

# Judith Shklars Kritik des Legalismus

Seyla Benhabib / Paul Linden-Retek\*

Judith Shklar beschäftigten die Ursprünge, die gesellschaftliche Funktion und die Legitimität des Rechts ein Leben lang. Sie gehörte zu den ersten in der angloamerikanischen Tradition schreibenden politischen Philosophinnen der Nachkriegszeit, die sich intensiv mit der Rolle des Rechts in liberal-demokratischen Gesellschaften befassten. In dieser Hinsicht steht ihre Arbeit eher in einer Reihe mit kontinentalen Denkern wie Max Weber, Franz Neumann und Harold Laski und natürlich mit ihrem Lehrer Carl Friedrich, der ihr als erster empfahl, das Thema des Legalismus aufzugreifen (Walzer 1981). Von ihrem 1964 erschienenen Buch über *Legalism. An Essay on Law, Morals and Politics* (Shklar 1964) bis hin zu ihrem 1987 gehaltenen Vortrag über „Politische Theorie und die Herrschaft des Gesetzes“ (Shklar 2017 [1987]) entwickelte Shklar eine kontextualistische Analyse des Rechts, die es in ihren gesellschaftshistorischen und kulturellen Bedingungen situiert und die dabei versucht, die normative Skepsis zu vermeiden, in die ein solcher Kontextualismus stets zu führen droht. Die Spannung zwischen der gesellschaftshistorischen Funktion des Rechts und seinem normativen Gehalt markiert die beiden Pole, zwischen denen sich ihre Reflexionen bewegen, ohne dabei je den Zustand eines Gleichgewichts zu erreichen. In Shklars Arbeiten begegnen sich „Faktizität“ und „Geltung“ des Rechts als unversöhnte Dimensionen (Habermas 1992).

In diesem Aufsatz betrachten wir zunächst Shklars frühes Buch *Legalism. An Essay on Law, Morals and Politics*, in dem sie zwischen Aspekten des Legalismus als Ideologie, als schöpferische Politik und als Ethos des Rechts unterscheidet. Shklars Kritik am Völkerstrafrecht, dem die zweite Hälfte von *Legalism* gewidmet ist, wird heute von jenen wiederbelebt, die ihre Skepsis teilen. Aber diese Rückbesinnung stellt die Feinheiten ihrer Position falsch dar und muss gegen ihre robuste Rechtfertigung der Nürnberger Prozesse in ihrer Legitimität abgewogen werden, die es verdient, so unser Argument, zusammen mit Hannah Arendts *Eichmann in Jerusalem* betrachtet zu werden.

Im Laufe der Jahre versuchte Shklar, genauer zwischen der „Herrschaft des Gesetzes“ (*rule of law*), die sie weiterhin konsequent verteidigte, und dem „Legalismus“ als fehlge-

---

\* Seyla Benhabib, Yale University  
Kontakt: seyla.benhabib@yale.edu  
Paul Linden-Retek, Yale University  
Kontakt: paul.linden-retek@yale.edu

leiteter Theorie und Praxis zu unterscheiden. Die Skepsis, die aus ihrer frühen Arbeit sprach, ging in die differenziertere, mildere Analyse der Herrschaft des Gesetzes ihrer späteren Schriften über. Dieser Unterscheidung wenden wir uns in der zweiten Hälfte dieses Textes zu.

## 1. Legalismus: Ein Essay über *mentalité*

In dem direkten und bissigen Stil, der ihr Markenzeichen wurde, stellt Shklar fest: „Dies ist also ein polemisches und eigensinniges Buch. Allerdings soll es nicht destruktiv sein. [...] Sein Ziel ist, durch die deutliche Konfrontation inkompatibler Positionen eine Auseinandersetzung anzuregen, und nicht bloß, die manierliche akademische Ordnung etwas durcheinander zu bringen.“ (Shklar 1964: viii) Shklars Wunsch, Kontroversen zu schüren, wurde nicht erfüllt. In der Zeit seines Erscheinens wurde das Buch von Rechtstheoretikern und politischen Philosophen weitgehend ignoriert.<sup>1</sup> Dennoch markierte es das Zusichkommen einer singulären deutsch-jüdischen Stimme, die jünger war als die Hannah Arendts und Leo Strauss', die in diesen Jahren die politische Theorie an amerikanischen Universitäten dominierten.

Die Nürnberger Prozesse und die McCarthy-Anhörungen noch frisch im Gedächtnis, positionierte sich Shklar in *Legalism* gegen die übermäßige Selbstgefälligkeit der liberalen Demokratien. Sie schrieb über ihren Beitrag, in dem sie eine ziemlich klare Grenze zwischen den Ideologien des marktliberalen Kapitalismus und der politischen Essenz des Liberalismus zog:

„Er ist schlicht und ergreifend eine Verteidigung gesellschaftlicher Vielfalt, beseelt von jenem Elementarliberalismus, der die Fortschrittsannahme hinter sich gelassen hat und keiner spezifischen Wirtschaftsordnung anhängt; er ist allein der Überzeugung verpflichtet, dass Toleranz eine Kardinaltugend ist und dass eine Vielfalt von Überzeugungen und Handlungsweisen nicht einfach nur ertragen, sondern in Ehren gehalten und gefördert werden muss. Die all dem zugrundeliegende Annahme ist, dass gesellschaftliche Vielfalt nun einmal die vorherrschende Bedingung moderner Nationalstaaten *ist* und dass man sie unterstützen *soll*.“ (Shklar 1964: 5)

Was ist Legalismus? „Legalismus bezeichnet jene ethische Einstellung, die besagt, dass moralisches Verhalten eine Frage von Regelbefolgung ist und moralische Beziehungen aus von Regeln bestimmten Pflichten und Rechten bestehen.“ (Shklar 1964: 1) Diese Behauptung deutet zunächst darauf hin, dass Shklar sich mit einer bestimmten Art von Moralphilosophie beschäftigen wollte. In der Tat hätte sie, die später ein Buch über die *Phänomenologie des Geistes* schreiben würde (Shklar 1976),<sup>2</sup> an Hegels Einwände gegen den Legalismus und den abstrakten Rigorismus der kantischen Moralphilosophie denken können. Doch obwohl sie der Kritik kantischer Moral einige Seiten widmet (Shklar 1964: 47–49, 57), ging es ihr nicht um Moraltheorie, sondern eher um den Legalismus als einer Art des Rechtsdenkens, das sich der Isolierung des Rechts von der Moral und von der Politik verschrieben hat. Der erste Teil des Buches besteht in einer Kritik naturrechtlicher Theorien und des analytischen Positivismus – einschließlich der Positionen Hans Kelsens und

1 Samuel Moyn stellt fest, wie wenige Rezensionen in juristischen Zeitschriften erschienen, und kontrastiert dies mit den immer zahlreicher werdenden Verweisen auf ihre Arbeit in den letzten Jahren (Moyn 2014 [2013]: 500). Frühe Übersichten von Shklars Buch geben: Bedau 1967; Braun 1967; Aumann 1965.

2 In ihrem Interview mit Judith Walzer stellt Shklar fest, dass sie mit diesem Buch am wenigsten zufrieden war (Walzer 1981).

H. L. A. Harts. Versucht der analytische Positivismus, das Recht durch ideologische Neutralität und Formalismus sowohl von der Politik als auch von der Moral abzugrenzen, richten naturrechtliche Ansätze ihr Augenmerk auf Recht und moralische Einigkeit, was wiederum mit Vielfalt und Toleranz unvereinbar ist (Shklar 1964: 5). Shklar hält ihre Kritik am Legalismus für auf beide Perspektiven gleich gut anwendbar, was aber wenig überzeugend erscheint. Die Schwierigkeit bei Naturrechtstheorien besteht nicht in der *Trennung*, sondern in der *Vereinigung* von Recht und Moral und sogar von Recht und Politik (Shklar 1964: 8). Das eigentliche Ziel ihrer Kritik ist die rechtspositivistische Tradition und insbesondere die Frage, wie diese Tradition das Verhältnis von Legalismus und Liberalismus versteht. Im Zuge dessen macht Shklar eine Reihe von den Legalismus betreffenden Unterscheidungen, die die Schärfe ihrer ursprünglichen These zu verwischen beginnen.

Legalismus wird als die „Ideologie“ seiner Praktiker bezeichnet, und zwar dies insofern sie glauben, dass das Rechtssystem mit der Herrschaft des Gesetzes identisch sei und das Recht auf formal korrekter Rationalität in dem von Max Weber eingeführten Sinne beruhe (Shklar 1964: 21). Ihr erscheint dieser Glaube ideologisch: Die Zwangsmacht des Rechts und die Tatsache, dass ihm von seinen Adressaten Folge geleistet wird, sind nicht nur Fragen der rechtlichen Sanktionierung und der Rechtsdoktrin, vielmehr müsse das Recht als „Teil eines gesellschaftlichen Kontinuums“ angesehen werden (Shklar 1964: 3, 35).

Diese Kritik am juristischen Formalismus und ihr Insistieren darauf, dass man das Recht in einem gesellschaftlichen Kontext betrachten müsse, hat manche dazu verleitet, Shklar als „Postmodernistin“ (White 1991) zu bezeichnen oder sie – etwas plausibler – eine Vorläuferin der Kritischen Rechtslehre zu nennen (Moyn 2014 [2013]).<sup>3</sup> Keine der beiden Einordnungen wird Shklars eigener Darstellung des Verhältnisses von Legalismus und Liberalismus gerecht. Sie selbst versuchte diese Beziehung in einer paradoxen Formel zu erfassen:

„Das große Paradoxon, das hier zutage tritt, besteht darin, dass der Legalismus als *Ideologie* zu unflexibel ist, um das enorme Potenzial des Legalismus als *schöpferische Politik* zu erkennen, und sich stattdessen in der Verkündigung traditioneller Artigkeiten und Prinzipien erschöpft, die nie realisiert werden können. Darin besteht natürlich der dauerhafte Charakter von Ideologien. Das sollte einen aber in diesem Fall nicht dazu verführen, die Größe des Legalismus als *Ethos* zu vergessen, wenn er sich in den charakteristischen Institutionen des Rechts ausdrückt.“ (Shklar 1964: 112, Hervorhebung d. A.)

Der Legalismus hat also mindestens drei Dimensionen: Er ist eine *Ideologie*, eine *schöpferische Politik* und ein *Ethos des Rechts*. Es ist in der Tat paradox, dass der Legalismus, wenn er eine Ideologie bezeichnet, auch als schöpferische Politik angenommen und als Ethos bewundert werden sollte. Praktiker bevorzugen eine Politik gegenüber einer anderen und übernehmen ein Ethos statt eines anderen, gerade weil sie glauben, dass sie gute und berechtigte Gründe dazu haben. Meinten sie, diese Politik oder dieses Ethos sei *nur* ideologisch, dann wären sie weniger schnell zur Akzeptanz bereit. Doch unter „Ideologie“

3 Shklar erwähnt diese Selbstbeobachtungen im Vorwort zur Neuauflage von *Legalism* (Shklar 1986 [1964]: xi–xii). „*Legalism*, das mir unter allen meinen Büchern das liebste ist, verwandelte sich schnell von einem radikalen Skandalon in einen konventionellen Gemeinplatz, wenn man es mit den ›Angriffen‹ der Kritischen Rechtslehre vergleicht.“ (Shklar 1996 [1989]: 274–275) Vgl. dazu auch West: „In den vierzig Jahren seit dem Erscheinen von Shklars Buch hat nicht alles, aber vieles in ihm den Test der Zeit bestanden“ (West 2003: 122).

versteht Shklar nicht „falsches Bewusstsein“ oder „Verblendung“ im marxistischen Sinne, sondern „eine Reihe persönlicher Reaktionen auf soziale Erfahrungen, die, oft unmerklich, alle unsere Kategorien von Gedanken einfärben.“ (Shklar 1964: 41) Legalismus ist für „Ideenhistoriker“, als die sich Shklar auch bezeichnet (Shklar 1964: vii), bereits an sich betrachtet ideologisch – nicht weil er eine Form von falschem Bewusstsein wäre, sondern weil er die unvermeidliche Perspektive der Praktiker eines „reifen Rechtssystems“ reflektiert (Shklar 1966: 53), wie sie etwa in den Theorien von J. L. Austin, Kelsen und Hart zum Ausdruck kommt. In diesem Sinne scheint „Ideologie“ so etwas zu meinen wie die *unvermeidlichen Voraussetzungen, ohne die eine Praxis keinen Sinn ergäbe*. Um die Sprache des späten Wittgenstein zu verwenden: Einige Regeln sind konstitutiv dafür, was es heißt, Poker zu spielen oder Algebra zu betreiben, und für den Pokerspieler sowie denjenigen, der Algebra-Probleme löst, ist eine gewisse Perspektive unvermeidlich. Und doch ist auch dies nicht, was Shklar im Sinn hat, denn sie leugnet, dass das, was als „unvermeidliche Perspektive des reifen Rechtssystems“ bezeichnet wird, *den konstitutiven Regeln und Praktiken* eines Systems entspreche, ohne dessen Annahme man kein Spieler oder Problemlöser sein kann; vielmehr schlägt sie vor, dass die radikale Trennung des Rechts von Moral und Politik eine *Wahl* ist und keine *epistemische Unvermeidlichkeit*.

Mit *In Defense of Legalism*, einem Aufsatz, der kurz nach der Veröffentlichung ihres Buches geschrieben wurde, führte Shklar eine vierte Begriffsdimension ein. „Legalismus“ bezeichnet hier eine *theoretische* Betrachtungsweise des Gesetzes durch Moralphilosophen, Juristen und andere. Das betont nicht mehr die Perspektive des Rechtspraktikers, sondern die des Außenstehenden, der versucht, Rechtssysteme zu *verstehen*. Sie fragt: „Welche moralischen Haltungen und politischen Ideologien sind mit ‚reifen‘ Rechtssystemen vereinbar und welche nicht? Welche gesellschaftlichen Haltungen bestärken und unterstützen das Recht? Was sind die gesellschaftlichen Grenzen legalistischer Sitten?“ (Shklar 1966: 53) Mit dem Hinweis, dass Rechtstheoretiker diesen Fragen zu wenig Beachtung zuteil werden ließen, zitiert sie Max Weber, der sie bereits diskutiert habe: „Zwischen Geltung und Nichtgeltung einer bestimmten Ordnung besteht also für die Soziologie nicht, wie für die Jurisprudenz (nach deren unvermeidlichem Zweck), eine absolute Alternative. Sondern es bestehen flüssige Übergänge zwischen beiden Fällen.“ (Shklar 1966: 53; Weber 1976: 17)

So notwendig aber Kontextualisierung und eine soziologische Haltung für die Entmystifizierung legalistischer Rechtstheorien auch sein mögen – können wir wirklich mit allem Nachdruck dazu raten, dass der Legalismus von Juristen angenommen werden sollte, obwohl wir wissen, dass es eine historisch kontingente Perspektive ist, die nur die Vorlieben eines bestimmten gesellschaftlichen Milieus widerspiegelt? Shklars intellektuelle Aufrichtigkeit ließ sie diese Frage direkt angehen. „Jeder, der behauptet, dass Gerechtigkeit eine Politik darstellt und der Rechtsprozess nicht die Antithese der Politik ist, sondern nur eine Form der politischen Handlung unter anderen, muss mit gewissen empörten Anschuldigungen rechnen.“ (Shklar 1964: 143) Aber die Antwort darauf laute, dass es „solche und solche Politik gibt“ (ebd.). Im Gegensatz zu Siegerjustiz und Schauprozessen finden sich „Momente, in denen politische Prozesse tatsächlich liberalen Zwecken dienen können, wenn sie legalistische Werte in einer Weise fördern, die zur konstitutionellen Politik und zu einem anständigen Rechtssystem beitragen. Der Hauptkriegsverbrecherprozess durch das Internationale Militärtribunal in Nürnberg hatte wahrscheinlich diesen Effekt.“ (Shklar 1964: 145) Ist das eine zufriedenstellende Antwort? Kann Shklar wirklich die Vorwürfe der Nürnberger Prozesse als „Siegerjustiz“ entkräften? Bevor wir uns ihrer

Darstellung der Nürnberger Prozesse zuwenden, möchten wir die konzeptuellen Rätsel und die Unmöglichkeiten betonen, die darin bestehen, den Legalismus als Ideologie, Politik und Ethos zu versöhnen. Selbst im nicht-abwertenden Sinn von Ideologie ist es schwer, Legalismus als eine *Politik* zu verteidigen und sie als ein *Ethos* zu empfehlen, sobald sie durch die kontextuelle Arbeit des Ideenhistorikers entmystifiziert worden ist. Shklars Hauptziel der Versöhnung von Liberalismus und Legalismus bleibt unklar und paradox.

Samuel Moyn ist zu dem Schluss gekommen, „dass der Legalismus nicht nur als *edle Lüge* funktioniert, sondern funktionieren muss: Die Philosophen und vielleicht auch die eingeweihten Wächter wissen um seine Lügenhaftigkeit, lassen aber seine Anhänger weiter in dem Glauben, er sei wahr, weil allein der Mythos ihr Verhalten ermöglicht.“ (Moyn 2014 [2013]: 704, Hervorhebung d. A.) Moyn widerspricht ganz radikal Shklars allzu zuversichtlicher Einschätzung des Einflusses von Nürnberg auf das Nachkriegsdeutschland und seinen juristischen Entwicklungen. Er bezweifelt, dass die deutsche Bevölkerung nach der übermäßigen Politisierung des Rechts unter dem NS-Regime bereit war, sich einer humaneren und liberaleren Politik zuzuwenden – „dass sie sich für einen Legalismus entschied, von dem sie wusste, dass er ein Mythos ist, den sie aber allein und ganz bewusst seiner politischen Nützlichkeit wegen wählte.“ (ebd.) Offensichtlich liegt, wie Moyn hinzusetzt, die „Schwierigkeit mit legalistischen Mythen [...] darin – und man kann sich darüber streiten, ob das nun verhängnisvoll ist oder nicht –, dass Menschen von der Wahrheit Wind bekommen.“ (ebd. 705)

Hier muss man äußerst vorsichtig sein. Für Shklar ist Legalismus keine Lüge, ob edel oder nicht. Sie besteht darauf, dass ihre Überlegungen „nicht auf eine Kritik des Legalismus als Ethos abzielen oder auf das Recht als Institution. Es muss wiederholt werden: In dieser Unternehmung besteht die Hoffnung darin, ein höheres Maß an gesellschaftlicher Selbsterkenntnis würde den Legalismus zu einer effektiveren *gesellschaftlichen Kraft* werden lassen, zu einer einfacher zu verstehenden und zu verteidigenden *politischen Ideologie* und schließlich zu einem nützlicheren Begriff für die *Gesellschaftstheorie*.“ (Shklar 1966: 58, Hervorhebung d. A.) Shklar war vielleicht zu optimistisch, als sie glaubte, dass „ein höheres Maß an gesellschaftlicher Selbsterkenntnis“ nicht stattdessen zu einer skeptischeren und abwertenderen Haltung gegenüber dem Legalismus in all seinen Dimensionen führen würde, aber sie als „edle Lüge“ zu verteidigen, war nicht ihre Absicht. Nirgends sind die Spannungen zwischen diesen komplexen Dimensionen deutlicher als in ihrer Analyse der Nürnberger und Tokioter Prozesse.

## 2. Völkerstrafrecht und Legalismus

Shklar gehörte zu den ersten, die sich mit den philosophischen Rätseln des Völkerstrafrechts in der Nachkriegszeit auseinandersetzten. „Es gab und gibt kein System des Völkerstrafrechts“, schrieb sie, „ebensowenig wie es eine internationale Gemeinschaft und internationale politische Institutionen gibt, um Strafgesetze zu formulieren oder dauerhaft durchzusetzen.“ (Shklar 1964: 157)<sup>4</sup> Trotz dieser streitbaren Einwände gegen das Völker-

4 Shklars Beobachtungen zu den konzeptionellen Absurditäten der „Tokyo Trials“ und ihre sarkastischen Kommentare über die Arbeit des Chefanklägers Joseph Keenan nahmen Einiges der postkolonialen Kritik am Völkerrecht in unserer Zeit vorweg. (Shklar 1964: 181 ff.) Keenans Behauptung, die „christlich-jüdischen

strafrecht kommt sie zu der überraschenden Schlussfolgerung: „[W]as die Nürnberger Prozesse so bemerkenswert macht, ist, dass sie in Abwesenheit einer strengen legalen Rechtfertigung ein großer legalistischer Wurf waren, die legalistischste aller möglichen Politik und als solche eine eindrucksvolle Inspiration für das legalistische Ethos.“ (Shklar 1964: 170; vgl. West 2003: 122 ff.; Dickson 2015: 193 f.) War der Prozess auch politisch, da er darauf abzielte, einen politischen Feind und seine Ideologie zu eliminieren, „brauchte er weder legalistischen noch liberalen Werten einen Grund zu Verstimmungen zu geben“. Und „nur weil die Verbrechen gegen die Menschlichkeit das moralische Zentrum des Prozesses bildeten, war all dies möglich.“ (Shklar 1964: 170)

Es ist überraschend, dass sich Shklar unter den drei im Prozess betrachteten Anklagen – Verbrechen gegen den Frieden oder das Führen eines Angriffskrieg, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit – so eindringlich auf den letzten Punkt konzentrierte. Ihre Gründe waren die folgenden: Sie glaubte, dass die erste Anklage gegen die Nazis zu Recht der Argumentation des *tu quoque* unterlag (Shklar 1964: 161), dass also die über die Nazis richtenden Staaten nicht weniger verbrecherische Handlungen gegen den Frieden begangen hatten. Die Anklage, die Nazis hätten sich Kriegsverbrechen schuldig gemacht, hält Shklars für korrekt, weist aber darauf hin, dass sie zudem Taten begangen hatten, die über das Haager Abkommen von 1907, das der französische Vertreter des Tribunals als das bindende Dokument betrachten wollte, weit hinausgingen. Shklar war wie Hannah Arendt der Überzeugung, dass die Anklage der Verbrechen gegen die Menschlichkeit das Novum der von den Nazi verübten Taten war: „Zu behaupten, die Anklage wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit sei unbekannt gewesen, ist also kein Argument gegen sie.“ (Shklar 1964: 163)

In *Eichmann in Jerusalem* hatte Hannah Arendt das Argument vorgebracht, das Jerusalemer Gericht habe Eichmann in erster Linie wegen „Verbrechen gegen das jüdische Volk“ verurteilt und „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ sei nur als dritte und getrennte Anklage genannt worden (Arendt 1986 [1963]: 373; vgl. Benhabib 2011: 41–57). Im dramatischen Epilog zu *Eichmann*, der mit der Stimme der Richter von Jerusalem sprach, erklärte Arendt, was Verbrechen gegen die Menschlichkeit für sie bedeuteten (1986 [1963]: 372–404). Der Völkermord, das höchste der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, sei ein Angriff auf den menschlichen Status und die menschliche Pluralität, die Bedingung, unter der „dem Geschlecht der Menschen das Leben auf der Erde gegeben ist.“ (Arendt 2002 [1958]: 16) Für Arendt war nichts Geringeres als eine vollwertige ontologische Verteidigung der menschlichen Pluralität notwendig, um die Bedeutung zu rechtfertigen, die den Verbrechen gegen die Menschlichkeit und ihrem Höhepunkt, dem Völkermord, zukam.

Shklar sagt nichts über die rechtliche oder moralische Rechtfertigung der Anklage wegen „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“. Zweifellos würde sie Arendts ontologi-

---

Absoluta von Gut und Böse“ besäßen universelle Gültigkeit, hält Shklar entgegen: „Was um alles in der Welt sollte die jüdisch-christliche Ethik den Japanern bedeuten?“ (ebd.: 183) Aber protestierte Shklar nur gegen die Begriffsstutzigkeit der amerikanischen Staatsanwaltschaft oder hatte sie einen radikaleren Einwand, etwa gegen die Legitimität, einen Prozess für Kriegsverbrecher über so große kulturelle Unterschiede hinweg zu führen? Warum konnte man die Tokioter Prozesse nicht so sehr als eine Art „schöpferischer Politik“ betrachten wie die von Nürnberg? Schließlich war Japan von den westlichen Legalitätskonzeptionen nicht so weit entfernt und wusste mehr über sie als Shklar womöglich annahm. Für eine aktuelle und kluge Darstellung der Kontroversen über die Legitimität der Tokioter Kriegsverbrecherprozesse im Lichte neuer historischer Befunde vgl. Totani 2008. Für eine postkoloniale Kritik des Völkerrechts vgl. Anghie 2007.

sche Verankerung dieses Konzepts in der menschlichen Bedingtheit der Pluralität als eine Variante des Naturrechtsdenkens abtun. Können wir uns damit zufriedengeben, einfach ein neues Strafstatut für neue und beispiellose Akte einzuführen? Bekanntlich erhoben die deutschen Verteidiger sowohl in Nürnberg als auch während des Eichmann-Prozesses immer wieder den Einwand des *nulla crimen, nulla poene sine lege* („kein Verbrechen, keine Strafe ohne Gesetz“) – obwohl niemand so weit ging zu behaupten, dass die Massentötung unschuldiger Zivilisten, Frauen und Kinder eine berechnete Kriegshandlung gewesen wäre. Vielmehr argumentierten sie, dass der allgemeine verbrecherische Charakter des Regimes keine andere Wahl ließ, als den Willen des Führers als Gesetz des Landes zu betrachten. In diesem Sinne war Legalität im Dritten Reich identisch mit Kriminalität. Diese Form eines pervertierten legalistischen Bewusstseins, die von Eichmann und anderen vorgebracht wurde, war offensichtlich auch das, was Shklar selbst unter Legalismus verstand – ein blinder Gehorsam gegenüber Befehlen und dem Gesetz des Landes, ganz gleich, wie pervers und kriminell sie auch sein mögen. Indem sie jedoch das Konzept der „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ so unausgearbeitet und philosophisch unbegründet ließ, blieb ihre eigene Argumentation in der Frage der Siegerjustiz offen. „Was den Fall Eichmann anbelangt, so wirft er keine neuen Probleme für die Rechtstheorie auf“, schreibt sie. „Eichmann ist leider Gottes immer ein jüdisches Problem gewesen.“ (Shklar 1964: 155) Aus einem nicht-juristischen Blickwinkel betrachtet, müsse der Prozess nach seinem politischen Wert für die verschiedenen betroffenen jüdischen Gemeinden beurteilt werden, aber aus theoretischer Perspektive seien die Probleme in Nürnberg und im Eichmann-Prozess identisch, weshalb kein Grund bestanden habe, sie getrennt zu betrachten (ebd.). Wir haben gute Gründe, diese Schlussfolgerung anzuzweifeln, denn ohne die Beweise für den Völkermord an den Juden, der für die Nürnberger Prozesse nicht sonderlich wichtig war, hängt die Kategorie der Verbrechen gegen die Menschlichkeit im luftleeren Raum. In diesem Sinne hat der Eichmann-Prozess sehr viel mehr zum Projekt des Völkerstrafrechts beigetragen, als Shklar vielleicht zuzugeben bereit war.

### 3. Die Moral des Rechts und die Hart-Fuller-Debatte

Die Moral und Legalität des Hitler-Regimes beschäftigte freilich nicht nur Shklar. In seinem berühmten Austausch mit Lon Fuller nennt H. L. A. Hart den Fall einer Frau, die 1944 ihren Mann loszuwerden versuchte und ihn wegen beleidigender Bemerkungen über Hitler den Behörden denunziert hatte (Hart 1971 [1958]; Fuller 1958). Der Ehemann wurde verhaftet und zum Tode verurteilt, auch wenn man ihn nicht hinrichtete, sondern an die Front schickte. 1949 wurde die Frau vor einem westdeutschen Gericht wegen „rechtswidriger Freiheitsberaubung“ angeklagt. Sie plädierte darauf, dass sie unter Nazi-Gesetzen kein Verbrechen begangen habe. Das Berufungsgericht entschied auf ihre Schuld, denn das NS-Statut verstoße „gegen das Billigkeits- und Gerechtigkeitsempfinden aller anständig Denkenden“ (Hart 1971 [1958]: 43–44). Hart bemerkte trocken, die „uneingeschränkte Befriedigung über dieses Ergebnis scheint mir eine Art von Hysterie zu sein.“ (ebd.) Die Hart-Fuller-Debatte von 1958 ist das Scharnier, das in *Legalism* das Kapitel über „Recht und Moral“ mit jenem über „Recht und Politik“ verbindet (Shklar 1964: 107–111). Shklar hält diese Debatte für entscheidend, weil die Herrschaft des Gesetzes – wenn sie irrtümlicherweise nur als die gleiche Anwendung von Regeln auf ähnliche Fälle verstanden wird, egal wie grundlegend oder strukturell besonders diese sein mögen – dem

anhaltenden Pluralismus normativer Werte, der historischen Entwicklung politischer Institutionen und dem Einsatz öffentlicher Macht nicht gerecht werden könne. Und doch ist für sie der Austausch eine enttäuschende Veranschaulichung des bedauerlich „ermüdenden“ Zustands der Debatten zwischen Naturrechtlern und Rechtspositivisten und sei „im Wesentlichen ein Familienstreit zwischen Legalisten“ gewesen. Beide Seiten bestätigten die „Notwendigkeit, Regeln zu befolgen“, unterschieden sich aber hinsichtlich dessen, was „Rechtstreue“ bedeute (Shklar 1964: 106). Shklar versteht Harts eindeutig positivistische Position so, dass die Herrschaft des Gesetzes den Richter dazu verpflichte, gültige Regeln anzuwenden, so unerwünscht oder ungerecht sie auch sein mögen. Eine bestehende Regel aufgrund ihrer Ungerechtigkeit auszusetzen oder zu kippen, würde für Hart den Rahmen der Legalität als solcher umstürzen. Nach Shklars Verständnis ordnet der Positivismus dem Gesetz einen Wert zu, der sich von seiner Moralität unterscheidet: Es ist eine Sicherheit von „Erwartungen, die auf bestehenden Regeln basieren“, für die definitionsgemäß die Einhaltung der legalistischen Moral als Regelbefolgung wesentlich ist (Shklar 1964: 107).

Gegen Hart argumentierte Fuller bekanntermaßen, die Aufrechterhaltung der Legalität erfordere die Bewahrung der grundlegenden „inneren Moral des Gesetzes“, auch wenn dies eine rückwirkende Bestrafung oder andere Abweichungen vom normalen Verlauf der positivistischen Regelbefolgung im engsten Sinne nach sich zöge. Es gehe um die Frage, schreibt Shklar, „ob das Recht so definiert werden kann, dass es die Gerechtigkeit ausschließt oder nicht, oder zumindest, ob seine teilweise Einbeziehung auch das Bekenntnis zu einer dem Gesetz innewohnenden Moral mit sich bringt.“ (Shklar 1964: 108) Sie hält Fullers Beharren auf einer „inneren Moral“, die für die Legalität konstitutiv und dem Gesetz als solcher immanent ist, für „seltsam“. Fuller versuchte, ihrer Meinung nach wenig überzeugend, anti-positivistische Einsichten in die positivistische Legalität zu integrieren, ohne auf die außergesetzlichen Quellen des Naturrechts zurückzugreifen. Das Ergebnis blieb auf jeden Fall dasselbe wie dasjenige Harts: Es bedeutete ein Streben nach „legalistischer Moral“, nach „der gleichen Anwendung von Regeln [...] – vorbestimmt, bekannt und akzeptiert“, ganz im Einklang mit „der juristischen Gewohnheit, das Recht als einfach ‚da‘ zu behandeln.“ (Shklar 1964: 109) Fuller ziele darauf ab, seine Prinzipien gegen den Vorwurf zu verteidigen, sie seien lediglich instrumental für eine effektive Gesetzgebung; sie sollten darüber hinaus eine grundlegende „Gegenseitigkeit zwischen Regierung und Bürger in Bezug auf die *Einhaltung von Regeln*“ zum Ausdruck bringen (Fuller 1969: 39). Trotz Fullers Beharren auf ihrer Fähigkeit, die Menschenwürde zu schützen (Fuller 1969: 162), waren diese Prinzipien immer noch streng formal, und er behauptete nachdrücklich, Legalität sei nur durch ihre Form mit der Gerechtigkeit verbunden. Nach Shklars Lesart reproduziert Fuller so den abstrakten Legalismus der Kant'schen Moraltheorie, wie sie von Hegel kritisiert worden war, und sie wirft ihm vor, den Richter „vom normativen und politischen Kontext, innerhalb dessen seine Erwägungen stattfinden“, zu trennen (Shklar 2017 [1987]: 138). Harts Erwiderung – dass Fullers Betonung der formalen Konsistenz des Rechts und der Regelbefolgung dennoch „mit sehr großer Ungerechtigkeit vereinbar“ sei (Hart 2011 [1961]: 224 f.) – erscheint ihr als offensichtlich und unausweichlich (Shklar 1964: 109).

#### 4. Politische Theorie und die Herrschaft des Gesetzes

Zwei Jahrzehnte später kehrt Shklar zur Unterscheidung zwischen Legalismus und Herrschaft des Gesetzes zurück. Erneut vermeidet sie, sich auf dem Spektrum der zeitgenössischen Debatten über die korrekte theoretische Formulierung der „Herrschaft des Gesetzes“ zu verorten, das sich von einem formalen bis zu einem materiellen Pol erstreckt, von denen jeder „dichtere“ oder „weniger dichte“ Varianten besitzt. Wo sich *formale* Auffassungen mit den „richtigen Quellen und der richtigen Form der Legalität“ befassen, beziehen *materielle* Theorien zusätzlich „Anforderungen an den Inhalt des Gesetzes“ ein (Tamanaha 2004: 92). Formale Konzepte betonen die ordnungsgemäße Verkündung oder Autorisierung des Gesetzes und wenn nicht alle, so doch viele bekanntermaßen von Lon Fuller genannten Elemente: Rechtsklarheit, Allgemeinheit oder Generalisierbarkeit, Publizität, die Widerspruchsfreiheit des Gesetzes, seine Stabilität in der Zeit und das Rückwirkungs- und Undurchführbarkeitsverbot (Fuller 1969: Kapitel 2). Zusammen bilden sie eine Reihe formaler Anforderungen, die die Herrschaft des Gesetzes als eine besondere Form sozialer Organisation auszeichnen. In der Tat erkennen „dichtere“ Interpretationen dieser formalen Darstellung der Herrschaft des Gesetzes in ihr eine intrinsische Disziplin und was Fuller eine „innere Moral“ nannte, die ein „prozedurales Naturgesetz“ darstellt (Fuller 1969: 96).

Im Gegensatz dazu sagen materielle Theorien durchaus etwas über diese Dinge aus. Am deutlichsten vertreten durch das Werk von Ronald Dworkin leugnen diese Theorien, dass materielle Gerechtigkeit von Legalität unabhängig ist, denn sie betrachten die formalistische Abgrenzung von Verfahren und Materie als inkohärent. Sie „verlangen als Teil des Rechtsideals, dass die Regeln des Gesetzbuches moralische Rechte erfassen und durchsetzen“, wie es in der Analyse des Richters auf der Grundlage der Prinzipien von Demokratie, Gleichheit, Freiheit, individuellen Rechten oder anderen Kriterien der Moral und Gerechtigkeit zum Ausdruck kommt (Dworkin 1978: 262). Solche materiellen Kriterien liegen dem Begriff der Herrschaft des Gesetzes selbst zugrunde und sie können damit zur Unterscheidung von „gutem“ und „schlechtem“ Recht verwendet werden.

Ein Blick auf die Mitte der achtzigerjahre laufende Debatte um die genauen Abgrenzungen zwischen formellen, prozeduralen, materiellen und naturrechtlichen Konzeptionen bei Lon Fuller, Joseph Raz, Ronald Dworkin und anderen hätte Shklar womöglich diese Klassifikationen und ihre verschwommenen Übergänge analysieren und die von ihnen offengelassenen oder nur halbwegs beantworteten Fragen hervorheben können. Aber sie entschied sich, die Alternativen, wie sie die Debatte vorgelegt hatte, nicht zu bewerten; stattdessen griff sie die Begriffe dieser Debatte selbst an. Sie argumentierte, dass der Begriff der „Herrschaft des Gesetzes“ seine politische Vitalität verloren habe. Er sei abstrakt geworden, allem Kontakt mit seinem politischen, sozialen und historischen Kontext beraubt, weil die zeitgenössischen Rechtstheorien „das Gefühl dafür verloren haben, worin die ursprünglichen politischen Ziele der Herrschaft des Gesetzes als einem Ideal bestanden, und ihr keine plausible Neuformulierung entgegenstellen können.“ (Shklar 2017 [1987]: 109) Die Herrschaft des Gesetzes in den Begriffen formalistischer und materieller Ansätze zu konzeptualisieren, sei selbst eine Verzerrung, ein Produkt des Problems, das sie fast zwanzig Jahre zuvor als „Legalismus“ diagnostiziert hatte – dem fehlgeleiteten Versuch, das Gesetz von Kontext und Zielen der Moral und Politik zu isolieren.

Genau wie sie es in *Legalism* getan hatte, tritt Shklar in die Debatte um die Herrschaft des Gesetzes ein, um ihr einen neuen Rahmen zu geben und ihre zugrundeliegenden An-

nahmen und Bestrebungen zu verunsichern. Ihre Leitfrage lautet: Was macht das Ideal der Herrschaft des Gesetzes überhaupt erstrebenswert? Das ist nicht gleichbedeutend mit der Frage, ob die Herrschaft des Gesetzes ein politisch oder moralisch neutraler Begriff ist oder ob er am besten formell oder materiell zum Ausdruck kommt. Shklar ist auf ein vorgängigeres, genealogisches Korrektiv und eine Mahnung aus: Sie untersucht die Bedingungen, die eine jede Konzeptualisierung des Rechtsstaates verständlich, ja politisch relevant machen.

Um diese Frage zu beantworten, erinnert Shklar an „zwei deutlich unterschiedene Archetypen“ (ebd.: 109), zwei Idealtypen der Herrschaft des Gesetzes aus der Geschichte des politischen Denkens: Aristoteles und Montesquieu. Aristoteles' Herrschaft des Gesetzes ist die Herrschaft der Vernunft in der Politik – ein umfassendes Ideal, das „eine enorme ethische und intellektuelle Tragweite“ besitzt (ebd.: 110). Seine „wichtigste Bedingung“ war das unparteiische Urteil des Weisen, „die dauerhafte Gesinnung, fair und gesetzestreu zu sein“ und „syllogistisch zu schlussfolgern“ (ebd.: 113). Der Gesundheitszustand der Polis hängt von der Vermittlung dieses Denkvermögens des „Urteilenden“ ab, obwohl dieses Vermögen zugegebenermaßen auf eine begrenzte Teilmenge der Bevölkerung beschränkt ist und der Ansatz natürlich mit der Sklavengesellschaft des antiken Athen und modernen faschistischen oder Apartheidsstaaten gleichermaßen „aufs Beste verträglich“ ist (ebd.: 116, 110). Montesquieu dagegen versteht die Herrschaft des Gesetzes enger als „jene institutionellen Beschränkungen, die Regierungsvertreter davon abhalten, den Rest der Gesellschaft zu unterdrücken.“ (ebd.: 110) Das Recht schützt hier nicht das gute Leben, sondern entlastet das Individuum von der Willkür der Regierenden. Es „erfüllt nur einen fundamentalen Zweck – die Freiheit von Furcht“ zu gewährleisten (ebd.: 117). Und obwohl er dahingehend in seinen Ambitionen begrenzter ist, ist Montesquieus Konzeption auch umfassender als die des Aristoteles, denn sie zielt auf alle und den Nutzen aller.

Wo sich zeitgenössische Darstellungen der Herrschaft des Gesetzes auf diese Archetypen berufen, seien sie tatsächlich Verzerrungen, haben sie doch „die politischen Ziele und Umstände, die ihnen ihre Bedeutung gaben, heute vergessen“ (ebd.: 109). Die Geschichte des Rechtsdenkens bestehe aus einer Reihe von Formalisierungsbewegungen und philosophischen Abstraktionen, die jene ursprünglichen Laster und Tugenden verdunkelt hätten, die das Interesse an der Herrschaft des Gesetzes belebten. Shklar schreibt eine Geschichte des Vergessens.

In Anlehnung an Montesquieu verwirft sie das Werk von A. V. Dicey, Friedrich von Hayek und Roberto Unger. Dicey trivialisiere die ursprüngliche Furcht vor Willkürherrschaft als eine engstirnige Beschäftigung mit dem formalen Zugang zu den bestehenden englischen Gerichten und der Gewissheit, dass alle Fälle nur von diesen Richtern beurteilt würden. Über Diceys Formulierungen schreibt Shklar: „Nicht die Struktur oder die Zwecke gerichtlicher Sorgfalt, sondern lediglich ihre Formen wurden also wichtig für die Freiheit.“ (ebd.: 121) Gleichermäßen ablehnend steht sie Hayeks Ersetzung der Furcht vor willkürlicher Unterdrückung und Verfolgung durch die Sorge um die unsichere Willkür, die durch menschliche Unwissenheit verursacht wird, gegenüber. Hayeks Herrschaft des Gesetzes zielt auf allgemeine und prospektive Prinzipien, die der „Förderung des freien Marktes“ dienen, es Einzelpersonen ermögliche, um der Minimierung von Konflikt und Ineffizienz willen grundlegende Regeln des gesellschaftlichen Verhaltens zu verinnerlichen, und all dies ohne Rückgriff auf solche Arten von Sozialplanung zu erreichen, die im Totalitarismus endeten. Shklar stößt sich nicht nur an der reinen Zwecklosigkeit von

Hayeks Regeln für die „spontane Ordnung“ („Sie passen an, aber sie ordnen nicht“, ebd.: 124), sondern auch an der ahistorischen Qualität der „nicht zu falsifizierenden Annahmen über menschliche Unwissenheit“ (ebd.: 128), auf denen Hayeks Ansatz beruht. Und ebenso, wenngleich spiegelbildlich, tadelt Shklar Roberto Ungers vorschnelle Entlarvung der verdeckten Hierarchien und Ausbeutung des liberalen Rechts dafür, eine oberflächliche Lesart Webers anstelle einer ernsthaften historischen Untersuchung anzubieten (ebd.: 130). Sie macht Ungers Vernachlässigung der historischen Argumentation auch für seinen gefährlichen Utopismus verantwortlich: „[S]olches zu wünschen verrät ein nur geringes Verständnis für die Zerbrechlichkeit persönlicher Freiheit, die der wirkliche und einzige Bereich der Herrschaft des Gesetzes ist.“ (ebd.: 137)

Shklar konzentriert sich anschließend darauf, wie die Schriften von Fuller und Dworkin auf analoge Weise mit Abstraktionen arbeiten, die die „Rationalität des Urteilens“ trivialisieren und deformieren, indem sie ihm die „ethischen und politischen Umstände“ entziehen, in denen er umgesetzt werden könnte (ebd.). Sie weist insbesondere darauf hin, dass Fullers und Dworkins Darstellungen die Figur des Richters dramatisch „vom normativen und politischen Kontext [trennen], innerhalb dessen seine Erwägungen stattfinden“ (ebd.: 138). Anders als Aristoteles habe Fuller in seiner Konzeption der „inneren Moral“ des Rechts nicht genauer bestimmt, „über welche Gesellschaftsform ein solches Rechtssystem herrschen würde, auch bietet er kein sonderlich deutliches Bild der anderen gesellschaftlichen Kontroll- und Zwangsinstitutionen in der Geschichte dieses Konzepts.“ (ebd.: 139) Und wo Shklar feststellt, dass Dworkin angemessener als Fuller seinen Richter Herkules im Verlauf der amerikanischen politischen Kultur verortet, wirft sie ihm vor, die privilegierte Arbeit „begründeter Entscheidungsfindung“ fälschlicherweise für eine begrenzte Justiz *allein* in Anspruch zu nehmen (ebd.: 145). Wo eine syllogistische juristische Argumentation aus hohen Prinzipien vielleicht ein Modell für die Herrschaft des Gesetzes abgeben könnte, bezweifelt Shklar, dass es Dworkin zu zeigen gelingt, wie sein Herkules diese Rolle spielen kann – „zumal, wenn es um jene Arten von Kontroversen und politischen Kämpfen geht, in die sein Programm die Judikative unweigerlich verwickeln muss“ (ebd.).

Aus diesen bemerkenswerten Beobachtungen können wir eine Reihe von Schlussfolgerungen ziehen. Ein erster Aspekt, der wert ist, festgehalten zu werden, lautet, dass die liberalen und aristotelischen Archetypen, wie sie Shklar skizziert, sich nicht ohne Weiteres auf die Überlegungen formaler und materieller Theoretiker übertragen lassen. Dass der Formalist Fuller zusammen mit dem Materialisten Dworkin unter das aristotelische Modell subsumiert wird, zeigt das nachdrücklich. Dies deutet erneut darauf hin, dass Shklar sich der herkömmlichen Denkweise widersetzt, nach der Konzepte der Herrschaft des Gesetzes entlang der Unterscheidung formal/materiell zu systematisieren sind und stattdessen nach einer klaren Kritikrichtung sucht, die verschiedenen Graden an Kontextualismus und der Aufmerksamkeit für Politik, Institutionen, Soziologie und Geschichte nachspürt. Wenn die Geschichte des die Herrschaft des Gesetzes betreffenden Rechtsdenkens – einschließlich der jüngsten Versuche, diese Geschichte zu systematisieren (etwa bei Möller/Skaaning 2012: 136 ff.) – diese Dimensionen verdunkelt hat, so will Shklar an sie erinnern und wiederbeleben, sei es in Form von Montesquieus psychologischer Rechtfertigung einer begrenzten Regierung und entsprechender Machtkontrolle oder in Form von Aristoteles' Darstellung des Verhältnisses von rationalem Urteil zu Überzeugungsvorgängen und erzwungener sozialer Kontrolle. Shklar kommt zu dem Schluss, dass Zweck und Wert der Herrschaft des Gesetzes nicht getrennt verstanden werden können

von den Institutionen, gesellschaftlichen Strukturen und historischen Epochen, in denen das Recht eingebettet ist und seine Autorität praktisch verwirklicht werden muss.

Zweitens erhält sie eine schöpferische Ambivalenz in Bezug auf den Nutzen und die Nachteile aufrecht, denen die Herrschaft des Gesetzes wie schon der Legalismus zugeführt werden kann. Wenn ihr Versuch, an die Situierung des Rechts zu erinnern, dem Laster eines abstrakten Legalismus widersteht, erinnert ihre Kritik Ungers an das Gegenteil – an die Tugenden der Legalität, die man nicht zu schnell übersehen darf. In der Tat öffnet diese Position eine erhebliche Kluft zwischen Shklars Kritik am Legalismus und der viel reduktiveren Kritik, die aus der kritischen Rechtslehre gegen den legalen Formalismus und Liberalismus als bloße Heuchelei geäußert worden ist (vgl. West 2003). Shklars Kritik zeigt, wie die Bewegung in Richtung philosophischer Abstraktionen nur zu einem verengten Diskurs führt, der nicht nur für die Laster des Legalismus als bloßem Befolgen von Regeln blind ist, sondern auch für die möglicherweise tugendhaften politischen Ziele, die der *schöpferische Einsatz* von Recht und Rechtsinstitutionen erreichen können, wenn es um die Beseitigung von Furcht, Gewalt und Ungerechtigkeit geht – was etwa, wie Shklar meint, bei den Nürnberger Prozessen der Fall war.

Drittens unterstreicht Shklars Kritik an Dworkin und Hayek zusammengenommen ihre Aufmerksamkeit für den Pluralismus der Politik und für die Notwendigkeit demokratischen politischen Handelns – und das trägt dazu bei, ihr Werk nicht nur mit Hannah Arendts Reflexionen über menschliche Pluralität zusammenzubringen, sondern auch mit Jürgen Habermas' Kritik an Dworkins Herkules als einsamem, monologischem Denker. Während Shklar zwar Arendts vollwertiger ontologischer Verteidigung der menschlichen Pluralität nicht zustimmen kann, begründet sie ihre Naturrechtskritik mit der Existenz und Attraktivität einer Vielfalt ethischer Anschauungen und damit mit einem Bedürfnis nach Toleranz und integrativeren Formen eines bürgerlichen Zugehörigkeitsgefühls. Und in der Tat suggeriert ihre Kritik an Dworkin – an seiner fehlgeleiteten Isolation der Obersten Richter als privilegierter Quelle autoritativer politischer Prinzipien –, dass sie die hochliberale Tendenz ablehnt, Recht und Rechtsurteil in einer umfassenden Gerechtigkeitstheorie zu verankern.

Die Affirmation politischer Vielfalt verbunden mit einer Verteidigung zweckgerichteter öffentlicher Maßnahmen, die in ihrer Kritik an Hayek zum Vorschein kommt, weist auch auf eine im Entstehen begriffene interne Beziehung zwischen Legalität und demokratischen Formen der Meinungs- und Willensbildung in Shklars Rechtsauffassung hin. Obwohl sie das Verhältnis zwischen Recht und öffentlicher Vernunft als Teil ihrer Kritik des Legalismus nie letztgültig klären konnte, nahm Shklar in entscheidenden Punkten Habermas' Setzung der inneren Beziehung zwischen Faktizität und Geltung vorweg, ohne sie freilich zu lösen. Als Antwort auf Dworkins Herkules bestritt Habermas, die Frage nach normativen Prinzipien ließe sich im „Persönlichkeitsideal eines Richters“ begründen, „der sich durch Tugend und privilegierten Zugang zur Wahrheit auszeichnet“ (Habermas 1992: 274). Stattdessen versuchte Habermas als Teil seiner Diskurstheorie des Rechts, solche Prinzipien in den Meinungen und Handlungen einer breiteren, politisch verfassten Bürgerschaft zu verankern, in der die Subjektivität des Richters durch die Intersubjektivität einer Gemeinschaft aus Verfassungsinterpretationen ergänzt würde.

Eine solche Denkbewegung scheint in wesentlichen Punkten auf Shklars Bedenken zu reagieren. Obwohl vieles an unserer Interpretation spekulativ bleiben muss, können wir uns Shklars Gedanken erneut zuwenden, um die angedeuteten Stränge einer Rechtstheorie im Keimstadium zu erkennen, die Faktizität und Geltung des Rechts auf eine überzeugenden-

dere Weise verflucht. Denn zwar lässt Shklars Kritik die zahlreichen Paradoxien des Legalismus als Ideologie, schöpferische Politik und Ethos ungelöst – doch womöglich wäre die Diskurstheorie imstande, Licht auf plausible Verknüpfungen zwischen dem Medium des Rechts und jenen deliberativen demokratischen Prozessen zu werfen, die für politische Kontexte, Institutionen und Geschichte empfänglicher sind, so wie Shklar es sich erhofft hatte.

Und umgekehrt gilt: Wenn die Dimensionen von Faktizität und Geltung in Shklars Theorie ungelöst bleiben, täten wir vielleicht gut daran anzuerkennen, dass dies an der Reichhaltigkeit liegt, mit der sie die verschiedenen Kategorien angelegt hat, in denen Faktizität und Geltung gleichzeitig funktionieren (Ideologie, schöpferische Politik, Ethos). Ihre Begriffe richtig zu verstehen, ist daher notwendig, um wiederum zu beurteilen, wie adäquat die Versuche vieler zeitgenössischer Theorien sind, diese Dimensionen zu verstehen.

*Übersetzt von Hannes Bajohr mit freundlicher Genehmigung der Autor\*innen.*

Der Aufsatz erscheint auf Englisch als: „*Judith Shklar’s Critique of Legalism*“ in: *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, hg. v. J. Meierhenrich und M. Loughlin, Cambridge, i.E.

## Literatur

- Anghie, Anthony, 2007: *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge.
- Arendt, Hannah, 2002 [1958]: *Vita activa oder Vom tätigen Leben*, München / Zürich.
- Arendt, Hannah, 1986 [1963]: *Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen*, München / Zürich.
- Aumann, Francis R., 1965: Review. In: *Journal of Politics* 27, 703–705.
- Bedau, H.A., 1967: Review. In: *Philosophical Review* 76, 129–130.
- Benhabib, Seyla, 2011: *International Law and Human Plurality in the Shadow of Totalitarianism*. Hannah Arendt and Raphael Lemkin. In: Dies., *Dignity in Adversity. Human Rights in Troubles Times*, Cambridge, 41–57.
- Brown, Brendan F., 1967: Review. In: *University of Toronto Law Journal* 17, 218–225.
- Dickson, Tiphaine, 2015: *Shklar’s Legalism and the Liberal Paradox*. In: *Constellations* 2, 188–198.
- Dworkin, Ronald, 1978: *Political Judges and the Rule of Law*. In: *Proceedings of the British Academy* 64, 259–287.
- Habermas, Jürgen, 1992: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt (Main).
- Hart, H. L. A., 1971 [1958]: *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*. In: Ders., *Recht und Moral. Drei Aufsätze*, hg. v. Norbert Hoerster, Göttingen, 14–57.
- Hart, H.L.A., 2011 [1961]: *Der Begriff des Rechts*. Mit dem Postskriptum von 1994, Berlin.
- Fuller, Lon, 1958: *Positivism and the Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*. In: *Harvard Law Review* 4, 630–672.
- Fuller, Lon, 1969: *The Morality of Law*, New Haven.
- Møller, Jørgen / Skaaning, Svend-Erik, 2012: *Systematizing Thin and Thick Conceptions of the Rule of Law*. In: *Justice System Journal* 2, 136–153.
- Moyn, Samuel, 2014 [2013]: *Judith Shklar über die Philosophie des Völkerstrafrechts*. In: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 4, 683–707.
- Shklar, Judith N., 1964: *Legalism. An Essay on Law, Morals and Politics*, Cambridge (MA).
- Shklar, Judith N., 1966: *In Defense of Legalism*. In: *Journal of Legal Education* 9, 51–58

- Shklar, Judith N., 1976: *Freedom and Independence. A Study of the Political Ideas of Hegel's Phenomenology of Mind*, Cambridge.
- Shklar, Judith N., 1986 [1964]: *Legalism. Law, Morals and Political Trials*, 2. Auflage, Cambridge (MA).
- Shklar, Judith N., 1996 [1989]: *A Life of Learning*. In: Bernard Yack (Hg.), *Liberalism without Illusions. Essays on Liberal Theory and the Political Vision of Judith N. Shklar*, Chicago, 263–281.
- Shklar, Judith N., 2017 [1987]: *Politische Theorie und die Herrschaft des Gesetzes*. In: Dies., *Der Liberalismus der Rechte*, hg. v. Hannes Bajohr, Berlin, 108–148.
- Tamanaha, Brian, 2004: *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge.
- Totani, Yuma, 2008: *The Tokyo War Crimes Trial. The Pursuit of Justice in the Wake of World War II*, Cambridge.
- Walzer, Judith B., 1981: *Oral History of Tenured Women in the Faculty of Arts and Sciences at Harvard University*, Murray Research Archive, Harvard University, Cambridge (MA).
- Weber, Max, 1976: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, hg. v. Johannes Winckelmann, 5. Auflage, Tübingen.
- West, Robin, 2003: *Reconsidering Legalism*. In: *Minnesota Law Review* 88, 119–158.
- White, Steven, 1991: *Political Theory and Postmodernism*, New York.