

Legitimation durch Wandel - Zur Philosophie des Rechtswandels¹

I. Rechtswandel, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie

"Alles wandelt sich" schrieb Bertolt Brecht und hatte daran sein dialektisches Vergnügen.² "Alles fließt" lehrte schon Heraklit und prägte damit die klassische Formel für die Unaufhaltsamkeit des Wandels.³ Daß auch das Recht in diesem Fluß mitschwimmt und wie alles Irdische dem Wandel nicht enttrinnen kann, ist danach nicht mehr als eine Banalität: Wenn "alles" sich wandelt, dann eben auch das Recht.

Für die *Rechtswissenschaft* ist diese Unbeständigkeit ihres Forschungsgegenstandes Segen und Fluch zugleich. Die klaren Profiteure sind dabei die Rechtshistoriker, die der Wandlungsfähigkeit und Wandlungsanfälligkeit des Rechts überhaupt erst ihr eigenes Forschungsfeld verdanken. Demgegenüber neigen die Rechtsdogmatiker eher dazu, die Veränderlichkeit der Paragraphen als eine Bürde ihres Berufs aufzufassen. Schon die kleinste Gesetzesänderung kann den Dogmatiker zur Verzweiflung bringen, wenn seinem kunstvoll errichteten Rechtsgebäude dadurch das Fundament entzogen wird und sich niemand mehr für den Ertrag seiner mühevollen Arbeit interessiert. Die berühmte These von der "Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" ist das Resultat dieser schmerzlichen Erfahrung: "Indem die Wissenschaft das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur".⁴ Diese "Zufälligkeit" sollte allerdings nicht nur Grund zur Klage sein. Denn jede Veränderung des Rechts bietet auch wieder einen beliebten Gegenstand für neue wissenschaftliche Abhandlungen und sorgt dafür, daß der Bedarf an rechtswissenschaftlicher Produktion nicht nachläßt. Die ernüchternde Feststellung, "daß dogmatische Analysen meist nur für den Moment geschrieben sind",⁵ hat eben die erfreuliche Kehrseite, daß auch immer wieder neue derartige "Analysen" benötigt werden. Selbst die Rechtsdogmatiker sind daher zu einem nicht geringen Teil auf den Wandel des Rechts angewiesen.

Was aber ausgerechnet die *Rechtsphilosophen* mit dem Rechtswandel zu tun haben sollen, ist nicht in gleicher Weise klar, hat es doch zunächst den Anschein, als urteilten diese aus der wandlungsresistenten Überperspektive und interessierten sich nur für die unwandelbare Metaebene des Rechts. Es soll im folgenden gezeigt werden, daß dieser Eindruck trügt. Zwar wird das Problemfeld des Rechtswandels von den meisten Rechtsphilosophen in der Tat eher am Rande, ohne große Begeisterung oder auch gar nicht behandelt. Das ändert aber nichts daran, daß sich die Rechtsphilosophie sehr wohl mit dem Wandel des Rechts befassen kann und sich unter den Bedingungen eines modernen Rechtssystems auch damit befassen muß. Die Beziehung des Rechts zum Wandel ist dabei durchaus delikate. Recht muß nämlich auch aus der Perspektive des Rechtsphilosophen grundsätzlich als eine wandelbare Größe gedacht

¹ Dieser Beitrag wurde im Rahmen des HFR-Wettbewerbs "[Recht und Wandel](#)" 1999 mit dem 1. Preis ausgezeichnet.

² Bertolt Brecht, *Sämtliche Gedichte*, Frankfurt a.M. 1997, S. 888 ('Alles wandelt sich') u. 1022 ('Vergnügen').

³ Zu diesem Lehrsatz vom beständigen Flusse aller Dinge des Herakleitos von Ephesos vgl. Friedrich Ueberwegs *Grundriß der Geschichte der Philosophie*, I. Teil (hrsg. v. Karl Praechter), 13. Aufl., Graz 1953, S. 53 ff.

⁴ Julius von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848), Nachdruck Darmstadt 1956, S. 25.

⁵ So Thomas Würtenberger in seiner Besprechung von Günther Winklers 'Zeit und Recht', in: *Der Staat* (37. Band), Berlin 1998, S. 315.

werden, gerade die Möglichkeit des Wandels kann sogar eine entscheidende Quelle seiner Legitimation sein. Zugleich ist es aber sowohl Wesensmerkmal als auch Legitimationsgrund des Rechts, dem beliebigen Wandel eine Grenze zu setzen. Recht muß damit immer auf den Wandel, nicht zuletzt seinen eigenen Wandel bezogen bleiben, ihm dabei aber zugleich entzogen sein. Mit und aus dieser Spannung muß das Recht leben, wenn es als eine legitime Ordnung verstanden werden will.

II. Rechtswandel und 'Wesen' des Rechts

1. Statik und Dynamik der Rechtsordnung

In etwas zugespitzter Form läßt sich das Aufgabenfeld des Rechtsphilosophen auf zwei Problembereiche konzentrieren: die Bestimmung des Phänomens "Recht" und die Suche nach Kriterien des "Richtigen".⁶ Beide Bereiche lassen sich in Beziehung zum Rechtswandel setzen. Bereits die erste Frage, was "das Recht" denn eigentlich ist, kann nämlich nicht sinnvoll beantwortet werden, wenn nicht auch der Prozeß seines Wandels in den Blick genommen wird. Denn sobald eine Gemeinschaft Recht als Menschenwerk und nicht mehr als eine vorgefundene, "natürliche" Größe betrachtet, wird das Recht selbst zum Medium des politischen Wandels, jedenfalls zu dessen Fluchtpunkt: Ist doch jede gesellschaftliche Veränderung darauf aus, sich zu institutionalisieren und das heißt eben vor allem, sich in *neues Recht* umzusetzen.

Diesem Drang nach Veränderung kann sich eine Rechtsordnung nicht ungestraft verschließen. Für das "lebende Recht"⁷ hat ein starres Festhalten am Bestehenden tödliche Folgen, da es über kurz oder lang vom politischen Wandel eingeholt und in den Strudel der Veränderung hineingerissen wird. In seiner Erstarrung kann es diesem Sog der politischen Dynamik auf Dauer nicht standhalten und muß schließlich einer neuen Rechtsordnung weichen, die den gewandelten historischen Umständen besser entspricht. Soll es weniger dramatisch zugehen, muß das Rechtssystem gewissermaßen die Flucht nach vorne antreten und sich freiwillig dem Wandel aussetzen. Moderne Rechtsordnungen stellen aus diesem Grunde - fast schon selbstverständlich - Verfahren bereit, altes Recht aufzuheben und neues zu erlassen, um so einen Wandel von sozialen Überzeugungen mehr oder weniger reibungslos in einen Wandel von Recht umzusetzen. Der Wandel verliert dadurch seinen bedrohlichen Charakter und wird zu einem normalen Bestandteil des Rechtssystems.

Auf seiner Suche nach dem 'Wesen' des Rechts muß jetzt auch der Rechtsphilosoph⁸ zur Kenntnis nehmen, daß es sich beim Recht ungeachtet seiner sonstigen Eigenschaften jedenfalls um ein "wandelbares Gebilde"⁹ handelt. In diesem Sinne läßt sich etwa die Rechtstheorie von H.L.A. Hart verstehen, der auf überzeugend einfache Weise den Rechtswandel in seine Allgemeine Rechtslehre integriert hat. Für Hart ist es nämlich gerade das entscheidende Kennzeichen des modernen Rechts, neben den "primären" Verhaltensnormen (Du sollst nicht töten) auch "sekundäre" Normen für die Setzung, Änderung und Modifizierung von Recht zu enthalten (Wenn Du ein Gesetz ändern willst, brauchst Du dazu eine Mehrheit im Parlament).¹⁰ Mit dieser Unterscheidung von primären und sekundären Normen will Hart dem veränderten Selbstverständnis der Rechtsordnung gerecht werden, die sich nicht mehr als statische, sondern als dynamische Ordnung versteht.

⁶ Vgl. Kurt Seelmann, Rechtsphilosophie, München 1994, S.1 f.

⁷ Die Bezeichnung "lebendes Recht" geht auf Eugen Ehrlich zurück. Vgl. dazu das gleichnamige Buch von Thomas Raiser: Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, 2.Aufl. Baden-Baden 1995, S. 5 und S. 104.

⁸ Rechtsphilosophie umfaßt in diesem Sinne auch das Feld der sog. 'Rechtstheorie'.

⁹ Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964, S. 36.

¹⁰ H.L.A. Hart, The Concept of Law, 2.Aufl., Oxford 1994; darin insbes. S. 79 ff.: Law as the union of primary and secondary rules. Zu den 'rules of change' vgl. S. 95 f.

Das heißt allerdings nicht, daß sich das Rechtssystem nun in seine eigene Dynamik auflösen würde. Dies ist schon deshalb nicht zu befürchten, weil es bei aller Dynamik auch zum 'Wesen' des Rechts gehört, als retardierendes Moment dem Wandel entgegenzuwirken. Dies gilt nicht nur für die staatlichen Fundamentalnormen, die im Rahmen der bestehenden Ordnung nicht mehr zur Disposition stehen sollen und deshalb nicht Gegenstand einer möglichen Gesetzesänderung werden können. Sogar die "sekundären" Normen Harts sind aus dieser Sicht eher Hürden des Wandels als wirkliche "Veränderungsnormen". Die Notwendigkeit einer Zweidrittel - Mehrheit im Parlament führt nun einmal dazu, daß die Verfassung in der Regel *nicht* geändert wird, selbst soweit die Möglichkeit einer Änderung theoretisch besteht. Auch niedrigere Hürden (wie die einfache Mehrheit) müssen erst einmal bewältigt werden und haben zumindest bremsende Wirkung. Das Recht gleicht daher nicht nur dem flinken Wiesel, das Haken schlägt und sich den Gegebenheiten anpaßt, sondern auch dem kräftigen, aber etwas behäbigen Elefanten, der äußere Reize nur langsam und eigenwillig verarbeitet. Diese Trägheit ist dabei nicht nur Schwäche, sondern auch eigentümliche Stärke des Rechts. Denn seine Funktion, dem Sozialleben eine feste Gestalt zu geben, erfüllt es gerade dadurch, daß es den ständigen und beliebigen Wandel verhindert. Nichts ist dem Juristen deshalb so zutiefst unheimlich wie die Revolution, die Urgewalt politischer Veränderung. Diese taugt höchstens als ein Ursprungsmythos der nachrevolutionären Rechtsordnung,¹¹ als künftige Revolution ist sie aber immer notwendig "Unrecht" im Sinne einer Negation von Recht überhaupt.

¹¹ Zur Bedeutung der Revolution für das (Verfassungs-) Recht vgl. ausführlich: Ulrich K. Preuß, *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, erw. Neuausgabe, Frankfurt a.M. 1994.

2. Die Dialektik des Rechts

In einer theoretischen Beschreibung des Phänomens "Recht" stehen damit "Wandlungstendenz" und "Beharrungstendenz" nebeneinander,¹² ohne daß eindeutig ausgemacht werden könnte, ob das 'Wesen' des Rechts mehr im Wieselhaften oder mehr im Elefantischen zu sehen ist. Diese beiden "Tendenzen" des Rechts dürfen deshalb auch nicht als unversöhnliche Gegensätze aufgefaßt werden, vielmehr ist es gerade das Charakteristikum der Rechtsordnung, daß die dynamischen und die statischen Tendenzen ineinander verschränkt sind und sich wechselseitig ermöglichen. Geradezu als Inbegriff dieser Verschränkung kann die Institution der "Verfassung" aufgefaßt werden, weshalb das Problemfeld von Recht und Wandel auch häufig den Verfassungstheoretikern überlassen bleibt. Tatsächlich lassen sich die feindlichen Lager der Verfassungstheoretiker gerade daraus erklären, welchen Raum sie bei der Funktionsbestimmung der Verfassung dem Wandel geben wollen: "Die Verfassungstheorien unterscheiden sich wesentlich dadurch, daß sie der Zeit, das heißt der Veränderung der gesellschaftlichen Wirklichkeit, einen unterschiedlichen Stellenwert einräumen."¹³ Dabei wird die Funktion der Verfassung von der einen Fraktion darin gesehen, daß diese die "fundamentalen Grundentscheidungen der politischen Einheit"¹⁴ enthält, die dem politischen Wandel entzogen sein sollen - bis in einem neuen Akt verfassungsgebender Gewalt (etwa durch eine Revolution) andere "Grundentscheidungen" getroffen werden. Solange dies nicht der Fall ist, kommt es für diese Seite vor allem darauf an, daß die "Kontinuität der Verfassung als eines Ganzen gewahrt" bleibt.¹⁵ Von der Gegenseite wird Verfassung demgegenüber nicht als etwas Statisches, sondern als etwas "immer von neuem Entstehendes" aufgefaßt, als "Prinzip des dynamischen Werdens der politischen Einheit",¹⁶ dessen Inhalt "in die Zeit hinein offen" bleiben muß.¹⁷

"Die Veränderlichkeit der Verfassung, die Möglichkeit der "Verfassungswandlung", [ist] eine mit der Totalität des Verfassungsrechts gegebene Eigentümlichkeit dieses Rechtsgebiets. Als Integrationssystem hat das Verfassungsrecht die Erfüllung einer sich immerfort wandelnden Aufgabe sicherzustellen, die stets einigermaßen optimal gelöst werden muß. Die Faktoren dieser Lösung verschieben sich entsprechend den veränderten Zeiten und Umständen."¹⁸

Es ist offenkundig, daß diese gegenläufigen Ansätze in einseitiger Weise bestimmte Aspekte der Verfassung betonen und daher einer Vermittlung bedürfen. Ein solcher Vermittlungsversuch liest sich dann folgendermaßen:

"Wenn die Verfassung Offenheit und Weite der rechtlichen Normierung mit verbindlicher Festlegung verbindet, so liegt das Entscheidende offenbar gerade in der Polarität dieser Elemente. Die Frage nach der "Starrheit" oder nach der "Beweglichkeit" der Verfassung ist

¹² Heinrich Henkel, a.a.O., S. 39

¹³ Peter Häberle, Zeit und Verfassung, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl., Berlin 1996, S. 59 ff. (61); zum Thema 'Zeit und Verfassung' vgl. auch Michael Kloepfer, Verfassung und Zeit. Zum überhasteten Gesetzgebungsverfahren, Der Staat 13 (1974), S.457 ff.

¹⁴ Carl Schmitt, Verfassungslehre, 8.Aufl., Berlin 1993, S.20 ff.

¹⁵ Carl Schmitt, a.a.O., S. 103: *"Eine durch verfassungsgesetzliche Normierung erteilte Befugnis, die 'Verfassung zu ändern', bedeutet, daß einzelne oder mehrere verfassungsgesetzliche Regelungen ersetzt werden können, aber nur unter der Voraussetzung, daß Identität und Kontinuität der Verfassung als eines Ganzen gewahrt bleiben."*

¹⁶ Vgl. auch hierzu die prägnante Darstellung Schmitts, a.a.O., S. 5 f., sowie Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3.Aufl., Berlin 1994, S. 119 ff. (136 ff.)

¹⁷ Vgl. dazu Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., Heidelberg 1993, Rz. 23 m.w.N.

¹⁸ Rudolf Smend, a.a.O., S. 241.

daher keine Frage einer Alternative, sondern eine Frage der "richtigen" Zuordnung dieser Momente. Beide sind um der Aufgabe der Verfassung willen notwendig".¹⁹

Die bewegliche Offenheit ist notwendig, weil die Verfassung nur so die "Bewältigung der Vielfalt geschichtlich sich wandelnder Problemlagen" ermöglicht. Die starre Festlegung verbindlicher Grundsätze ist notwendig, weil diese "in ihrer stabilisierenden Wirkung jene relative Konstanz schaffen", die das Gemeinwesen vor der Auflösung in einen "nicht mehr zu bewältigenden Wechsel" bewahrt.²⁰

Löst man diese Überlegungen aus ihrem verfassungstheoretischen Kontext, so zeigt sich, daß hiermit nicht nur eine treffende Funktionsbeschreibung der "Verfassung" gelungen ist, sondern daß am Problem des *Verfassungswandels* bloß besonders bewußt wird, was das Recht allgemein auszeichnet: seine "geradezu charakteristische Dialektik"²¹. Zum Recht gehört "Starrheit" und "Offenheit" - die Ermöglichung von Wandel bei *gleichzeitiger* Verhinderung des Wandels. Nur durch diese Gleichzeitigkeit kann es seine soziale Funktion erfüllen. Die "Starrheit" der Rechtsordnung resultiert dabei nicht nur aus der verfassungsrechtlichen Festlegung politischer Leitprinzipien, die wie in [Art. 79 III GG](#) mit "Ewigkeitsgarantie" versehen sind, sondern beispielsweise auch aus der faktischen Bindungswirkung höchstrichterlicher Entscheidungen, die einen Wandel der Rechtsanschauung "von unten" erheblich erschwert, aus der festen Struktur der Kodifikationen, die neue Rechtsprobleme in die gewohnten Bahnen lenken sowie aus dem Korsett juristischer Dogmatik überhaupt. Die "Offenheit" des Rechts beruht demgegenüber neben der Möglichkeit von Gesetzesänderungen vor allem auf der weiten Auslegungsfähigkeit von Rechtsnormen (nicht nur solchen der Verfassung) bis hin zu Ermessensvorschriften, Generalklauseln und bloßen Zielvorgaben, die die Dynamik des Wandels schon in sich selbst enthalten. Wenn es überhaupt ein 'Wesen' des Rechts gibt, dann ist dies gekennzeichnet durch die spannungsvolle Gleichzeitigkeit dieser statischen und dynamischen Momente. Es scheint sein Erfolgsgeheimnis zu sein, auf raffinierte Weise beide Seiten zu verbinden. Das Recht ist wirklich ein "raffiniertes Tier"! Anders als bei Christian Morgensterns Wiesel²² besteht sein Raffinement aber gerade darin, nicht *nur* Wiesel zu sein, sondern seine wieselhaften Züge "aufzuheben" und mit dem Elefantischen zu versöhnen. Zu seinem 'Wesen' gehört daher zweifellos ein ausgeprägt dialektischer Charakter.

¹⁹ Konrad Hesse, a.a.O., Rz. 36 f.

²⁰ Ebd., Rz. 23 und 37

²¹ Günther Winkler, *Zeit und Recht*, Wien / New York 1995, S. 271.

²² Das "*aesthetische Wiesel*" Christian Morgensterns ist bekanntlich deshalb ein "*raffiniertes Tier*", weil es - nur "*um des Reimes willen*" - gerade als Wiesel "*auf einem Kiesel / inmitten Bachgeriesel*" sitzt (Christian Morgenstern, *Sämtliche Galgenlieder*, München 1992, S. 44).

III. Rechtswandel und Legitimation des Rechts

1. Die Wandlungen des Naturrechts

Die These von der spannungsreichen Beziehung des Rechts zum Wandel stößt allerdings noch auf ein beträchtliches rechtsphilosophisches Hindernis: auf das altehrwürdige Naturrecht. Haben wir hier nicht die Vorstellung von einem Recht, das sich *nicht wandelt*, sondern von ewiger und unveränderlicher Gültigkeit ist? Lassen sich die bisherigen Überlegungen also nur halten, wenn stillschweigend davon ausgegangen wird, daß diese rechtsphilosophische Tradition schlicht und ergreifend überholt ist? Es gibt zwei Strategien, diese Konsequenz zu vermeiden und die These vom notwendigen Moment des Wandels im Recht mit einer (allerdings deutlich abgeschwächten) Idee von "Naturrecht" zu verbinden.

Die eine Strategie besteht darin, auch das sog. Naturrecht nicht als eine für alle Ewigkeit in metaphysischen Stein gehauene Gesetzestafel zu betrachten, sondern es wie jedes andere Recht für ein wandelbares Gebilde zu halten. Man hätte dann neben oder statt einem "absoluten" Naturrecht noch ein "relatives", "historisch-elastisches", "dynamisch-bedingtes" Naturrecht, ein "Naturrecht der konkreten geschichtlichen Lage" mit "wechselndem" oder "werdendem" Inhalt.²³ Diese Versuche, das Moment des rechtlichen Wandels in die Naturrechtslehre zu integrieren, wirken einigermaßen hilflos und sind schon durch ihre Terminologie nicht ganz fern von unfreiwilliger Komik. Sie belasten entweder die ohnehin schon problematische Naturrechtslehre zusätzlich mit einem dynamischen Naturbegriff oder können nicht erklären, was "die Natur" eigentlich dazu bringt, sich auf so elastisch-dynamische Weise bereitwillig den historischen Umständen anzupassen.²⁴ Sinnvoller erscheint daher die zweite Strategie, die das Naturrecht in doppelter Weise befreit: von der "Natur" und vom "Recht". Damit ist durchaus nicht gesagt, daß sich das "Naturrecht" einfach in Luft auflösen soll. Es wird allerdings in einem ersten Schritt zum "Vernunftrecht", d.h. es basiert nicht mehr auf einer wie auch immer verstandenen "Natur", sondern auf der menschlichen Vernunft, und verliert dann in einem zweiten Schritt noch seinen Charakter als "Recht". Es wird zum *Maßstab* des Rechts, zum Kriterium der "Richtigkeit" von Recht, ohne selbst Recht zu sein. "Naturrecht" ist dann nur noch der traditionelle Ausdruck für das Problem der Legitimität von Recht.²⁵ Die Frage, ob Naturrecht absolut oder relativ ist, kann umformuliert werden zu der Frage, ob es unwandelbare Kriterien für die "Richtigkeit" des Rechts gibt oder ob diese einem Wandel unterliegen können. Das hat nichts mit dem Problem zu tun, was Recht *ist*, sondern ausschließlich mit dem Problem, wie das Recht als "richtiges" Recht *sein soll*. Daß das Recht sich wandelt, wird von einer so verstandenen Naturrechtslehre nicht mehr bezweifelt. Im Gegenteil: Es wird als Problem der Legitimation des sich verändernden Rechts sogar besonders bewußt. Der Abschied von der traditionellen Vorstellung eines ewig gültigen Rechts und die damit verbundene Anerkennung, daß zum "Wesen" des Rechts der Wandel notwendig gehört, führt in der Konsequenz dazu, daß die Legitimierung von Recht nun auch immer die Legitimierung des Wandels von Recht beinhalten muß.

²³ Vgl. Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5.Aufl. Berlin / New York 1993, S. 199 ff.; Heinrich Henkel, a.a.O., S. 409 ff.

²⁴ Zur Kritik an der sog. "dynamischen Naturrechtslehre" vgl. etwa Hans Kelsen, Platon und die Naturrechtslehre, in: ders., Aufsätze zur Ideologiekritik, S. 232 ff. (238 ff.).

²⁵ Vgl. Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4.Aufl. Göttingen 1990, S. 162 ff.: 'Der Zusammenbruch des Natur-"Rechts" und das Weiterleben seiner materialen Probleme'

2. Der Wandel zum Recht in der neuzeitlichen Rechtsphilosophie

Trotzdem erscheint der Rechtswandel in der neuzeitlichen Rechtsphilosophie zunächst nur an nachgeordneter Stelle, gewissermaßen als Problem zweiter Klasse, steht der Wandel des Rechts doch erst im Schatten eines viel fundamentaleren Wandels, den man als "Wandel zum Recht" bezeichnen könnte. Mit Hilfe der Erzählung vom vorstaatlichen und vorrechtlichen "Naturzustand" wollen die Rechtsphilosophen des 17. und 18. Jahrhunderts erst einmal die Schwierigkeit einer *grundsätzlichen* Legitimation von rechtlicher Zwangsordnung meistern, bevor sie sich einem möglichen *Wandel* des Rechts zuwenden können. Die Gründe, die hierbei für die Legitimation von Recht überhaupt entwickelt werden, können dann erst in einem zweiten Schritt auch für das Problem des Rechtswandels fruchtbar gemacht werden. Das beliebteste Legitimationsmodell ist dabei die Prüfung der allgemeinen Zustimmungsfähigkeit einer staatlichen Ordnung. Wenn es kein vorfindbares Naturrecht mehr gibt, bleibt den Menschen nichts anderes mehr übrig als selbst zu entscheiden, was sie für richtig halten. An dieser autonomen Entscheidung (die meist nicht als reale, sondern als "vernünftige" Entscheidung gedacht ist) werden sie dann aber auch rechtsphilosophisch festgehalten: Über eine Ordnung, der sie einmal zugestimmt haben oder ihr wenigstens vernünftigerweise zustimmen müßten, dürfen sie sich nicht mehr beschweren. Auf diesem Grundgedanken des "volenti non fit iniuria" beruhen die verschiedenen Spielarten von Gesellschaftsverträgen, die sog. Anerkennungstheorien sowie die Diskurstheorie des Rechts.²⁶

3. Die Wandlungsfeindlichkeit des 'Leviathan'

Die im Einzelfall sehr unterschiedlichen Versuche, die Notwendigkeit von Staat und Recht aus der möglichen Zustimmung der Einzelnen abzuleiten und so einen "Wandel zum Recht" zu begründen, lesen sich freilich aus Perspektive derjenigen, die sich schon im Zustand staatlicher Rechtsordnung befinden, vor allem als elementare Mahnung vor einem möglichen Schritt zurück. Der Leser, der mit diesen Theorien beeinflusst werden soll, hat ja in aller Regel das Stadium des archaischen Naturzustandes bereits verlassen und hat sich auf diesem Wege vom wilden Wolf zum braven Staatsbürger und netten Nachbarn von nebenan gemausert. Dieser muß lediglich noch davon überzeugt werden, die Keule aus alten Tagen auf Dauer im Schrank zu lassen. Der eigentliche Zweck der Argumentation ist deshalb nicht die Legitimation eines Wandels, sondern gerade die dringliche Warnung davor. Die Vertragstheorie, die Thomas Hobbes in seinem 'Leviathan' entfaltet, läßt sich im Kern geradezu auf eine solche Warnung vor dem Wandel reduzieren: Besteht eine Staatsgewalt, die dazu in der Lage ist, den naturzustandlichen Krieg aller gegen alle zu verhindern, dann ist diese Staatsgewalt legitim und muß beibehalten werden. Eine Legitimationslehre, die darüber hinaus den "gerechten" Staat will und daher darauf aus ist, den Staat und damit das Recht nach ihren Kriterien zu *verändern*, birgt für Hobbes notwendig die Gefahr in sich, in einen Bürgerkrieg zu führen, der seiner Meinung nach immer weitaus schrecklicher ist als jede staatliche Ungerechtigkeit.²⁷

²⁶ Allgemein hierzu: Wolfgang Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, Darmstadt 1994, S. 11 ff.

²⁷ Vgl. insbesondere die Kap. 17-20 des 'Leviathan'.

4. Der Wandel als Übergangsphänomen im Vernunftrecht

Mit dieser in radikaler Weise veränderungsfeindlichen Vertragstheorie hat Hobbes nur wenig begeisterte Anhänger gefunden, die ihm auch in diesem Punkte gefolgt wären. Seine vertragstheoretischen Nachfolger wollen vielmehr nachweisen, daß sich aus dem Argumentationsmodell der allgemeinen Zustimmungsfähigkeit nicht die Legitimation einer beliebigen staatlichen Ordnung ableiten läßt, sondern nur Rechtsordnungen bestimmter Qualität zustimmungsfähig sind.²⁸ Das Gedankenexperiment eines hypothetischen Vertrages soll jetzt daher auch dazu dienen, Argumente *für* den Wandel von Recht zu entwickeln: Solange die Rechtsordnung noch nicht den Kriterien des allein zustimmungsfähigen Rechts entspricht, muß sie verändert werden. Dieser Wille zur Veränderung muß dabei nicht notwendigerweise mit großer revolutionärer Geste vorgetragen werden wie bei Rousseau, sondern kann auch in der milderen Form einer Hoffnung auf "Wandel von oben" erscheinen wie bei Kant. Der strenge Königsberger Philosoph kann sich nämlich durchaus vorstellen, daß "eine Veränderung der (fehlerhaften) Staatsverfassung [...] wohl bisweilen nötig sein mag", diese Veränderung dürfe allerdings "nur vom Souverän selbst durch Reform, aber nicht vom Volk, mithin durch Revolution verrichtet werden."²⁹

Dabei sind sich die Reformer mit den Revolutionären in einem Punkte einig: Die Notwendigkeit der Veränderung ist nur ein Übergangsphänomen auf dem Weg von der "fehlerhaften" Staatsverfassung zur vernünftigen Ordnung. Das Recht ist deshalb änderungsbedürftig, weil es im Vergleich mit einer gedachten Idealordnung noch Mängel aufweist und unter dem Aspekt seiner Legitimation deshalb noch defizitär ist. In dem Moment, in dem die Rechtsordnung durch eine Revolution oder aufgrund von Reformen endlich in ihrer Grundstruktur, ihrer "Verfassung", soweit "vernünftig" geworden ist, daß sie die Zustimmung aller finden müßte, gibt es für einen grundsätzlichen Rechtswandel danach kein Argument mehr. Auf der Ebene des "einfachen" Rechts mag sich zwar noch dies oder jenes tun, einen fundamentalen Wandel gilt es jetzt aber sogar mit allen Kräften zu verhindern, kann dieser doch nur noch dazu führen, daß alles wieder schlechter wird. Diese Rechtsphilosophie des Wandels als bloßem Übergangsphänomen hat erst vor kurzem wieder ihre politische Wirkungskraft unter Beweis stellen können. Ließen sich doch nach 1989 mit ihr die heftigen Widerstände gegen eine gesamtdeutsche Verfassungsgebung rechtfertigen - mit der bekannten Folge, daß das bewährte Provisorium 'Grundgesetz' weitergilt und nicht wenige die 'verpaßte Chance' einer einheitsstiftenden und den veränderten Umständen angemessenen neuen Verfassung beklagen.

²⁸ Vgl. Wolfgang Kersting, a.a.O., S. 94: "*Dieses Vertragskonzept steht in der Geschichte des Kontraktualismus alleine da. In der Zeit nach Hobbes ist der Vertrag immer auch zu Zwecken der Herrschaftsqualifizierung verwandt worden.*"

²⁹ Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Band VIII (Hrsg. von Wilhelm Weischedel), Frankfurt a.M., 1993, S. 441.

5. "Vernunft wird Unsinn" - Mephisto und der Weltgeist

Diese Klage über einen unterbliebenen Wandel des Rechts läßt sich verallgemeinern und zu der Forderung radikalieren, daß sich das Recht nicht nur in einer Übergangszeit, sondern in permanenter Weise verändern muß, um seine einmal erreichte Legitimität nicht aufgrund des historischen Wandels wieder zu verlieren. Der "strukturelle Konservatismus" der Juristen erscheint aus dieser Sicht als Quelle allen Übels. Schon Goethe (der es als Jurist schließlich wissen muß) ließ seinen Mephisto deshalb von der Juristerei abraten:

Schüler:

Zur Rechtsgelehrsamkeit kann ich mich nicht bequemen.

Mephistopheles:

Ich kann es Euch so sehr nicht übel nehmen,
Ich weiß, wie es um diese Lehre steht.
Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage;
Weh dir, daß du ein Enkel bist! ³⁰

"Vernunft wird Unsinn" - auf diese schöne Formel läßt sich jede 'Legitimation durch Wandel' bringen. Abstrakte Legitimationsmodelle haben danach den wesentlichen Schwachpunkt, nicht die Tatsache zu berücksichtigen, daß eine Rechtsordnung, die einer bestimmten Zeit angemessen ist, für eine spätere Zeit durchaus unangemessen sein kann. Dieser schlichte Gedanke trägt wohl zu einem guten Teil auch die Rechtsphilosophie Hegels, des großen Philosophen von Wandel und Entwicklung. In der dialektischen Sichtweise der Hegelschen Philosophie stellt sich das mephistophelische "Vernunft wird Unsinn" freilich in etwas anderer und feierlicherer Weise dar, denn für Hegel kann eine einmal erreichte Vernunft nicht einfach "Unsinn" werden, sondern bleibt auch weiterhin vernünftig, erscheint allerdings im historischen Prozeß nur noch als einseitige Vernunft, die ergänzungsbedürftig ist und weiterentwickelt werden muß.³¹ Wird diese Weiterentwicklung des status quo verhindert, so kann es dann in der Tat dazu kommen, daß die "Wohltat" von gestern für den Enkel von heute zur "Plage" wird. Die "großen Menschen in der Geschichte" zeichnet es deshalb aus, daß sie wissen, "was an der Zeit ist", daß sie die "Wahrheit ihrer Zeit" und die "nächste Stufe ihrer Welt" kennen.³² Im Gegensatz zur Langweiligkeit der Natur, in der "nichts Neues unter der Sonne" geschieht, ist alles Geistige für Hegel von einem "Prinzip der Entwicklung" geprägt, "welches die Veränderung selbst zu einem Gesetzlichen macht".³³ "Gewohnheit" ist demgegenüber das, was in geistiger Hinsicht "den natürlichen Tod herbeiführt".³⁴ Haben sich ganze Völker dieser Gewohnheit verschrieben, führen diese eine "unlebendige Existenz", für die Hegel nur Verachtung übrig hat: "eine politische Nullität und Langeweile".³⁵

³⁰ Johann Wolfgang Goethe, Faust I, in: Sämtliche Werke nach Epochen seines Schaffens, hrsg. v. Karl Richter u.a., Bd. 6.1, München 1986, S. 535 ff. (588).

³¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Werke Bd. 12, Frankfurt a.M. 1986, S. 105: "Die Momente, die der Geist hinter sich zu haben scheint, hat er auch in seiner gegenwärtigen Tiefe."

³² Hegel, a.a.O., S. 46.

³³ Hegel, a.a.O., S. 74 f.

³⁴ Hegel, a.a.O., S. 100.

³⁵ Ebd.

Also ein Wandel um des Wandels willen? So recht zu überzeugen vermag das nur in Verbindung mit einer Geschichtsphilosophie, die bei dieser Veränderung den sich entfaltenden Weltgeist am Werke sieht: "Der abstrakte Gedanke bloßer Veränderung verwandelt sich in den Gedanken des seine Kräfte nach allen Seiten seiner Fülle kundgebenden, entwickelnden und ausbildenden Geistes."³⁶ Diese Philosophie einer geistdurchfluteten Geschichte hat dann aber in Hegels 'Rechtsphilosophie' eine unangenehme und plötzlich überraschend wandlungsfeindliche Kehrseite: "Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig."³⁷

Sicherlich läßt sich auch dieser (wohl berühmteste) Satz der Hegelschen Rechtsphilosophie wieder so lesen, daß nur dasjenige "wirklich" ist, was sich gewissermaßen auf der Höhe des Weltgeistes befindet, während alles andere bloß als "faule Existenz"³⁸ bezeichnet werden darf. In dieser ("linkshegelianischen") Lesart hat die Hegelsche Rechtsphilosophie dann einen stark revolutionären Zug, der auf Veränderung der unvernünftigen Welt drängt bis die Vernunft zur "Wirklichkeit" gelangt ist - wobei es bei konsequenter Interpretation zu jeder erreichten Stufe wieder eine höhere Stufe geben kann, der Entwicklungsprozeß also auch nicht in einem vermeintlichen Idealstaat zum Stillstand kommen darf.³⁹ Das Problem ist dabei nur, daß derjenige, der nicht zu den weltgeschichtlichen Heroen gehört, kein Kriterium hat, ob der Zustand seines Staates gerade der weltgeschichtlichen Vernunft entspricht oder nicht. Will er nicht zum Querulanten vor dem Weltgeist werden, muß er deshalb im Zweifelsfalle davon ausgehen, daß sein Staat "wirklich" ist und diese Wirklichkeit vernünftig. Aus seiner Sicht fordert die Hegelsche Rechtsphilosophie deshalb nicht zum Wandel auf, sondern zur "Ehrfurcht vor dem Bestehenden"⁴⁰. Erst vor dem Gericht der Weltgeschichte läßt sich feststellen, ob ein Wille zur Veränderung bloß Ausdruck individueller Anmaßung war oder ob mit ihm die Vernunft eine höhere geistige Stufe erreicht hat. Für eine irdische Legitimationstheorie ist das aber entschieden zu spät.

³⁶ Hegel, a.a.O., S. 98.

³⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke Bd.7, Frankfurt a.M.1986, S. 24.

³⁸ Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, a.a.O., S. 53.

³⁹ gl. etwa Herbert Marcuse, Vernunft und Revolution. Hegel und die Entstehung der Gesellschaftstheorie, 2.Aufl. Neuwied 1962: "Die Vernunft ist in ihrem tiefsten Wesen Wider-Spruch, Opposition, Negation, solange die Vernunft noch nicht wirklich ist." (S.370) "Die Verwirklichung der Vernunft ist keine Tatsache, sondern eine Aufgabe." (S.34).

⁴⁰ Hegel, Rechtsphilosophie, a.a.O., § 138 Zusatz, S.260.

6. Die Legitimation durch Wandel im demokratischen Staat

a) Das Modell des dynamischen Gesellschaftsvertrages

Eine 'Legitimation durch Wandel', die ohne geschichtsphilosophisches Fundament auskommen muß, aber auch nicht auf ein philosophisches *l'art pour l'art* des Wandels als Selbstzweck bzw. zur Vermeidung von Langeweile hinauslaufen kann, bedarf daher noch der Ergänzung durch ein inhaltliches Kriterium. Es bietet sich dabei an, das bewährte Legitimationsmodell der allgemeinen Zustimmungsfähigkeit in eine solche 'Legitimation durch Wandel' zu integrieren, was aus umgekehrter Perspektive bedeutet, daß das Zustimmungskriterium der historischen Entwicklung ausgesetzt wird und damit einen dynamischen Charakter annimmt. In der Logik der Vertragstheorie heißt das, daß man nicht mehr mittels eines einmaligen Vertragsschlusses ein für allemal festlegen darf, was in Zukunft als eine vernünftige Ordnung zu gelten hat, sondern über die Zulassung von Neuverhandlungen die Anpassung des Vertrages an die veränderten Bedürfnisse ermöglicht. In dieser Weise hat etwa James Buchanan den "Faktor Zeit" in seine moderne Vertragstheorie eingebaut⁴¹ und hat damit berücksichtigt, daß sich in jedem Vertrag die Probleme einer bestimmten Zeit spiegeln und daher keine vertragliche Übereinkunft (auch kein hypothetischer Vertrag im Kopfe des Philosophen) eine allgemeingültige Ordnung stiften kann, die vor einem künftigen Urteil des "Vernunft wird Unsinn" gefeit wäre. Statische Vertragsmodelle sind eben spätestens dann überfordert, wenn sie mit neuen rechtsphilosophischen Herausforderungen wie etwa der ökologischen Gerechtigkeit konfrontiert werden.

Auch John Rawls, der jüngste "Klassiker" der Vertragstheorie, hat aus dieser Einsicht heraus von seinem ursprünglichen Anspruch einer allgemeingültigen Theorie, die einen "archimedischen Punkt zur Beurteilung eines Gesellschaftssystems" bilden sollte,⁴² wieder Abschied genommen. In seiner "Theorie der Gerechtigkeit" (1971) hatte er noch selbstbewußt verkündet: "Natürlich hängen die Schnelligkeit des Wandels und die jeweils notwendigen Reformen von den jeweiligen Bedingungen ab, nicht aber die Gerechtigkeitsvorstellung, die allgemeine Form einer gerechten Gesellschaft".⁴³ In Reaktion auf seine Kritiker ist er mittlerweile deutlich bescheidener geworden und hat damit nicht zuletzt bewiesen, daß auch Rechtsphilosophen sich wandeln können. Das Ergebnis seiner philosophischen Metamorphose ist, daß er jetzt nicht mehr versuchen will, "eine Gerechtigkeitskonzeption zu finden, die für alle Gesellschaften unabhängig von ihren sozialen und historischen Umständen angemessen ist":

"Was eine Gerechtigkeitstheorie rechtfertigt, ist nicht ihr Wahrsein bezüglich einer vorgängigen, uns vorgegebenen Ordnung, sondern ihre Übereinstimmung mit einem tieferen Verständnis unserer selbst und unserer Bestrebungen, sowie unsere Einsicht, daß diese Lehre in Anbetracht unserer Geschichte und der in unser Leben eingebetteten Traditionen die vernünftigste für uns ist."⁴⁴

⁴¹ James M. Buchanan, *Die Grenzen der Freiheit. Zwischen Anarchie und Leviathan*, Tübingen 1984, S. 106 ff.

⁴² John Rawls, *A Theory of Justice* (1971), dt.: *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M. 1994, S. 294

⁴³ A.a.O., S. 294 f.

⁴⁴ John Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978-1989*, hrsg. v. Wilfried Hinsch, Frankfurt a.M. 1994, S. 83 u. 85.

Mit dieser Hereinnahme von Geschichte und Tradition hat auch die Rawls'sche Gerechtigkeitskonzeption "hegelianische Züge" angenommen, was prompt heftige Kritik ausgelöst hat. Schließlich sei es doch Aufgabe der Philosophie, ein "geschichts- und gesellschaftsexternes Rechtfertigungsplateau zu errichten, um aus dieser Warte die auftretenden Koordinationsprobleme auf rationale Art lösen zu können."⁴⁵

Ob sich der Rechtsphilosoph wirklich derart aus seinem historischen Umfeld herauskatapultieren kann, ist aber gerade die Frage. Eine dynamisierte Vertragstheorie steht hier gewissermaßen zwischen den Fronten eines Kantischen Vernunftrechts und einer Hegelschen Entwicklungsphilosophie. Indem sie auf dem Zustimmungskriterium aufbaut, übernimmt sie einen Kernbestand neuzeitlich-abendländischer Rechtsphilosophie, der nicht mehr zur Disposition gestellt wird und daher strukturell einem "absoluten Naturrecht" entspricht: Sie fordert als "unwandelbaren" Bestandteil einer legitimen Ordnung die politische Selbstbestimmung gleichberechtigter Bürger, sie beinhaltet bereits durch die Struktur des Vertrages ein gegenseitiges Anerkennungsverhältnis gleicher und freier Individuen und enthält damit ein Bekenntnis zur Würde des Menschen.⁴⁶ Hierbei kann sie aber nicht stehenbleiben. Denn gerade *weil* "absolut" feststeht, daß das Recht die private und öffentliche Autonomie des Menschen sichern soll, muß sie auch auf die veränderlichen Bedürfnisse der Menschen Rücksicht nehmen und darf nicht versuchen, die "auftretenden Koordinationsprobleme" aus der philosophischen Überperspektive zu lösen. Aus einer "geschichtsexternen Warte" läßt sich nun einmal keine befriedigende Form für eine *konkrete* Gesellschaft finden. Wenn sich überhaupt eine allgemeingültige Grundstruktur "vernünftiger" Ordnung philosophisch begründen läßt, so ist diese jedenfalls in einem so hohen Maße abstrakt, daß sie nicht nur in immer neuer Weise konkretisiert, sondern auch täglich neu und anders ergänzt werden muß, um den wechselnden gesellschaftlichen Problemlagen gerecht werden zu können. Will sich der Rechtsphilosoph dabei nicht vornehm zurückziehen und dies dem politischen Tagesgeschäft überlassen, dann muß er spätestens jetzt von seinem abstrakten "Rechtfertigungsplateau" herunterkommen oder muß doch zumindest in abstrakter Weise zur Kenntnis nehmen, daß eine Legitimationstheorie nicht nur das Auffinden "absoluter" Rechtsprinzipien, sondern auch die notwendige Anpassung des Rechts an die historischen Umstände umfassen muß. Mit dem Modell eines dynamischen Gesellschaftsvertrages sollen daher beide Seiten eingefangen werden: der abstrakte Gedanke politischer Selbstbestimmung und deren konkrete, sich verändernde Ausgestaltung im historischen Prozeß.

⁴⁵ Wolfgang Kersting, John Rawls zur Einführung, Hamburg 1993, S. 204 ff. (206).

⁴⁶ Vgl. zu dieser Konzeption der Menschenwürde [Hasso Hofmann, Die versprochene Menschenwürde](#), erschienen in der Reihe "Öffentliche Vorlesungen" der Humboldt- Universität zu Berlin 1993, S. 15 ff. sowie in [HFR 8-1996](#)

b) Demokratische Aspekte des Rechtswandels

Befreit man dieses Modell von seiner vertragstheoretischen Verpackung und übersetzt es in staatsrechtliche Begrifflichkeit, so führt dies zur Forderung nach einer *flexiblen Demokratie*, in der die Möglichkeit des Wandels institutionell verankert ist. Die Flexibilität hat dabei selbst in zweifacher Hinsicht einen demokratischen Aspekt. Zum einen läßt es sich mit dem Gedanken politischer Autonomie nur schwer vereinbaren, daß ein Volk an einmal getroffene Entscheidungen auf Dauer gebunden sein soll. Die Forderung nach Flexibilität ist insofern nur der konsequente Ausdruck einer Entscheidung für die Demokratie. Schon die berühmtesten Jakobiner haben ihre Begeisterung für die souveräne Entscheidungsfreiheit des Volkes deshalb in eine verfassungsrechtliche Garantie des Rechtswandels umgesetzt: "Ein Volk hat stets das Recht, seine Verfassung zu revidieren, zu verbessern und zu ändern. Eine Generation kann ihren Gesetzen nicht die künftigen Generationen unterwerfen."⁴⁷ Die Wandelbarkeit des Rechts bildet so in etwas paradoxer Weise die Kehrseite der für unwandelbar gehaltenen Volkssouveränität.

Gerade die Möglichkeit der Veränderung des Rechts soll aber auch die Tatsache erträglich machen, daß nicht das ganze Volk einer Norm zugestimmt hat. Selbst in einer Demokratie beruht das Recht nun einmal nicht auf Konsens, sondern auf Mehrheitsentscheidungen, und die hauptsächliche Schwierigkeit einer auf dem Zustimmungskriterium aufbauenden Legitimationstheorie besteht deshalb darin, daß sie nur unter größten Mühen begründen kann, warum auch für die überstimmte Minderheit das Recht legitim und daher verbindlich sein soll. Hier kann die Revidierbarkeit der Entscheidung ein wichtiges Argument liefern: Wenn institutionell gesichert ist, daß die Minderheit künftig die Chance hat, mit ihren Argumenten die bisherige Mehrheit zu überzeugen und dadurch einen Wandel des Rechts herbeizuführen, so hat die Mehrheitsentscheidung für die unterlegene Minderheit einen weniger diktatorischen Charakter und sie ist eher bereit, die Entscheidung zu akzeptieren.

In dieser Funktion taucht der Rechtswandel in der rechtlichen Diskurstheorie auf, wie sie insbesondere Jürgen Habermas entwickelt hat. Für Habermas ist der Inhalt einer Mehrheitsentscheidung das "fehlbare Ergebnis einer Argumentation [...], die im Hinblick auf institutionelle Entscheidungszwänge abgebrochen worden ist - und im Prinzip wieder aufgenommen werden kann."⁴⁸ Damit rückt der Rechtswandel zwangsläufig ins Zentrum seiner Theorie. Denn wenn jede Entscheidung "fehlbar" ist, darf sie nur eine "Zäsur in einer fortlaufenden Diskussion" bilden und gerade die "Änderbarkeit der Mehrheitsverhältnisse" ist dann die "notwendige Bedingung dafür, daß die Mehrheitsregel einem Argumentationsprozeß [...] seine legitimierende Kraft nicht nimmt."⁴⁹ Habermas kann Mehrheitsentscheidungen nur dann anerkennen, wenn diese *revidierbar* sind und der Pluralismus der Überzeugungen dadurch "entfesselt" ist. Von diesem Gedanken beflügelt, bekommt seine sonst so spröde Philosophie plötzlich ein ungeahntes Pathos:

"Sie gesteht keinem Konsens Zwanglosigkeit und damit legitimierende Kraft zu, der sich nicht unter fallibilistischem Vorbehalt und auf der Grundlage anarchisch entfesselter

⁴⁷ Art. 28 der Verfassung v.24.6.1793; vgl. dazu Hasso Hofmann, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: ders., Recht - Politik - Verfassung, Frankfurt a.M. 1986, S. 261 ff. (294 f.); Ulrich K. Preuß, a.a.O., S. 25.

⁴⁸ Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1994, S. 200.

⁴⁹ A.a.O., S. 220 f.

kommunikativer Freiheiten einspielt. Im Taumel dieser Freiheit gibt es keine Fixpunkte mehr außer dem des demokratischen Verfahrens selber".⁵⁰

Die Vorschriften für die Setzung und die Veränderung von Recht, die Hart in seiner Rechtstheorie unter der Bezeichnung der "sekundären" Normen zusammenfaßt, gehören danach auch legitimationstheoretisch zusammen und entfalten erst in dieser Kombination ihre legitimierende Kraft. Soll vom "Taumel der Freiheit" nicht irgendwann bloß noch ein ferner Nachklang übrigbleiben, dann darf sich eine Demokratie nicht auf vergangenen Mehrheitsentscheidungen ausruhen. Sie darf die bekannte "Legitimation durch Verfahren"⁵¹ nicht als ein bequemes Ruhekitzen betrachten, sondern muß schon im eigenen Interesse einen Willen zur Veränderung bereitwillig aufnehmen, da jeder demokratisch durchgesetzte Wandel wieder auf einer Inanspruchnahme des demokratischen Verfahrens beruht und damit nicht zuletzt auch eine Erneuerung und Bestätigung der Demokratie selbst beinhaltet.

⁵⁰ A.a.O., S. 228f; vgl. hierzu auch Michael Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit*, Frankfurt/New York 1994, S. 101 und 437.

⁵¹ Vgl. nur Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1993. Auch Luhmann will den Begriff der Legitimität "temporalisieren" (S. 2).

c) Autonomie als Grenze des Wandels

Indem eine solche Legitimationstheorie die Zeitgebundenheit und Fehlbarkeit von Entscheidungen in den Mittelpunkt rückt, ist sie zwar Ausdruck einer philosophischen Zurückhaltung, aber dennoch nicht gleichbedeutend mit einem grenzenlosen Relativismus. Dadurch unterscheidet sie sich insbesondere von der These Luhmanns, Recht gelte "nicht mehr wegen normimmanenter Qualitäten, sondern deshalb, weil es geändert werden könnte, also seiner Kontingenz wegen."⁵² Während der Geltungsgrund des positiven Rechts danach (in provozierender Umkehrung traditioneller Legitimationslehren) "nur noch in seiner Änderbarkeit selbst, in seiner Negierbarkeit"⁵³ liegen soll, besteht für eine vertragstheoretisch begründete 'Legitimation durch Wandel' zumindest *ein* unwandelbarer "Fixpunkt", der über diese von Luhmann beschworene Kontingenz hinausweist: die Autonomie des Menschen. Auch eine wandlungsfreundliche Demokratie kennt daher in der Garantie dieser Autonomie eine Grenze des Wandels. Gerade wegen ihrer Flexibilität muß sie sich davor bewahren, selbst vom politischen Wandel wieder beseitigt zu werden, und muß es daher als ihre Aufgabe betrachten, den Prozeß demokratischer Veränderung gewissermaßen vor sich selbst zu schützen. Eine so verstandene 'Legitimation durch Wandel' verträgt sich aus diesem Grunde durchaus mit einer Norm wie [Art. 79 III GG](#), die das Bekenntnis zur privaten und öffentlichen Autonomie dem Wandel entzieht. Freilich werden derartige "Ewigkeitsklauseln" in dem Moment fragwürdig, wo sie inhaltlich überfrachtet werden und damit den zukünftigen Gesetzgeber ohne Not an die Tradition binden. Auch [Art. 79 III GG](#) läßt hier die gebotene Zurückhaltung vermissen, wenn er die "Gliederung des Bundes in Länder" für alle Zeiten festschreiben will. Zwischen Menschenwürde und Demokratie wirkt die Bundesstaatlichkeit ein wenig deplaziert und weckt fast den Eindruck, als hätte sich hier eine bewährte deutsche Tradition heimlich ins rechtsphilosophische Allerheiligste gemogelt.

Natürlich kann auch eine 'Legitimation durch Wandel' nicht verhindern, daß die Enkel von morgen die Wohltaten von heute als Plage empfinden werden. Sie will aber wenigstens dafür sorgen, daß sie diese Plagen möglichst schnell wieder abschaffen und sich unbelastet der Suche nach ihren eigenen Wohltaten widmen können. Allerdings hat auch eine solche Legitimations-theorie ihre konservative Kehrseite, die zur besonders wirkungsvollen Rechtfertigung der vorhandenen Ordnung benutzt werden kann. Besteht nämlich die geforderte Möglichkeit einer Veränderung des Rechts und wird diese *nicht* wahrgenommen, so müssen es sich die politischen Enkel gefallen lassen, daß dies als Fortbestehen der Legitimität gedeutet wird. Für Hegel wäre ein solches Volk zwar nur eine "politische Nullität und Langeweile". Da der Wandel des Rechts aber nicht der Befriedigung des fortschreitenden Weltgeistes, sondern der Befriedigung der Menschen dienen soll, müssen diese schon selbst entscheiden, wieviel Wandel sie vertragen. Selbst mit einer 'Legitimation durch Wandel' kann man deshalb zu dem beruhigenden Ergebnis kommen, daß einiges beim alten bleiben darf.

⁵² Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, *Rechtstheorie* 4 (1973), S. 131 ff. (131).

⁵³ Ebd., S. 153 m.w.N.