen zu sichern. Mögliche andere Motive für ein normkonformes Verhalten können einen Mangel an freiwilliger Normbefolgungsbereitschaft aufgrund von »Legitimationspro-

blemen« nur ungenügend ausgleichen. Für eine Normanerkennung, die auf einem Legitimitätsglauben beruht, gibt es keine gleichwertigen Äquivalente.

3. Legitimität kann Verhaltensnormen und Ermächtigungsnormen zugeschrieben werden

Verhaltensnormen schreiben dem Normadressaten ein bestimmtes Verhalten unmittelbar vor: P soll x tun. Ermächtigungsnormen schreiben dem Normadressaten dagegen vor, sich so zu verhalten, wie das von einem bestimmten Normgeber gefordert wird: P soll x tun, wenn Y will, daß P x tut.⁸ Ermächtigungsnormen verlangen von ihren Adressaten, andere Personen als normsetzende Autoritäten zu respektieren, bzw. die Normen zu befolgen, die von diesen Personen vertreten werden.⁹ In diesem Zusammenhang von »Ermächtigungsnormen« zu sprechen, ist deshalb sinnvoll, weil solche Normen Macht übertragen: Erlangen sie Wirksamkeit, erhalten bestimmte Personen die Möglichkeit, ihren Willen als Normgeber bestimmten Normadressaten gegenüber durchzusetzen. Ermächtigungsnormen etablieren Herrschaft.¹⁰

Die in einer Gesellschaft geltenden Normen bestehen praktisch immer sowohl aus Ermächtigungs- als auch aus Verhaltensnormen, d.h. sowohl aus Normen, die ein bestimmtes Verhalten unmittelbar vorschreiben, als auch aus Normen, die bestimmte Personen als Normgeber ermächtigen, solche Verhaltensnormen in Geltung zu setzen. Zwar werden kaum alle in einer sozialen Gruppe geltenden Verhaltensnormen auf einer Ermächtigung ihres Normgebers beru-

6 Das ist eine empirische Feststellung! Vgl. Michael Baumann, a.a.O. (Fn. 2), S. 78 ff.

7 Daß ein »interner Standpunkt« gegenüber Normen vor allem für die Existenz eines Rechtssystems unverzichtbar ist, ist eine zentrale These in H.L.A. Harts Buch *The Concept of Law*, a.a.O. (Fn. 1), S. 97 ff.

8 Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, S. 15 f.; ders., *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979, S. 82 ff.; Ota Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Berlin 1981, S. 62.

9 Als Adressaten von Ermächtigungsnormen kann man auch die ermächtigten Personen selbst betrachten. Im vorliegenden Zusammenhang ist aber vor allem die Rolle derjenigen Personen von Interesse, die eine Ermächtigung respektieren sollen.

10 Im Sinne der berühmten Definition Max Webers: »Herrschaft soll heißen die Chance, für einen Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam zu finden.« A.a.O. (Fn. 4), S. 28. Wobei es auf die Ansicht des Gehorchenden »über den Wert oder Unwert des Befehls als solchen« nicht ankommen darf, a.a.O., S. 123.

hen. Viele Normen – so etwa in der Regel die Normen der Moral – werden von unautorisierten Normgebern in Geltung gesetzt. Aber es wird praktisch in jeder Gesellschaft Verhaltensnormen geben, deren Geltung das Ergebnis von Ermächtigungsnormen ist – weil es praktisch in jeder Gesellschaft das Phänomen der Autorität gibt, d.h. das Phänomen, daß an bestimmte Personen die Macht übertragen wird, für andere oder die Gemeinschaft als Ganze Entscheidungen zu treffen und Normen zu erlassen.

Einen zentralen Stellenwert haben Ermächtigungsnormen in jedem modernen Rechtssystem. Zum einen, weil in modernen Rechtssystemen der Einfluß eines informellen Gewohnheitsrechts gegenüber einem kodifizierten Gesetzesrecht zurückgeht; zum anderen, weil im Zuge einer umfassenden Positivierung des Rechts die Ermächtigung zur Setzung von Rechtsnormen im Prinzip alle Rechtsnormen umfaßt. Rechtsgeltung beruht im modernen Recht auf autoritativer Rechtsetzung. Das aber bedeutet, daß die Verfassungen moderner Staats- und Rechtsordnungen im Kern aus Ermächtigungsnormen bestehen, durch die bestimmten Normgebern die Autorität zur Setzung von Rechtsnormen übertragen wird¹¹ – die also den Sinn haben, daß man dem Willen dieser »Organe« folgen soll: Man soll *x* tun, wenn der Gesetzgeber will, daß man *x* tut. In einer Demokratie geht es dabei im wesentlichen um eine Ermächtigung der Mehrheit bzw. ihrer Repräsentanten: Man soll *x* tun, wenn die Mehrheit will, daß man *x* tut.¹²

Für ein adäquates Verständnis der Legitimitätsproblematik ist es nun von großer Bedeutung, daß man sowohl Verhaltensnormen als auch Ermächtigungsnormen Legitimität zuschreiben kann. Man kann sowohl der Überzeugung sein, daß eine bestimmte Verhaltensnorm gerechtfertigt ist und man insofern die Pflicht hat, diese Norm zu befolgen, als auch der Überzeugung, daß eine bestimmte Ermächtigungsnorm gerechtfertigt ist und man deshalb verpflichtet ist, dieser Norm gemäß zu handeln: Eine Person kann es ebenso gut für legitim halten, daß sie die Wahrheit sprechen soll, wie sie es für legitim halten kann, daß sie den Anordnungen ihres Vorgesetzten zu folgen hat. In beiden Fällen hat sie Grund, die betreffenden Verhaltens- bzw. Ermächtigungsnormen als für ihr Handeln verbindlich anzuer-

kennen. Eine Ermächtigungsnorm, die auf einem Legitimitätsglauben beruht, begründet nicht nur Herrschaft, sondern *legitime* Herrschaft.

Was heißt es aber genau, eine Ermächtigungsnorm aufgrund eines Legitimitätsglaubens als für das eigene Handeln verbindlich anzuerkennen? Der deontologische Sinn einer Ermächtigungsnorm besteht darin, daß man das tun soll, was der ermächtigte Normgeber anordnet. Wenn man eine Ermächtigungsnorm für gerechtfertigt und legitim hält, dann hält man es demnach für gerechtfertigt und legitim, daß man *x* tun soll, wenn der ermächtigte Normgeber will, daß man *x* tut. Daraus folgt aber, daß man auch die Verhaltensnorm »Du sollst *x* tun« für gerechtfertigt und legitim halten muß, nämlich unter der Bedingung, daß der ermächtigte Normgeber diese Verhaltensnorm tatsächlich setzt, also tatsächlich will, daß man *x* tut.

Mit anderen Worten: Eine Ermächtigungsnorm *überträgt* ihre Legitimität auf die aus ihr »abgeleiteten« Normen, d.h. auf diejenigen Normen, die von einem Normgeber gemäß einer legitimen Ermächtigungsnorm gesetzt worden sind. Wenn daher eine Person aufgrund ihres Legitimitätsglaubens eine Ermächtigungsnorm als für ihr eigenes Handeln verbindlich anerkennt und sich verpflichtet fühlt, diese Norm zu befolgen, dann muß sie auch die Normen, die gemäß dieser Ermächtigungsnorm gesetzt werden, als legitim und verbindlich betrachten und sich verpflichtet fühlen, *diese* Normen zu befolgen. Dieser Folgerung liegt die einfache Tatsache zugrunde, daß die Befolgung einer Ermächtigungsnorm *impliziert*, diejenigen Normen zu befolgen, die gemäß dieser Ermächtigungsnorm erzeugt worden sind. Man kann eben die Norm, daß man *x* tun soll, wenn Y will, daß man *x* tut, nur dadurch befolgen, daß man *x* tut, wenn Y will, daß man *x* tut.

Wer sich weigert, diese Konsequenz aus einer als legitim betrachteten Ermächtigungsnorm zu ziehen und die Normen des ermächtigten Normgebers als verbindlich zu betrachten, der widerlegt damit nicht den behaupteten Zusammenhang zwischen der Legitimität einer Ermächtigungsnorm und der Legitimität der aus ihr abgeleiteten Normen. Mit der Verweigerung der Gefolgschaft gegenüber dem ermächtigten Normgeber *revidiert* er vielmehr seine Anerkennung der betreffenden Ermächtigungsnorm und entzieht ihr – und der auf ihr beruhenden Herrschaft – die Legitimität. Umgekehrt *verleiht* derjenige, der eine Norm als legitim betrachtet, *weil* sie aus einer Ermächtigungsnorm abgeleitet ist, dieser Ermächtigungsnorm eben-

11 Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Fn. 8), S. 196 ff.

12 »Im wesentlichen« heißt hier: unter Absehung von Qualifizierungen und Einschränkungen einer solchen Ermächtigung, vgl. These 6.

falls Legitimität: Wenn es gerechtfertigt ist, daß man *x* tun soll, weil *Y* will, daß man *x* tut, dann ist es gerechtfertigt, daß man *x* tun soll, wenn *Y* will, daß man *x* tut.¹³

4. Einer Norm kann Legitimität zugeschrieben werden, weil die Norm selber oder weil der Normgeber bestimmte Qualitäten aufweist

Da Ermächtigungsnormen ihre Legitimität auf die von den autorisierten Normgebern gesetzten Normen übertragen, gibt es Normen mit einer »abgeleiteten« und Normen mit einer »nicht-abgeleiteten« Legitimität. Es gibt daher auch prinzipiell zwei Gründe, warum einer Norm Legitimität zugeschrieben werden kann.

Wenn eine Norm *nicht* das Ergebnis einer Normsetzung gemäß einer als legitim betrachteten Ermächtigungsnorm ist, dann kann eine Person diese Norm für legitim halten, weil sie als Norm bestimmte Qualitäten aufweist: etwa weil ihre Befolgung das allgemeine Wohl oder das Wohl Benachteiligter fördert, weil sie als Ausdruck objektiver Werte oder als absolut geltend betrachtet wird oder weil sie in einem herrschaftsfreien Diskurs von allen Betroffenen rational akzeptiert werden könnte – weil sie also als inhaltlich richtig, gut oder vernünftig erscheint. Bezieht sich die Zuschreibung von Legitimität auf bestimmte Qualitäten der Norm selber, kann man von einer Zuschreibung *materialer* Legitimität sprechen. Insoweit diese Zuschreibung auf eine selbständige Bewertung der Qualitäten einer Norm durch eine Person zurückgeht, erfolgt die Anerkennung einer Norm aufgrund einer Zuschreibung materialer Legitimität *autonom*.

Wird dagegen eine Norm als legitim betrachtet, weil sie das Ergebnis einer Normsetzung gemäß einer legitimen Ermächtigungsnorm ist, dann wird dieser Norm Legitimität zugeschrieben, nicht weil die Norm selber bestimmte Qualitäten aufweist, sondern weil sie von einem Normgeber mit bestimmten Qualitäten gesetzt wurde: etwa vom Vater, vom Vorgesetzten, vom König, vom Führer, vom Stellvertreter Gottes auf Erden, von Gott selber oder von einem demokratischen Gesetzgeber. Bezieht sich die Zuschreibung von Legitimität auf bestimmte Qualitäten des Normgebers, kann man von einer Zu-

schreibung *formaler* Legitimität sprechen. Insoweit diese Zuschreibung *nicht* auf eine selbständige Bewertung der Qualitäten einer Norm durch eine Person zurückgeht, sondern sie sich der Bewertung und dem Willen eines Normgebers unterordnet, erfolgt die Anerkennung einer Norm aufgrund einer Zuschreibung formaler Legitimität *heteronom*.

Wenn die Legitimität einer Norm damit begründet wird, daß sie von einem Normgeber mit bestimmten Qualitäten gesetzt wurde, wiederholt sich allerdings die Frage nach dem Grund einer Legitimitätszuschreibung bei der Ermächtigungsnorm, die diesen Normgeber autorisiert: Warum *soll* man sich dem Willen eines solchen Normgebers unterwerfen? Und auch für eine Ermächtigungsnorm gilt, daß ihre Legitimität sowohl abgeleitet als auch nicht-abgeleitet sein kann. Das heißt, es kann der Fall sein, daß auch die Ermächtigungsnorm, die einen Normgeber mit bestimmten Qualitäten zur Normsetzung ermächtigt, ihrerseits nicht aufgrund ihrer eigenen Qualitäten als legitim betrachtet wird, sondern weil sie durch einen von einer »höheren« Ermächtigungsnorm autorisierten Normgeber gesetzt wurde. Auch eine Ermächtigungsnorm kann also nur in einem formalen Sinn Legitimität besitzen. Eine solche Stufenfolge in der Legitimierung von Ermächtigungsnormen ist für entwickelte Rechtssysteme typisch.

Doch kann eine solche Iteration nicht beliebig fortgesetzt werden. Auf irgendeiner Stufe der Legitimationszuschreibung muß ein Normgeber aus anderen Gründen als legitimiert betrachtet werden als deshalb, weil er durch einen weiteren legitimierten Normgeber ermächtigt wurde. Denn jede Legitimierung einer Norm durch Verweis auf einen autorisierten Normgeber unterstellt die Legitimation der Ermächtigungsnorm, die der Autorität des Normgebers zugrundeliegt. Jede Zuschreibung formaler Legitimität muß darum schließlich bei einer Ermächtigungsnorm enden, der selber *materiale* Legitimität zugeschrieben wird. Jeder Normadressat, der Normen heteronom anerkennt, weil er sich dem Willen und Werturteil bestimmter Normgeber unterwirft, muß zumindest *eine* Norm aufgrund seiner eigenen Urteils- und Willensbildung *autonom* anerkennen. Auch wenn man wollte, kann man nicht *alle* seine Entscheidungen der Autorität anderer unterwerfen – zumindest die Entscheidung, sich in »allen« seinen Entscheidungen der Autorität anderer zu unterwerfen, muß man in eigener Autorität fällen. Das Fundament jeder Le-

13 Eine »Legitimation durch Verfahren« ist aus diesem Grund immer auch eine Legitimation des Verfahrens.

gitimitätszuschreibung ist daher notwendig eine Zuschreibung materialer Legitimität und damit eine autonome Normanerkennung. Wenn die formale Legitimation einer Norm notwendig darin mündet, mindestens einer Ermächtigungsnorm materiale Legitimität zuzuschreiben, dann muß der Grund für die Legitimität dieser Ermächtigungsnorm in ihren eigenen Qualitäten gesucht werden. Und hier kommen im Prinzip die gleichen Eigenschaften in Frage wie bei anderen Normen auch: Man kann der Auffassung sein, daß die Ermächtigung z.B. einer demokratisch gewählten Körperschaft richtig, gut oder vernünftig ist, weil sie dem allgemeinen Wohl dient, objektive Werte verkörpert oder einem allseitigen Einverständnis entspricht – oder daß dies im Gegenteil auf die Ermächtigung eines autokratischen Führers zutrifft. Man kann daran glauben, daß die Macht der Eltern Teil einer natürlichen Ordnung ist, die Unterordnung unter weltliche Autoritäten von der praktischen Vernunft gefordert wird oder daß die Unterwerfung unter einen Kriegsherrn das Überleben des Kollektivs als höchsten Gemeinschaftswert sichert. Gründe für die materiale Legitimität von Ermächtigungsnormen zu finden ist im Prinzip nicht schwieriger als für die materiale Legitimität von Verhaltensnormen. Es ist keineswegs per se irrational oder moralisch fragwürdig, die autonome Entscheidung über die Anerkennung und Verbindlichkeit von Normen in bestimmten Bereichen zugunsten eines autorisierten Normgebers aufzugeben.

5. *Ermächtigungsnormen garantieren nicht die materiale Legitimität von abgeleiteten Normen, sondern verbindliche Entscheidungen über ihre Geltung*

Ebenso wichtig wie die Tatsache, daß formale Legitimität immer in materialer Legitimität fundiert ist, ist die Tatsache, daß eine formal legitime Norm *nicht* zwangsläufig auch eine material legitime Norm sein muß. Der Normadressat, der einer Norm formale Legitimität zubilligt und sie insofern für sein Handeln als verbindlich betrachtet, muß nicht ebenfalls von der materialen Legitimität dieser Norm überzeugt sein. Sein Pflichtgefühl gegenüber der Norm kann dennoch unverändert bestehen bleiben: Solange er sich dem Normgeber der Norm verpflichtet fühlt bzw. seiner Ermächtigung Legitimität zuschreibt, solange hat er ein wirksames Motiv zur Anerkennung und Befolgung der Norm auch dann, wenn er ihre materiale Legiti-

mität bestreitet. Der Zweifel am Inhalt einer Entscheidung schließt die Überzeugung von ihrer Verbindlichkeit nicht aus.¹⁴ Durch die Legitimität von Ermächtigungsnormen sind verbindliche Entscheidungen über die Geltung von Normen also nicht nur dann möglich, wenn die Normadressaten den betreffenden Normen materiale Legitimität zuschreiben, sondern auch dann, wenn sie von ihren eigenen Kriterien für materiale Legitimität abweichen und nur eine formale Legitimität beanspruchen können.

Nimmt man Abschied von der Vorstellung, daß es Personen gibt, die einen privilegierten Zugang zur moralischen Erkenntnis besitzen oder ideale Repräsentanten für die Interessen und Überzeugungen anderer sein können, dann kann man *grundsätzlich* nicht erwarten, daß die Ermächtigung bestimmter Personen als Normgeber die materiale Legitimität der von ihnen gesetzten Normen zu garantieren vermag. Wenn man als potentieller Normadressat vor der Frage steht, ob man andere Personen durch eine Ermächtigungsnorm als Normgeber autorisieren sollte, dann läßt sich eine positive Entscheidung dieser Frage jedenfalls nicht auf die Annahme gründen, daß diese Personen immer diejenigen Normen erlassen werden, die den eigenen Maßstäben für materiale Legitimität genügen. Weder existiert ein umfassendes Einverständnis über die Kriterien für die materiale Legitimität von Normen, noch kann man realistischweise davon ausgehen, daß sich Menschen als Normgeber bei ihren Entscheidungen ausschließlich durch ihre Legitimitätsüberzeugungen und ihr Pflichtbewußtsein bestimmen lassen. Insofern Ermächtigungsnormen verlangen, sich dem Willen anderer Personen zu unterwerfen, überlassen sie eben der Willensbildung dieser Personen, welche Normen sie setzen werden. Ein *rationaler* Grund für die Anerkennung einer Ermächtigungsnorm kann insofern nicht darin bestehen, daß man die materiale Legitimität bestimmter Normen sicherstellen will.¹⁵

Das gilt insbesondere auch für diejenige Ermächtigung, die nach den in den westlichen Gesellschaften heute dominierenden Vorstellun-

14 Diese grundlegende Einsicht steht im Zentrum von Weyma Lübkes Buch *Legitimität kraft Legalität*, Tübingen 1991. Vgl. meine Rezension dieses Buchs im *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1993, S. 147-150.

15 Das schließt freilich nicht aus, daß Ermächtigungsnormen die Setzung material legitimer Normen *wahrscheinlicher* machen können. Inwieweit das der Fall ist, hängt u.a. davon ab, ob es um Ermächtigungen für Entscheidungen geht, die ein bestimmtes Fach- oder Expertenwissen voraussetzen.

gen ein unverzichtbarer Bestandteil einer legitimen politischen Ordnung ist: für die demokratische Ermächtigung der Mehrheit. Die Ermächtigung der Mehrheit ist aus der Sicht des einzelnen ein geradezu exemplarischer Ausdruck für den *Verzicht*, die materiale Legitimität der für ihn verbindlichen Normen garantieren zu wollen. Denn wer die Ermächtigung der Mehrheit akzeptiert und sich nicht sicher sein kann, der Mehrheit immer anzugehören, der *muß* damit rechnen, daß er die Auffassungen der Mehrheit nicht in jedem Fall teilen wird. Die Ermächtigung der Mehrheit ist insofern mit einer rousseauistischen Interpretation der Demokratie als »Selbstgesetzgebung« oder Verwirklichung eines »allgemeinen Willens« *nicht* vereinbar. Wenn ich als Angehöriger einer Minderheit ein Gesetz hinnehme, das ausdrücklich gegen meinen Willen erlassen wurde, dann habe ich mir dieses Gesetz nicht selbst gegeben und es verkörpert auch keinen allgemeinen Willen, in dem mein individueller Wille »aufgehoben« ist.¹⁶ Die demokratische Mehrheitsregel ist keine Ausweitung der Autonomie des Individuums, sondern ihre Einschränkung zugunsten des Kollektivs.¹⁷ Was man sich möglicherweise selbst auferlegt hat, ist die Pflicht, die Entscheidungen der Mehrheit als verbindlich für das eigene Handeln anzuerkennen. Gehört man dann zur überstimmten Minderheit, betrachtet man die Entscheidung der Mehrheit als verbindlich, weil man ihrer Ermächtigung zugestimmt hat, aber gerade *nicht* der einzelnen, unter der Mehrheitsregel zustande gekommenen Norm.

Der fundamentale Sinn jeder demokratischen Mehrheitsregel wird insofern verfehlt, wenn man erklärt, daß in einer Demokratie »nur die juristischen Gesetze legitime Geltung beanspruchen dürfen, die in einem ihrerseits rechtlich verfaßten diskursiven Rechtsetzungsprozeß die Zustimmung *aller* Rechtsgenossen finden können«.¹⁸ Die nach einer Mehrheitsregel erlassenen »juristischen Gesetze« beanspruchen ganz offenbar in dem Sinn »legitime Geltung«, daß ihre

Befolgung als staatsbürgerliche Pflicht angesehen wird. Und per definitionem tun sie das, *ohne* daß sie die Zustimmung aller Rechtsgenossen finden können. Will man nicht alle nur mehrheitlich verabschiedeten Gesetze als schlechthin illegitim erklären, muß man demnach das Konsenskriterium als einziges Kriterium für Legitimität und Verbindlichkeit aufgeben.¹⁹

Die demokratische Mehrheitsregel kann nicht die Leistung erbringen, jeden Normadressaten von der Richtigkeit einer Entscheidung zu überzeugen und insofern materiale Legitimität zu garantieren. Sie kann aber, insoweit sie auf einer als legitim betrachteten Ermächtigung beruht, verbindliche Entscheidungen über die Geltung von Normen herbeiführen. Durch sie können Normen in Geltung gesetzt werden, zu deren Einhaltung sich die Normadressaten auch dann verpflichtet fühlen, wenn ein Einverständnis über materiale Legitimitätskriterien *fehlt*.²⁰ Die spezifische Leistung der demokratischen Mehrheitsregel besteht gerade in der Einbindung der überstimmten Minderheit, die eine Entscheidung inhaltlich nicht teilen kann. Die legitime Herrschaft der Mehrheit ist insofern eher der Kern der demokratischen Idee als der Traum von Herrschaftsfreiheit und Einstimmigkeit.

19 Man kann das Konsenskriterium mit der Mehrheitsregel auch nicht durch die Annahme versöhnen, »daß die mit Majorität getroffene Entscheidung nur eine Zäsur in einer fortlaufenden Diskussion bildet und gleichsam das interimistische Ergebnis einer diskursiven Meinungsbildung festhält« (Jürgen Habermas, a.a.O. [Fn. 18], S. 220). Ausschlaggebend ist nämlich, daß auch dieses »interimistische Ergebnis« unbestritten Verbindlichkeit beanspruchen kann und auch vom Standpunkt der überstimmten Minderheit »als vernünftige Grundlage einer gemeinsamen Praxis gelten darf« (a.a.O., S. 371). Diese Verbindlichkeit und »Vernünftigkeit« einer mit Mehrheit gefällten Entscheidung läßt sich aber mit Sicherheit *nicht* mit der »Zustimmung aller Rechtsgenossen« zu dieser Entscheidung begründen. Die »Legitimationskraft« von Mehrheitsentscheidungen muß deshalb eine prinzipiell andere Grundlage haben als eine auf Einstimmigkeit ausgelegte »diskursive Meinungs- und Willensbildung«. Mehrheitsentscheidungen sind kein harmonischer Bestandteil eines auf ein allgemeines Einverständnis zielenden Verfahrens, sondern sie sind im Gegenteil eine *Alternative* zu einem solchen Verfahren.

20 »Obgleich der Bürger sich in seinem Verhalten dem Urteil der demokratischen Autorität unterwirft, unterwirft er ihr doch nicht sein Urteil.« (John Rawls, *Gerechtigkeit als Fairneß*, Freiburg/München 1977, S. 175).

16 »Was ist denn die Mehrheit im ganzen genommen anderes als ein Individuum mit Ansichten und Interessen, die meistens denen eines anderen Individuums, genannt Minderheit, zuwiderlaufen?« Alexis de Tocqueville, *Über die Demokratie in Amerika*, Stuttgart 1985, S. 145.

17 Vgl. Hartmut Kliemt, *Autonomie als Grundlage kollektiver Beschlüsse*, in: Alfred Bohnen/Alan Musgrave (Hg.), *Wege der Vernunft. Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Albert*, Tübingen 1990, S. 261-285.

18 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M. 1992, S. 141 (Hervorhebung von mir).

6. Die materiale Legitimität von rechtlichen Ermächtigungsnormen ist abhängig von ihrer Einbettung in eine rechtsstaatliche Verfassung

Da eine Ermächtigung der Mehrheit nicht die materiale Legitimität der zu erlassenen Normen sicherstellen kann, sondern »nur« verbindliche Entscheidungen über ihre Geltung, hat man nur dann einen guten Grund, die Mehrheit zu ermächtigen, wenn

1. in bestimmten Bereichen die kollektive Verbindlichkeit von Mehrheitsentscheidungen höher zu bewerten ist als ihre materiale Legitimität;

2. Restriktionen und Kontrollen der Mehrheitsmacht das Risiko material illegitimer Entscheidungen verringern.

Je wirkungsvoller die zweite Bedingung erfüllt werden kann, desto häufiger wird die erste Bedingung verwirklicht sein. Der historisch erfolgreichste Versuch, die zweite Bedingung möglichst effektiv zu erfüllen, ist der Rechts- und Verfassungsstaat. Er leistet vor allem dreierlei: *Erstens* grenzt er durch die Gewährung liberaler Abwehrrechte bestimmte Bereiche aus der Kompetenz von Mehrheitsentscheidungen aus. *Zweitens* unterwirft er die demokratische Entscheidungsfindung Verfahrensregeln, die eine Mitwirkung der Minderheit sicherstellen und willkürliche und einseitige Entscheidungen erschweren. *Drittens* bindet er die demokratische Willensbildung an gewisse Ziele und Grundprinzipien. Alle diese Vorkehrungen dienen aus der Sicht des einzelnen Rechtsunterworfenen und potentiellen Angehörigen einer Minderheit dazu, die Wahrscheinlichkeit und das Gewicht material illegitimer Entscheidungen der Mehrheit zu minimieren.

Wenn die formale Legitimität von Normen nicht das Ergebnis einer »unqualifizierten« Ermächtigungsnorm ist, sondern im Rahmen einer Rechtsordnung aus einer Verfassung abgeleitet wird, die Grenzen für die Kompetenz der ermächtigten Normgeber festlegt, ihnen ein Verfahren der Normsetzung vorschreibt und sie bei der Wahrnehmung ihrer Macht bestimmten Pflichten unterwirft, kann man von einer »Legitimität durch Legalität« sprechen. Die notorische Frage, wie eine solche Legitimität durch Legalität »möglich« ist, stellt sich auf der Basis der bisherigen Ausführungen dabei nicht. Es ist damit keine Paradoxie und kein Geheimnis verbunden.²¹ *Formale*

Legitimität durch Legalität ist möglich, weil eine legitime Ermächtigungsnorm ihre Legitimität auf diejenigen Normen überträgt, die ihren Bestimmungen gemäß »legal« gesetzt werden. *Materiale* Legitimität durch Legalität ist dagegen *nicht* möglich, jedenfalls nicht in dem Sinne, daß eine Ermächtigungsnorm *garantieren* könnte, daß die von ihr ermächtigten Normgeber nur solche Normen setzen, denen materiale Legitimität zukommt.

Insofern jedoch die besonderen Legalitätsanforderungen im Rechts- und Verfassungsstaat die Gefährdungen durch material illegitime Entscheidungen immerhin in akzeptablen Grenzen halten können, ist die erste Bedingung für die materiale Legitimität von Ermächtigungsnormen im Prinzip leicht erfüllbar. Es gibt eine Vielzahl von Problembereichen, bei denen es für die Mitglieder einer Gesellschaft gut begründet sein kann, in eine Pflicht zur Akzeptanz von Mehrheitsentscheidungen einzuwilligen, um damit kollektiv verbindliche Entscheidungen zu ermöglichen. *Gerade* weil man weiß, daß es häufig keine Übereinstimmung über die Richtigkeit von Entscheidungen und die materiale Legitimität von Normen gibt, wird man Wert darauf legen, daß verbindliche Entscheidungen gefällt werden können, um damit die Kosten von Kooperationseinbußen, offenen Konflikten oder ungeklärten Situationen zu sparen. Es wäre nicht nötig, eine Mehrheit zu ermächtigen, wenn sich ohnehin alle einig wären oder sich immer einigen könnten.

Ein Übergewicht des Werts kollektiv verbindlicher Mehrheitsentscheidungen ist dabei keineswegs nur in unwichtigen Randbereichen möglich. Auch bei den »Lebensfragen« einer Gemeinschaft, wie bei Entscheidungen über Krieg und Frieden, über die Abtretung oder das Erheben von Gebietsansprüchen, über langfristige Investitionen in technische Großanlagen oder über die Rahmeninstitutionen der Wirtschaftsordnung können die Gefahren von Konflikten und Machtkämpfen sowie die Nachteile einer Entscheidungsverzögerung schwerer wiegen als das Risiko, daß von der Mehrheit sachlich oder normativ fragwürdige Entscheidungen getroffen werden.

zeigt mit überzeugenden Argumenten Weyma Lübke, a.a.O. (Fn. 14). In Max Webers teilweise etwas dunklen Ausführungen zu diesem Gegenstand wird allerdings die notwendige Beziehung zwischen einer Legitimität durch Legalität und einer materialen Legitimität der »obersten« Ermächtigungsnormen nicht hinreichend deutlich. Vgl. auch Michael Baumann, *Recht und Moral bei Max Weber*, in: Heike Jung et al. (Hg.), *Recht und Moral*, Baden-Baden 1991, S. 113-138.

21 Daß die »klassische« Analyse des Verhältnisses von Legitimität und Legalität durch Max Weber den Theorien seiner meisten Kritiker klar überlegen ist,

Falsche Entscheidungen können eben in der Tat besser sein als keine Entscheidungen. Das ist der durchaus rationale Kern der Maxime: »right or wrong, my country!«

Unter diesem Gesichtspunkt sind allerdings demokratische Mehrheitsentscheidungen kein Wert an sich und auch kein Instrument, um einer »höheren«, über-individuellen Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen.²² Sie sind ein notwendiges Übel. Ein Übel sind sie, insofern sie aus der Sicht des einzelnen eine Einbuße an individueller Entscheidungsautonomie bedeuten: Er kann nicht mehr ohne weiteres nach seinen eigenen Maßstäben handeln, sondern als Angehöriger einer Minderheit muß er sich dem Willen der Mehrheit beugen. Sie sind aber notwendig, insofern der Verzicht auf individuelle Entscheidungsautonomie eine unabdingbare Voraussetzung ist, um angesichts strittiger Fragen eine kollektiv verbindliche Entscheidung herbeizuführen. Das ändert nichts daran, daß eine Ermächtigung der Mehrheit eine Ermächtigung zur Ausübung von Herrschaft ist. Ebenso wichtig wie die Macht der Mehrheit ist daher ihre Zählung und Bändigung. Wir brauchen den Leviathan, aber wir müssen ihn auch an die Kette einer rechtsstaatlichen Verfassung legen, ohne uns von rousseauistischen Illusionen blenden zu lassen. Die Herrschaft der Mehrheit muß zwar nicht in eine Tyrannei der Mehrheit ausufern, aber auch bei einer demokratischen Mehrheitsherrschaft hat das Individuum guten Grund, das Kollektiv zu fürchten.

7. Rechtsstaatliche Ermächtigungsnormen ermöglichen Stabilität und Freiheit in einer pluralistischen Gesellschaft

Rechtsstaatliche Ermächtigungsnormen erbringen für die moderne pluralistische Gesellschaft zwei unverzichtbare Leistungen. Die erste dieser Leistungen besteht darin, daß sie durch die Übertragung von Entscheidungsmacht auf die Mehrheit verbindliche kollektive Entscheidungen möglich machen, obwohl ein allgemeines Einverständnis über den Inhalt dieser Entscheidungen nicht herbeizuführen ist. Ohne die Etablierung legitimer Herrschaft wäre eine plurali-

22 »In den Mehrheitsbeschlüssen werden wir vergebens nach einer solchen höheren Weisheit suchen.« F.A. von Hayek, *Die Verfassung der Freiheit*, Tübingen 1971, S. 135. Vgl. auch Karl Graf Ballestrem, *Wahrheit oder Mehrheit?*, in: Michael Baumann/Hartmut Kliemt (Hg.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, Freiburg/München 1990, S. 37-48.

stische Gesellschaft nicht existenzfähig. Denn eine solche Gesellschaft muß gewissermaßen die Quadratur des Zirkels bewerkstelligen: Sie muß einerseits den Pluralismus ermöglichen und sichern, d.h. sie muß in weiten Lebensbereichen widerstreitende Auffassungen und Überzeugungen respektieren und zur Geltung kommen lassen. Andererseits ist sie aber für ihre Stabilität wie jede Gesellschaft auf *für alle bindende* kollektive Entscheidungen angewiesen. Dabei kann man nicht darauf vertrauen, daß sich die pluralistische Vielfalt auf den Bereich des privaten Lebens beschränken läßt. Rivalisierende Standpunkte und Meinungen werden vielmehr auch bei zahlreichen Problemen des öffentlichen Lebens einen Konsens verhindern.²³

Eine pluralistische Gesellschaft muß insofern das nicht substituierbare Gut »Anerkennung« unter extremen Knappheitsbedingungen produzieren. Das ist aber nur möglich durch die Einsetzung einer Autorität, deren Entscheidungen auch dann akzeptiert werden, wenn eine Übereinstimmung der Betroffenen nicht erzielt werden kann. Nur eine Legitimität durch Legalität kann die Kluft schließen, die sich zwischen der Nachfrage nach gemeinschaftlicher Anerkennung und dem Angebot an divergierenden individuellen Überzeugungen und Wertvorstellungen auftut. In einer pluralistischen Gesellschaft muß die für den Bestand jeder Gesellschaft notwendige Bereitschaft, ihre Normen aus Pflichtgefühl freiwillig zu befolgen, vor allem durch die *formale* Legitimität ihrer Normen erzeugt werden.²⁴ Das ist in gewisser Hinsicht eine durchaus unwahrscheinliche Leistung, weil ihr Gelingen voraussetzt, daß eine große Zahl von Normadressaten bereit ist, aufgrund eines »Legalitätsglaubens« auch bei wichtigen praktischen Entscheidungen auf den eigenen Standpunkt zu-

23 Insofern ist es sicherlich eine »liberalistische Illusion«, daß sich ein moderner Pluralismus nur in unterschiedlichen Idealen des »guten Lebens« niederschlagen wird. Eines der Probleme der liberalen Gesellschaft, auf die ihre kommunitaristischen Kritiker zu Recht hinweisen, ist die Tatsache, daß ihre Mitglieder auch in vielen Fragen von öffentlichem Belang keinen Konsens erzielen können. Umstritten sind eben nicht nur Individualgüter, sondern auch öffentliche Güter. Vgl. etwa Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, London 1981, S. 7 ff.

24 Diese Erkenntnis kommt bei Max Weber zum Ausdruck, wenn er eine »legal-rationalen Herrschaft«, die »auf dem Glauben an die Legalität gesetzter Ordnungen und des Anweisungsrechts der durch sie zur Ausübung der Herrschaft Berufenen« beruht, als den für die moderne okzidentale Gesellschaft dominierenden »Herrschaftstypus« identifiziert, vgl. a.a.O. (Fn. 4), S. 124.

gunsten eines autorisierten Normgebers zu verzichten. Die Klage über die Fragwürdigkeit vieler vom Gesetzgeber beschlossener Normen ist in einer pluralistischen Gesellschaft kein ärgerliches Defizit, das es zu beheben gilt. Es ist ein unvermeidlicher Bestandteil dieser Gesellschaft. Genügend ihrer Mitglieder müssen deshalb auch dann, wenn sie eine Norm inhaltlich ablehnen, von der Pflicht zur Normbefolgung und der Illegitimität eines Normbruchs überzeugt sein. Das gilt keineswegs nur für die Normalbürger. Die Folgebereitschaft staatlicher Organwalter gegenüber einem Verfassungsgericht, einem Gesetzgeber oder einem Ordnungsgeber auch dann, wenn sie ihre Entscheidungen für falsch oder fragwürdig halten, ist für die Funktionsfähigkeit und Stabilität einer pluralistischen Gesellschaft ebenfalls unverzichtbar.

Da aber jede formale Legitimität bzw. Legalität notwendig in materialer Legitimität verankert sein muß (vgl. These 4) – nämlich in der materialen Legitimität zumindest der »obersten« Ermächtigungsnormen –, kommt auch eine pluralistische Gesellschaft nicht ohne ein grundlegendes Einverständnis über *materiale* Legitimitätskriterien aus. Nicht *alles* darf dem pluralistischen Dissens ausgesetzt sein. Zumindest über die *Legitimität der Verfassung* einer pluralistischen Gesellschaft muß eine weitgehende Einigkeit herrschen. Es muß ein inhaltlicher Konsens bestehen über die Lebensbereiche, in denen man kollektiven Zwang durch die Ermächtigung der Mehrheit zulassen will, bzw. über die Lebensbereiche, die dem Einfluß kollektiver Entscheidungen entzogen sein sollen und in denen unterschiedlichen Wertvorstellungen und divergierenden Lebensauffassungen Freiraum gegeben werden soll.

Damit ist die zweite unverzichtbare Leistung angesprochen, die von rechtsstaatlichen Ermächtigungsnormen für eine pluralistische Gesellschaft erbracht wird: Durch die Gewährleistung subjektiver Rechte sichern sie einen Bereich individueller Freiheit und Autonomie grundsätzlich *vor* kollektiven Entscheidungen und den Ansprüchen der Gemeinschaft.²⁵ Die Übertragung von öffentlicher Macht *und* die Garantie individueller Rechte gehören gleichermaßen zum Wesen einer pluralistischen und freiheitlichen Gesellschaft. Erst

durch die Begrenzung der Macht der Mehrheit wird in einer Demokratie dem einzelnen die Freiheit gegeben, sein Leben in einem relevanten Umfang nach seinen höchstpersönlichen Präferenzen zu gestalten. Ein solcher Bereich geschützter Selbstbestimmung erhält gerade dann eine überragende Bedeutung, wenn man in einer Gesellschaft lebt, in der über Fragen des Guten und des Richtigen im einzelnen große Uneinigkeit herrscht. Dadurch steigen die Kosten für kollektive Verbindlichkeit und es wächst der Wert von Autonomiebereichen, die gegenüber der Macht des Kollektivs geschützt sind.

Rechtsstaatliche Ermächtigungsnormen schaffen also nicht nur eine Pflicht des einzelnen gegenüber der Gemeinschaft, ihre Entscheidungen auch dann hinzunehmen, wenn er sie nicht billigt. Sie begrenzen auch diese Pflicht und erleichtern es ihm damit, entsprechend qualifizierten Ermächtigungsnormen materiale Legitimität zuzubilligen. Rechtsstaatliche Ermächtigungsnormen verkörpern einen Kompromiß: so viel Kollektivität wie *notig*, so viel Individualität wie *möglich*. Diese gelungene Gratwanderung gehört zum Kernbestand der vielen erklärungsbedürftigen und ungewöhnlichen historischen Phänomene, die das »Wunder Europa« ermöglicht haben.²⁶

8. Die Anerkennung von rechtsstaatlichen Ermächtigungsnormen erfordert eine Wertrelativierung

Die Anerkennung einer rechtsstaatlich begrenzten Ermächtigung der Mehrheit ist eine notwendige Bedingung für die stabile Existenz einer pluralistischen und liberalen Gesellschaft. Ihre stabilitätsfördernde Funktion kann eine solche Anerkennung aber nur dann erfüllen, wenn sie nicht davon abhängt, ob eine Person sich im Einzelfall in der Mehrheit oder in der Minderheit befindet – wobei der für die Minderheit neuralgische Punkt vor allem in der Anerkennung der

25 Zum liberalistischen Verständnis von Rechten vgl. etwa F.A. von Hayek, a.a.O. (Fn. 22), S. 161 ff.; Ronald Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt/M. 1984, S. 303 ff.; Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford 1986, S. 165 ff.; Hillel Steiner, *An Essay on Rights*, Oxford 1994, S. 55 ff.

26 Zum Sonderweg Europas vgl. aus der neueren Literatur vor allem: Eric Lionel Jones, *Das Wunder Europa*, Tübingen 1991, S. 51ff.; einen theoretischen »Überbau« liefert: Douglass C. North, *Theorie des institutionellen Wandels*, Tübingen 1988; ders., *Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung*, Tübingen 1992; besonders prägnant: Hans Albert, *Europa und die Zähmung der Herrschaft*, in: *Freiheit und Ordnung*, Tübingen 1986, S. 9-59.

Ermächtigung der Mehrheit besteht, während er für die Mehrheit mit der Anerkennung der Begrenzung ihrer Ermächtigung verbunden ist. Die Legitimierung rechtsstaatlicher Ermächtigungsnormen erfordert insofern sowohl auf seiten der Angehörigen einer Minderheit als auch auf seiten der Angehörigen einer Mehrheit eine spezifische Relativierung der von ihnen vertretenen Werte:²⁷

1. Wenn man auch als Angehöriger einer Minderheit Grund haben soll, der Ermächtigung der Mehrheit Legitimität zuzubilligen, muß man der kollektiven Verbindlichkeit einer Mehrheitsentscheidung in dem betreffenden Bereich einen höheren Wert einräumen als der Freiheit, gemäß der eigenen Präferenzen handeln zu können. Das heißt, daß einem die Verbindlichkeit der Mehrheitsentscheidung sowohl wichtiger sein muß als die Möglichkeit, *individuell* die eigenen Wertvorstellungen zu verwirklichen, als auch wichtiger als die Chance, diese Vorstellungen *kollektiv* durchzusetzen. Man muß bereit sein, bestimmte Werte dem Erfolg gesellschaftlicher Kooperation, der Wahrung sozialen Friedens, der Berechenbarkeit rechtlicher Pflichten oder anderen Vorteilen verbindlicher kollektiver Entscheidungen unterzuordnen, bzw. in diesen Vorteilen eine Kompensation für Abstriche bei der Realisierung jener Werte zu sehen. Insofern muß man diese Werte aber *relativieren*. Das gilt auch dann, wenn man die Wertverluste in den Situationen, in denen man zur Minderheit gehört, mit den Wertgewinnen in den Situationen aufwiegt, in denen man zur Mehrheit gehört.

Wer dagegen einen *Wertabsolutismus* vertritt und gewisse Werte als für sein Handeln uneingeschränkt verpflichtend betrachtet, der wird als Angehöriger einer Minderheit eine Ermächtigung der Mehrheit für Entscheidungen, durch die eine Verwirklichung dieser Werte betroffen werden kann, nicht anerkennen. Er wird nicht bereit sein, die möglichen Vorteile, die kollektiv verbindliche Mehrheitsentscheidungen auch für ihn bringen können, mit diesen Werten aufzurech-

nen. Sozialer Frieden oder effiziente Kooperation müssen für ihn untergeordnete Ziele bleiben, wenn sie nur auf Kosten von Werten zu verwirklichen sind, die für ihn absolute Geltung haben. Eine solche Haltung ist keineswegs »irrational« im Sinne von inkonsistent oder widersprüchlich. Sie macht vielmehr deutlich, daß die Legitimation einer demokratischen Mehrheitsregel zumindest aus der Sicht der Minderheit auf einem spezifischen Wertrelativismus beruhen muß, der bereit ist, bestimmte Werte gegeneinander abzuwägen und in einem gewissen Umfang zu substituieren.

2. Rechtsstaatliche Ermächtigungsnormen garantieren individuelle Rechte und begrenzen damit die Macht der Mehrheit, verbindliche kollektive Entscheidungen zu fällen. Als Angehöriger einer Minderheit hat man einen Grund, solche Rechte zu akzeptieren, wenn man in dem geschützten Handlungsbereich der Freiheit, nach den eigenen Präferenzen zu leben, einen höheren Wert beimißt als der kollektiven Verbindlichkeit von Mehrheitsentscheidungen. Als Angehöriger einer Mehrheit hat man einen Grund, die Begrenzung der Macht der Mehrheit durch individuelle Rechte zu akzeptieren, wenn man der *Garantie*, in dem geschützten Handlungsbereich die Freiheit zu haben, nach den eigenen Präferenzen zu leben, einen höheren Wert beimißt als der Chance, die eigenen Präferenzen auch für die anderen Mitglieder einer Gesellschaft als verbindlich durchzusetzen. Die Sicherung der eigenen Freiheit muß Priorität haben vor der Möglichkeit, andere in ihrer Freiheit zu beschneiden und ihnen die eigenen Anschauungen zu oktroyieren.

Der Verzicht auf individuelle Rechte zugunsten von Mehrheitsentscheidungen ist ja auch für die Angehörigen der Mehrheit keineswegs risikofrei. Mehrheitsverhältnisse können sich ändern: Aus einer Sekte kann eine Staatsreligion werden. Vor allem aber wird die Minderheit die Beseitigung liberaler Grundrechte durch eine Ermächtigung der Mehrheit kaum freiwillig akzeptieren. Für sie gibt es keinen Anlaß, der Verbindlichkeit von Mehrheitsentscheidungen in den von diesen Rechten geschützten Bereichen einen höheren Wert zuzubilligen als ihrer individuellen Freiheit. Maßt sich die Mehrheit eine solche Ermächtigung dennoch an, hat die Minderheit *weder* einen Grund, diese Einschränkung ihrer Freiheit anzuerkennen, *noch* einen Grund, ihrerseits der Mehrheit die betreffenden Rechte weiterhin zuzugestehen. Ja, sie kann unter Umständen die Ermächtigung der Mehrheit generell in Frage stellen. Damit würde die wichtige gesellschaftliche Stabilitätsbedingung entfallen, daß

27 Es geht hier *nicht* um einen »Wertrelativismus« oder »Wertabsolutismus« im Hinblick auf den »relativen« oder »absoluten« *Geltungsanspruch*, der mit Werten erhoben werden kann. Unter »relativen« Werten werden im folgenden vielmehr solche Werte verstanden, die einer Abwägung mit konkurrierenden Werten prinzipiell offenstehen, während mit »absoluten« Werten solche Werte gemeint sind, deren Verwirklichung ohne Rücksicht auf die Folgen für andere Werte gefordert wird. »Relative« Werte in der hier zugrundegelegten Bedeutung lassen sich also durchaus mit einem »absoluten« Geltungsanspruch verbinden.

auch die Angehörigen der Minderheit die Autorität der Mehrheit anerkennen. Die Mehrheit muß dann befürchten, daß anstelle ihrer legitimen Herrschaft ein Kampf um die Macht beginnt, bei der auch ihre Freiheit auf der Strecke bleiben kann.

Insofern können auch die Angehörigen der Mehrheit durchaus gute Gründe haben, im eigenen Interesse die Rechte anzuerkennen, die die Macht der Mehrheit beschränken: Sie gewähren auch ihnen einen höheren Grad an Schutz ihrer individuellen Freiheit als eine Ordnung, in der die Mehrheit eine unbegrenzte Vormachtstellung innehat und sich das Privileg nimmt, die Freiheit der Minderheit beliebig einzuschränken. Auch eine solche Abwägung setzt allerdings voraus, daß von den Angehörigen der Mehrheit gewisse Werte als relativ betrachtet werden: Sie müssen bereit sein, in der größeren Sicherheit der eigenen Freiheit eine Kompensation für den Verzicht zu sehen, ihre Wertvorstellungen für alle verbindlich zu machen.

Hängt man als Angehöriger einer Mehrheit dagegen einem Wertabsolutismus an, demgemäß es als uneingeschränkt verpflichtend betrachtet wird, unerachtet der damit verbundenen Risiken gewisse Werte für eine Gemeinschaft als Ganze durchzusetzen, dann wird man individuelle Rechte, durch die eine allgemeine Durchsetzung dieser Werte verhindert oder erschwert wird, nicht befürworten. Das Bestreben, der Minderheit die Weltanschauung, das Sexualverhalten oder die Lebensführung der Mehrheit aufzuzwingen, kann dann als eine Pflicht betrachtet werden, die schwerer wiegt als die Absicherung der eigenen Individualfreiheiten oder die Orientierung an »nur« persönlichen Interessen.

Ein solcher Absolutismus im Hinblick auf die öffentliche Durchsetzung von Werten kann auch bei den Angehörigen einer *Minderheit* ein Grund sein, die Gewährung individueller Rechte abzulehnen – auch wenn solche Rechte sie zunächst einmal gegen die Mehrheit schützen. Rechte schützen aber auch die Mehrheit vor der Minderheit. Und wenn ein Angehöriger der Minderheit es als seine absolute Pflicht betrachtet, die von ihm als verbindlich betrachteten Werte allen übrigen Mitgliedern seiner Gesellschaft ebenfalls aufzunötigen, dann wird er sich von den Gefahren eines solchen Vorhabens nicht abschrecken lassen. Ein Wertabsolutismus kann sowohl zu einer Tyrannei der Mehrheit als auch zu einem Fanatismus der Minderheit führen.

Der für eine Anerkennung rechtsstaatlicher Ermächtigungsnormen notwendige Wertrelativismus besteht also im wesentlichen darin,

daß die Werte, die man durch eine Einschränkung der Freiheit anderer realisieren kann, relativiert werden im Hinblick auf die Werte, die man durch die eigene Freiheit verwirklichen kann, und daß die Werte, die man durch die eigene Freiheit verwirklichen kann, relativiert werden im Hinblick auf die Werte, die man durch den Verzicht auf die eigene Freiheit realisieren kann. Während es bei der Legitimierung einer Ermächtigung der Mehrheit darum geht, daß man keine absoluten Werte vertritt, die es verbieten, sich selber dem Kollektiv zu unterwerfen, geht es bei der Legitimierung der Begrenzung einer solchen Ermächtigung durch individuelle Rechte darum, daß man keine absoluten Werte vertritt, die verlangen, andere Personen dem Kollektiv zu unterwerfen: Die Garantie der eigenen Freiheit muß einem wichtiger sein als die Möglichkeit, anderen Personen Vorschriften zu machen, wie sie zu leben haben.

Insofern ein solcher Wertrelativismus bereit sein muß, einerseits als falsch erachtete Entscheidungen einer Mehrheit hinzunehmen, andererseits auf eine Durchsetzung des als richtig Erachteten anderen gegenüber zu verzichten, ist die Anerkennung rechtsstaatlicher Ermächtigungsnormen auf das Prinzip der »Toleranz« angewiesen. Nur wer tolerant ist, wird seine eigenen Wertüberzeugungen in einer Weise relativieren, daß er sowohl die Ermächtigung der Mehrheit als auch die Beschränkung kollektiver Macht durch Rechte akzeptieren kann.

Daß diese Art von Toleranz und Relativismus keineswegs universell verbreitet und selbstverständlich ist, bedarf keiner besonderen Ausführungen. Vor allem der Versuch, andere Menschen zu einem Leben zu zwingen, das den eigenen Wertvorstellungen gemäß ist, ist historisch gesehen der Normalfall. Die Entwicklung zu einer liberalen und pluralistischen Gesellschaft, in der der einzelne das Recht hat, sein Leben in weiten Bereichen nach seinen persönlichen Präferenzen zu führen, und gleichzeitig bereit ist, in anderen Bereichen seine Überzeugungen zurückzustellen, ist die weltgeschichtliche Ausnahme. Sie hat drei unwahrscheinliche Voraussetzungen:²⁸ *Erstens* die Zurückdrängung weltanschaulich-religiöser Kräfte, die das Ziel haben, menschliches Leben in allen Dimensionen zu bestimmen; *zweitens* die Überwindung von Despotie und Autokratie, die sich nicht leisten können, persönliche Freiräume zu gestatten; und *drittens* die individuelle Orientierung an aufgeklärten Interessen an-

28 Vgl. Hans Albert, a.a.O. (Fn. 26).

stelle einer Fixierung auf absolut gesetzte Werte und Ideologien. Gerade der so oft geschmähte liberale Individualismus hält mit seinem »rationalen Egoismus« Menschen nicht nur davon ab, sich um die Interessen anderer zu kümmern, sondern auch davon, sich um die »wohlverstandenen« Interessen anderer zu kümmern – im zweiten Fall häufig zum Vorteil der anderen. Die Tyrannei der Mehrheit und der Fanatismus von Minderheiten beruhen ja öfter auf der Absicht, andere Menschen zu »beglücken«, als auf unverhohlenen Macht- und Ausbeutungsinteressen.

9. Fundamentalismus und Funktionalismus untergraben rechtsstaatliche Ermächtigungsnormen

Die Legitimität rechtsstaatlicher Ermächtigungsnormen wird in Frage gestellt durch einen Fundamentalismus, für den materiale Legitimität gegenüber Legalität grundsätzlich Vorrang hat, sowie durch einen Funktionalismus, für den Legitimität durch Legalität eine Fiktion ist.

Der Fundamentalismus tritt in zwei Varianten auf, die man als »materialen« und als »formalen« Fundamentalismus bezeichnen kann. Ein materialer Fundamentalismus dekretiert bestimmte Werte als individuell oder kollektiv absolut verpflichtend, so daß die notwendige Relativierung von Werten als Grundlage für die Anerkennung entweder von Mehrheitsentscheidungen oder ihrer Einschränkung durch individuelle Rechte ausgehöhlt wird. Soweit seine Absolutheitsansprüche reichen, zerstört eine solcher materialer Fundamentalismus die Basis für die Legitimität rechtsstaatlicher Ermächtigungsnormen.

Ein formaler Fundamentalismus postuliert dagegen nicht die absolute Geltung *bestimmter* Werte, sondern einen allgemeinen Anti-Legalismus. Nach ihm ist man grundsätzlich nur dann verpflichtet, die von einem bestimmten Normgeber gesetzten Normen anzuerkennen, wenn es sich um *material* legitime Normen handelt. Ein formaler Fundamentalismus verkörpert also einen generellen Absolutheitsanspruch für die Kriterien materialer Legitimität, unabhängig zunächst von ihrem konkreten Inhalt. Er ist nicht bereit, den Wert materialer Legitimität im Hinblick auf die Vorteile kollektiv verbindlicher Entscheidungen zu relativieren.

Für die Anerkennung rechtsstaatlicher Ermächtigungsnormen hat ein formaler Fundamentalismus unterschiedliche Konsequenzen, je nachdem, inwieweit ein Anhänger dieser Position die materiale Legitimität der aufgrund demokratischer Mehrheitsentscheidungen erlassenen Norm gewährleistet sieht oder nicht. So kann er *erstens* der Auffassung sein, daß solche Entscheidungen *grundsätzlich* keine materiale Legitimität verbürgen können. Das ist der Standpunkt etwa von »aristokratischen« Gegnern demokratischer Mehrheitsentscheidungen, die eine Mehrheit prinzipiell für unfähig halten, zu überlegten und adäquaten Entscheidungen zu kommen, oder auch von linken Kritikern einer »bürgerlichen« Demokratie, die in der Mehrheit nur eine im Interesse der herrschenden Klasse leicht zu manipulierende Masse erblicken. In diesen Fällen folgt aus einem formalen Fundamentalismus die grundlegende Illegitimität einer rechtsstaatlichen Verfassung mit ihrer Ermächtigung von Mehrheitsentscheidungen und damit die Ablehnung einer Verpflichtungskraft der gemäß dieser Verfassung erlassenen Normen.

Der Vertreter eines formalen Fundamentalismus kann *zweitens* der Meinung sein, daß demokratische Mehrheitsentscheidungen unter rechtsstaatlichen Bedingungen in der großen Mehrzahl der Fälle durchaus zu material legitimen Normen führen. Er behält sich aber das Recht vor, die Befolgungswürdigkeit jeder erlassenen Norm dennoch ausschließlich nach seinen eigenen Maßstäben materialer Legitimität zu beurteilen. Wiewohl einer solchen Haltung eine erheblich günstigere Einschätzung demokratischer Mehrheitsentscheidungen zugrunde liegt als im ersten Fall, und es faktisch auch eher selten zu der Ablehnung einer Mehrheitsentscheidung kommen wird, unterscheidet sie sich doch im Prinzip nicht von dem Standpunkt des Vertreters eines formalen Fundamentalismus im ersten Fall. Denn eine *Ermächtigung* der Mehrheit zur Normsetzung in dem Sinne, daß man sich zur Befolgung der von ihr gesetzten Normen auch dann verpflichtet fühlt, wenn sie von den eigenen Kriterien für materiale Legitimität abweichen, wird auch in diesem Fall nicht anerkannt und legitimiert.

Schließlich kann der Anhänger eines formalen Fundamentalismus *drittens* davon überzeugt sein, daß demokratische Mehrheitsentscheidungen unter rechtsstaatlichen Bedingungen die materiale Legitimität der erlassenen Normen im Prinzip *garantieren*. Etwa weil er der Auffassung ist, daß die Entscheidungsfindung in einer Demokratie zur Erkenntnis der Wahrheit oder zur Entstehung eines allge-

meinen Willens führt, daß demokratische Abstimmungen individuelle Präferenzen zu einer kollektiven Präferenz aggregieren können oder daß eine demokratische Willensbildung »idealen« Rechtfertigungsverfahren für Normen hinreichend nahe kommt. Bei einem solchen großen Vertrauen in die materiale Qualität demokratischer Entscheidungen wird zwar nicht die Ermächtigung der Mehrheit in Frage gestellt, in Frage gestellt werden aber individuelle Rechte als Schutz *gegen* die Entscheidungen der Mehrheit. Wenn man nicht befürchten muß, daß kollektive Entscheidungen zu material illegitimen Ergebnissen führen können, gibt es auch keinen Grund, sich vor diesen Entscheidungen zu schützen oder die Entscheidungsmacht des Kollektivs einzugrenzen. Entweder werden seine Entscheidungen dann die Grenzen, die durch individuelle Rechte gezogen werden, ohnehin einhalten, weil es material geboten ist, diese Grenzen einzuhalten, oder es ist unter bestimmten Bedingungen legitim, diese Grenzen zu überschreiten, dann wäre es falsch, diese Grenzen ein für allemal festzuschreiben.²⁹

Im Gegensatz zu den verschiedenen Spielarten des Fundamentalismus geht der Funktionalismus³⁰ davon aus, daß die Überzeugung von der materialen Legitimität rechtlicher Einzelnormen zumindest

29 Eine solche Geringschätzung liberaler Abwehrrechte gegenüber der legislativen Gewalt kommt bei Jürgen Habermas explizit zum Ausdruck (vgl. a.a.O. [Fn. 18], S. 213 ff., 301 ff., 320 f.). Sie wird begleitet von einer entsprechenden Skepsis im Hinblick auf die Kontrolle eines demokratischen Gesetzgebers durch ein Verfassungsgericht (vgl. a.a.O., S. 292 ff.). Wenn man die Annahme vertritt, daß »die Verfahren zur Produktion rechtlicher Normen auch im Sinne einer moralisch-praktischen Verfahrensrationalität vernünftig sind« (a.a.O., S. 552), und demnach »allein die *Verfahrensbedingungen der demokratischen Genese von Gesetzen* ... die Legitimität des gesetzten Rechts« sichern können (a.a.O., S. 320), dann ist ähnlich wie bei der rousseauistischen Fiktion eines allgemeinen Willens in der Tat nicht mehr einsichtig, warum der einzelne ein Recht auf Schutz gegen einen demokratischen Gesetzgeber haben soll. Eine der fundamentalsten Errungenschaften des modernen Rechtsstaats läßt sich dann *nicht* mehr rechtfertigen. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Konsequenz aus der Theorie von Habermas findet sich bei Armin Engländer, *Grundrechte als Kompensation diskursethischer Defizite?*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1995, S. 482 ff.

30 Ich beziehe mich hier vor allem auf die Position Niklas Luhmanns, wie sie etwa in *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt/M. 1983, in seiner *Rechtssoziologie*, Opladen 1983, oder in *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1993, vertreten wird. Zur detaillierten Kritik von Luhmanns Ansichten über das Verhältnis von Legitimität und Legalität vgl. vor allem Weyma Lübke, a.a.O. (Fn. 14), S. 124 ff.

in der modernen Gesellschaft keine ausreichende Basis für eine stabile gesellschaftliche Integration mehr sein kann. Eine Anerkennung auch von Normen, die den eigenen Maßstäben des Rechtsadressaten nicht entsprechen, habe vielmehr eine zentrale »Funktion« für den Bestand sozialer Ordnung in einer hoch differenzierten Gesellschaft. Doch der Funktionalismus schüttet das Kind mit dem Bade aus. Nach ihm spielen nämlich Kriterien materialer Legitimität und damit auch die Fundierung von Legalität in der materialen Legitimität einer Verfassung *grundsätzlich* keine Rolle mehr. Er unterstellt einen quasi »freischwebenden« Legalitätsglauben. »Legitimation durch Verfahren« bedeutet nicht, daß ein als *legitim* betrachtetes Verfahren seine Legitimität auf die verfahrensgemäß erzeugten Normen überträgt, sondern bedeutet, daß unabhängig von Legitimitätsüberzeugungen bereits die bloße Tatsache der Existenz eines Verfahrens eine »Übernahme« der legal erzeugten Normen bei den Normadressaten bewirkt. Die »Komplexität« moderner Gesellschaften mache eine solche »Generalisierung des Anerkennens« zu einem »motivfreien Akzeptieren« notwendig.³¹

Dieses Argument verkennt jedoch, daß das »funktionale Erfordernis« einer freiwilligen Befolgung von autoritativ gesetzten Normen erfüllt werden kann, ohne daß die Normadressaten *grundsätzlich* darauf verzichten müssen, die Normen einer gesellschaftlichen Ordnung nach ihren eigenen Maßstäben für materiale Legitimität zu beurteilen. Es übersieht, daß die Anerkennung von legal erlassenen Normen, denen man ihre materiale Legitimität abspricht, mit der materialen Legitimität von Ermächtigungsnormen *begründbar* ist. Für den Funktionalismus basiert dagegen die Anerkennung legal erlassener Normen notwendig auf einer *unbegründbaren und damit irrationalen* Haltung: einem »motivfreien Akzeptieren«. Derjenige, der die Legitimität von Gesetzen auf die Legitimität einer rechtsstaatlichen Verfassung zurückführen will, sitzt einem intellektuellen Irrtum auf: »Die Durchführung rechtsstaatlicher Verfahren« begründet die Legitimität des Rechts nur »nach Art einer Legalfiktion«.³² Die Konditionierung der Rechtsadressaten zu einer »unmotivierten« Hinnahme gesellschaftlicher Macht wird so zu einer Existenznotwendigkeit auch einer rechtsstaatlichen und demokratischen Gesellschaft erklärt.

31 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, a.a.O. (Fn. 30), S. 32.

32 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, a.a.O. (Fn. 30), S. 558.

Der Funktionalismus leugnet damit eine Trivialität: Daß es für den Bürger und Rechtsadressaten gute Gründe geben kann, bestimmten Verfassungen materiale Legitimität zuzuschreiben und anderen Verfassungen diese Legitimität vorzuenthalten und es *infolgedessen* als seine Pflicht zu betrachten, die Normen etwa eines demokratisch gewählten Gesetzgebers freiwillig zu befolgen, während er eine solche Pflicht gegenüber dem Pseudo-Parlament eines Polizeistaats ablehnt. Die Bereitschaft, die Normen des demokratischen Gesetzgebers zu befolgen, beruht dann keineswegs auf einem »motivfreien Akzeptieren« und auch nicht auf einer »Fiktion« von Legitimität. Sie beruht vielmehr auf einer Normanerkennung, die in der materialen Legitimität der Ermächtigung des demokratischen Gesetzgebers und damit der Legalität der von ihm erlassenen Normen *gut begründet* ist. Legitimität durch Legalität ist mitnichten eine »Fiktion«, sondern ergibt sich aus der Legitimität einer Ermächtigungsnorm und der Normsetzung des ermächtigten Normgebers mit logischer Konsequenz (vgl. These 3).

Indem der Funktionalismus fälschlicherweise annimmt, daß die Legitimation einer Autorität kein Grund ist, die Entscheidungen dieser Autorität als verbindlich anzuerkennen, deklariert er die Anerkennung oder Nicht-Anerkennung autoritativer Entscheidungen zwangsläufig zu einer Sache psychologischer Disponiertheit oder eines irrationalen Dezisionismus. Moralische Rechtfertigungen für die Institutionen staatlicher Ordnung und der mit ihnen verbundenen Bürgerpflichten sind dann ebenso überflüssig und illusionär wie die Meinung des einzelnen Bürgers und Normadressaten, daß sein Pflichtgefühl gegenüber bestimmten Arten von staatlichen Institutionen besser begründet ist als gegenüber anderen. Wer abstreitet, daß die unter rechtsstaatlichen Ermächtigungsnormen zustande gekommenen Normen Befolgung *verdienen*, der streitet auch ab, daß die rechtsstaatlichen Ermächtigungsnormen selber – und damit eine rechtsstaatliche Verfassung insgesamt – Legitimität beanspruchen können. Übrig bleibt ihre »funktionale« Betrachtung unter dem Gesichtspunkt, ob sie besser als andere Institutionen jenes angeblich notwendige »motivfreie Akzeptieren« kollektiver Entscheidungen sicherstellen können. Es ist aber nicht gerade eine besonders überzeugende Rechtfertigung für eine gesellschaftliche Institution, daß sie besser als andere ein *genuin irrationales* Verhalten der Bürger herbeiführen kann. Im Gegenteil erscheint es auch »funktionalistisch« gesehen vorzugswürdig, wenn das Pflichtgefühl der Rechts-

adressaten anstatt auf einer »unmotivierten« Haltung auf einer rational nachvollziehbaren Form der Akzeptanz beruht.

Vergleicht man die verschiedenen Spielarten des Fundamentalismus mit dem Funktionalismus, dann wird deutlich, daß ihnen bei aller Unterschiedlichkeit im Ergebnis *eine* Fehleinschätzung *gemeinsam* ist. Für sie existiert nur die Alternative Legalität *oder* Legitimität. Das führt einmal zu einer »fundamentalistischen Geringschätzung« der Legalität; zum anderen zu ihrer »funktionalistischen Überhöhung«. Beide Positionen übersehen, daß es eine Legitimität *der* Legalität geben kann und somit eine Erzeugung von Legitimität *durch* Legalität.

10. *Eine Übertretung material illegitimer, aber legaler Normen ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Verfassung ihre Legitimität entzogen wird*

Die materiale Illegitimität einer legal zustande gekommenen und formal legitimen Norm hebt ihre Verbindlichkeit nicht auf. Die mögliche Kluft, die sich für einen Rechtsadressaten zwischen materialer und formaler Legitimität auftun kann, ist aber einer der Gründe für eine Qualifizierung und Eingrenzung der Macht rechtlicher Normgeber. Rechtsstaatliche Ermächtigungsnormen zeichnen sich dadurch aus, daß *besonders gravierende* Konflikte zwischen materialer und formaler Legitimität von vornherein ausgeschlossen sind.

Trotzdem sind aus der Sicht des Rechtsadressaten schwerwiegende Konflikte weiterhin möglich. Es kann der Fall eintreten, daß er nicht bereit ist, seine Vorstellungen von materialer Legitimität der formalen Legitimität einer Norm unterzuordnen. Dieser Fall kann auch dann eintreten, wenn er keinen Wertabsolutismus vertritt – ein gewisser Wertrelativismus ist *notwendig*, um die rechtstaatliche Ermächtigung der Mehrheit anzuerkennen, er ist aber nicht *hinreichend*. Auch wer grundsätzlich die Vorteile verbindlicher kollektiver Entscheidungen schätzt, wird nicht zu *jeder* Relativierung seiner eigenen Wertvorstellungen bereit sein.

Ein Rechtsadressat kann aber nicht beides haben. Wenn er bei einer bestimmten Entscheidung der Mehrheit nicht bereit ist, der erlassenen Norm Anerkennung zu zollen, dann kann er nicht gleichzeitig an der Legitimität der Ermächtigung der Mehrheit im bisherigen Umfang festhalten. Man kann nicht befürworten, daß man in einem

bestimmten Bereich das tun soll, was die Mehrheit vorschreibt, und gleichzeitig den Standpunkt vertreten, daß man im konkreten Fall eine Entscheidung der Mehrheit in diesem Bereich ignorieren darf. Mit anderen Worten: Weist man die Pflicht zur Befolgung einer von der Mehrheit erlassenen Norm zurück, ist diese Zurückweisung *gleichbedeutend* damit, daß man der Ermächtigung der Mehrheit für einen bestimmten Bereich ihre Legitimität entzieht (vgl. These 3). Es gilt dann vom Standpunkt des betreffenden Rechtsadressaten eben *nicht* mehr, daß man in diesem Bereich das tun soll, was die Mehrheit vorschreibt.

Ein solcher Entzug von Legitimation ist prinzipiell jederzeit möglich. Nichts kann und *darf* eine selbständig urteilende Person daran hindern, der Mehrheit ihre Legitimation zu entziehen, *wenn* sie die eigenen Wertvorstellungen angesichts einer bestimmten Entscheidung der Mehrheit eindeutig höher einordnet als die kollektive Verbindlichkeit dieser Entscheidung. Allerdings übernimmt sie mit einem solchen Legitimationsentzug eine nicht unerhebliche moralische Begründungslast. Der »Akt«, der Mehrheit die Legitimation für eine bestimmte Entscheidung zu bestreiten, hat notwendig eine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung. Man setzt nämlich mit einem solchen Legitimationsentzug die bestehende Verfassung in ihrer vorliegenden Form *für die eigene Person* außer Kraft. *Wenn* man der Meinung ist, die inkriminierte Entscheidung der Mehrheit bewegt sich im Rahmen der bestehenden Verfassung (sonst wäre die Entscheidung ja nicht einmal *formal* legitim bzw. legal), und man ihr trotzdem die Anerkennung versagt, dann bedeutet das, daß man die Verfassung nicht mehr mit dem gleichen Inhalt wie bisher als verbindlich betrachtet. Ein solcher Legitimationsentzug kommt insoweit einer Verfassungsänderung mit neuen Grenzen für die Macht der Mehrheit gleich. Eine konsistent und konsequent denkende und handelnde Person steht dann im Prinzip vor der Anforderung, für eine *alternative* Verfassung zu argumentieren, in der durch entsprechende Restriktionen für die Entscheidungskompetenzen der Mehrheit die als unakzeptabel betrachteten Konflikte zwischen materialer und formaler Legitimität nicht mehr auftreten können.³³

In jedem Fall hat aber die relevante Wertabwägung eines Rechtsadressaten, der sein eigenes Denken und Handeln am Maßstab moralischer und argumentativer Konsistenz orientiert, mehrere Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Für einen begründeten Entzug von Legitimität reicht es nicht aus, wenn eine bestimmte Entscheidung der Mehrheit im Einzelfall in schwerwiegender Weise gegen die Wertvorstellungen des Rechtsadressaten verstößt. Darüber hinaus muß er mindestens zwei weitere Aspekte einbeziehen: Welche Konsequenzen hat es, wenn eine Mehrheit in Zukunft in dem betreffenden Entscheidungsbereich *generell* keine verbindlichen Entscheidungen in dem bisherigen Umfang mehr fällen darf? Und welche Konsequenzen hat es, wenn andere Minderheiten aus den gleichen Gründen, nämlich vergleichbar schwerwiegender Verletzungen *ihrer* Wertvorstellungen, eine Einschränkung der Macht der Mehrheit in weiteren Bereichen wünschen? Diese Aspekte muß ein Rechtsadressat zusätzlich einbeziehen, weil eine nach seinen Vorstellungen revidierte Verfassung die Entscheidungsmacht der Mehrheit in allgemeiner Form neu festlegen muß, und weil er gegenüber Rechtsadressaten, die sich bei anderen Entscheidungen in der Minderheit befinden, keine Sonderrechte beanspruchen kann.

Man muß also dem Übel der als grob unrichtig empfundenen Mehrheitsentscheidung nicht nur den Wert ihrer kollektiven Verbindlichkeit für den konkreten Fall gegenüberstellen, sondern auch den Wert kollektiv verbindlicher Mehrheitsentscheidungen in dem betreffenden Bereich generell sowie in den Bereichen, die aufgrund der gleichgewichtigen Vorbehalte anderer Minderheiten ebenfalls aus der Entscheidungsbefugnis der Mehrheit ausgegrenzt werden müßten. Nicht zuletzt muß man dabei auch den Nachteil in Anschlag bringen, den man dadurch erleidet, daß man bei einer entsprechenden allgemeinen Einschränkung kollektiver Mehrheitsentscheidungen die Chance verliert, bei einschlägigen Entscheidungen selber zu der Mehrheit zu gehören und dann die eigenen Wertvorstellungen uneingeschränkt zur Geltung bringen zu können. Für einen Rechtsadressaten, der vor der Frage steht, ob er angesichts einer von ihm als »unerträglich« eingestuften Entscheidung der Mehrheit die Legitimation für solche Entscheidungen entziehen soll, geht es demnach niemals nur um das Problem, im konkreten Einzelfall eine »falsche« Entscheidung in eine »richtige« Entscheidung zu verwandeln. Daß sich durch die zusätzlichen Gesichtspunkte, die zu berücksichtigen

33 Das heißt nicht unbedingt, daß man auch für einen alternativen Verfassungstext plädieren muß. Die tatsächlich in einer Rechtsgemeinschaft geltende Verfassung kann ganz oder teilweise *ungeschrieben* bleiben.

sind, die Schwelle zu einem gerechtfertigten Legitimationsentzug unter Umständen deutlich *erhöht*, liegt auf der Hand.³⁴

Selbst wenn man aber unter Berücksichtigung aller relevanten Aspekte insgesamt zu der Überzeugung gelangt ist, daß die Mehrheit eine Entscheidung gefällt hat, für die sie grundsätzlich keine Legitimation beanspruchen kann, dann folgt auch daraus noch nicht zwangsläufig, daß eine *Übertretung* der betreffenden Norm gerechtfertigt ist.³⁵ Das gilt im übrigen auch für den Fall, in dem eine Entscheidung formal illegitim weil illegal ist, d.h. gegen die bestehende, auch weiterhin als legitim betrachtete Verfassung verstößt. Als moralisch integrier Rechtsadressat kann man auch unter dieser Voraussetzung nicht nur den Einzelfall und sein materiales Unrecht in Betracht ziehen.

Zum einen muß man sich fragen, inwieweit der eigene geheime, offene oder demonstrative Rechtsbruch nicht Risiken birgt, die die Zumutung der Konformität mit einer formal und material illegitimen Norm überwiegen. Solche Risiken können etwa Gefahren für die Rechtssicherheit oder den sozialen Frieden sein, wenn es zu Konflikten mit denjenigen kommt, die an der Verfassung in ihrer bisherigen Form festhalten oder keinen Verfassungsbruch wahrhaben wollen. Man kann durch die Mißachtung einer Rechtsnorm auch zu einer Erosion der Ermächtigung der Mehrheit auf Gebieten beitragen, auf denen man eine solche Schwächung nicht will. Wenn eine falsche staatliche Entscheidung einmal zu Fall gebracht worden ist, kann es durchaus sein, daß auch richtige Entscheidungen nicht mehr durchsetzbar sind. Solche und ähnliche Risiken können für einen Rechtsadressaten, der mit einer material und formal illegitimen Norm konfrontiert ist, schwerer wiegen als die Befolgung einer in seinen Augen ungerechten Norm.

Zum anderen kann man sich zu Erwägungen gezwungen sehen, die mit den im konkreten Fall tatsächlich zu erwartenden Folgen eines

Normbruchs nichts zu tun haben. Wenn man sich – dem heute vorherrschenden Bekenntnis entsprechend – einem moralischen Universalisierungsprinzip verpflichtet fühlt, muß man hypothetisch überlegen, welche Situation eintreten würde, wenn sich jedermann in ähnlichen Fällen in gleicher Weise verhielte. Will man sich dem Universalisierungsprinzip gemäß verhalten, darf man sich zu einer bestimmten Verhaltensweise nur dann berechtigt fühlen, wenn man anderen im Prinzip das gleiche Recht zubilligt – im vorliegenden Zusammenhang also das Recht, bestimmte, von ihnen als illegitim erachtete Rechtsnormen zu übertreten. Lebt man in einem Unrechtsstaat, wird man es freilich nicht befürchten, sondern bei vielen Rechtsvorschriften geradezu begrüßen, wenn andere dem eigenen Beispiel des Ungehorsams folgen würden. Lebt man dagegen in einem freiheitlichen Staat, dessen Verfassung man im großen und ganzen akzeptiert, wird man eine mögliche Destabilisierung dieses Staates negativ in Anschlag bringen. Man wird dann zumindest eine Mißachtung von als illegitim empfundenen Gesetzen in privaten Lebensbereichen anders bewerten, als wenn es um Aktionen mit großer öffentlicher Wirksamkeit und erheblicher Tragweite für das Gemeinwesen geht.

34 Man muß dabei bedenken, daß eine Verfassung ihre legitimierende Wirkung für eine bestimmte Entscheidung erst dann endgültig verliert, wenn man auch bereit ist, den legalen Möglichkeiten einer Verfassungsänderung ihre Legitimität zu bestreiten. In gewisser Weise muß man also die relevante Abwägung zweimal vornehmen.

35 Für das Folgende vgl. die ähnlichen Sichtweisen von Norbert Hoerster, *Die moralische Pflicht zum Rechtsgehorsam*, in: ders. (Hg.), *Recht und Moral*, Stuttgart 1991, S. 129-141; Karl Graf Ballestrin, *Gibt es ein Widerstandsrecht in der Demokratie?*, in: Michael Baumann/Hartmut Kliemt (Hg.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, Freiburg/München 1990, S. 49-62.