

Juridicum – Schriften zur Rechtsphilosophie

RESEARCH

Detlef Breitenband

Konsens – der Grund der Legitimität

Studie zu Kants und Habermas'
Theorien der Legitimation des Rechts

 Springer

Juridicum – Schriften zur Rechtsphilosophie

Reihe herausgegeben von

A. Aichele, Halle, Deutschland

S. Kirste, Salzburg, Österreich

M. Mahlmann, Zürich, Schweiz

J. Renzikowski, Halle, Deutschland

Die Schriftenreihe will eine Gelegenheit zur Auseinandersetzung mit theoretischen, methodischen und politischen Grundfragen des Rechts bieten, um der Verständigung über die Grundlagen moderner Rechtsordnungen zu dienen. Angesichts einer gesteigerten gesellschaftlichen und rechtlichen Dynamik und der durch Globalisierung und Technisierung immer komplexer werdenden sozialen Umwelt des Rechts ist die Beschäftigung mit eben diesen Grundlagen besonders wichtig. Zentrale Anliegen der Rechtsreflexion der Gegenwart wie Versuche zur Begründung der Menschenrechte, von Verfassungsstaat und internationaler Rechtsordnung oder der Beantwortung der unterschiedlichsten Fragestellungen der Medizinethik kommen ohne eine Rückbesinnung auf die Grundlagen des Rechts nicht aus. Dies ist die klassische Aufgabe der Rechtsphilosophie, die gleichermaßen eine Teildisziplin der Praktischen Philosophie wie der Rechtswissenschaft ist und in ihrer ganzen Vielfalt in der Schriftenreihe gepflegt werden soll.

Weitere Bände in der Reihe <http://www.springer.com/series/15788>

Detlef Breitenband

Konsens – der Grund der Legitimität

Studie zu Kants und Habermas'
Theorien der Legitimation des Rechts

Detlef Breitenband
Frankfurt am Main, Deutschland

Dissertation Goethe-Universität, Frankfurt am Main 2017

D30

Juridicum – Schriften zur Rechtsphilosophie
ISBN 978-3-658-23271-9 ISBN 978-3-658-23272-6 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-23272-6>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2019

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Vorwort

Die vorliegende Arbeit, die im Wintersemester 2017/18 am Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen wurde (Stand der Arbeit: Sommer 2016), soll zur Beantwortung der Frage nach den Bedingungen der Legitimation von Rechtsnormen beitragen. Gegenstand dieser Studie sind die Rechtslehren von Kant und Habermas, deren Leistung es ist, auf die wechselseitige Abhängigkeit von Recht und Demokratie hingewiesen zu haben. Denn auch wenn eine emanzipatorische Kritik an der Rechtsform nicht unberechtigt ist, wonach diese den Menschen von dem Menschen absondert (Marx) und die gesellschaftlichen Solidaritätsbeziehungen auflöst, so darf nicht unterschätzt werden, welche Bedeutung in modernen Gesellschaften das Recht für die Demokratie hat. Die Menschenrechte, so Habermas' These, ermöglichen erst die Selbstbestimmungspraxis der Bürgerinnen und Bürger. Umgekehrt sind Rechtsnormen nur aufgrund ihrer demokratischen Genese legitim. Aber reicht es, wenn der Rechtsphilosoph oder Staatsrechtslehrer feststellt, dass eine Rechtsnorm als Ergebnis eines korrekt durchgeführten und fairen demokratischen Verfahrens legitim ist? Einige Kritiker der Habermas'schen Rechtstheorie werden diese Frage bejahen. Aber was wollen sie uns damit sagen? Doch eigentlich nichts anderes, als dass der demokratische Rechtsstaat Gehorsam gegenüber seinen Gesetzen verlangen kann. Wird der Rechtsphilosoph damit nicht zu einem Akteur auf einem politischen Feld, Nebenstelle Rechtsdiskurs? Denn der Legitimitätsbegriff soll das Handeln verschiedener politischer Akteure rechtfertigen. Der Staat fordert Loyalität ein, weil die Rechtsgesetze legitim seien, und bricht den Widerstand dissidenten Bürgerinnen und Bürger. Umgekehrt begründen soziale Bewegungen ihren Widerstand mit der Illegitimität geltenden Rechts oder staatlichen Handelns. Wenn Habermas, statt zu sagen, wann ein Gesetz als legitim zu beurteilen ist, stattdessen die Bedingungen rekonstruiert, unter denen die Bürgerinnen und Bürger ein Gesetz als legitim erachten, dann schlägt er sich auf die Seite der Bürgerinnen und Bürger. Dann entscheidet nicht er, der Rechtsphilosoph, darüber, ob ein Staat Loyalität erwarten darf, sondern er weist darauf hin, dass dies allein die Bürgerinnen und Bürger entscheiden. Und auch Kant schlägt sich durch die radikal-demokratische Ausrichtung seiner Rechtsphilosophie auf die Seite der Bürger (in seinem Fall in der Tat nur der Bürger). Dies mag nicht jeder

Kant-Leser so sehen wollen. Aber Kants Rechtsphilosophie delegitimiert die Herrschaft des Autokraten. Kant hat seine Rechtslehre quasi im Kampf gegen das autokratische Prinzip geschrieben. Mit der Einrichtung der Republik, welche das Vernunftrecht fordert, werden überhaupt erst Beteiligungsrechte der Bürger institutionalisiert.

Danken möchte ich Prof. Dr. Peter Niesen und Prof. Dr. Günter Frankenberg dafür, dass sie sich trotz der aufgrund biographischer Gründe langen Entstehungszeit dieser Arbeit stets dazu bereit erklärt haben, meine Dissertation zu begutachten, wenn sie dann fertig ist. Danken möchte ich auch Prof. Dr. Helmut Kohl, der es sich nicht nehmen ließ, den Vorsitz der Prüfungskommission zu übernehmen.

Mein besonderer Dank gilt Prof. Dr. Ingeborg Maus. Wenn es wen gibt, den ich als akademische Lehrerin bezeichnen würde, dann sie. Ohne sie wäre sicherlich nicht mein Interesse an der Demokratie- und der Rechtstheorie geweckt worden, was es als schicksalhaft erscheinen lässt, dass mich das Leben zum rechtswissenschaftlichen Fachbereich der Goethe-Universität geführt hat.

Mein Dank gilt auch Privatdozentin Dr. Katharina Mangold für ihre unglaublich genaue Korrektur einer früheren Fassung dieser Arbeit. Auch wenn die vorliegende Arbeit sich sehr von der von ihr korrigierten Fassung unterscheidet, waren ihre Hinweise, wenn auch an mancher Stelle, nun ja, etwas ungeschminkt, sehr hilfreich.

Danken möchte ich auch den TeilnehmerInnen am Hegel- und am rechtstheoretischen Lektürekurs dafür, dass sie mich so freundlich aufgenommen haben.

Mein größter Dank gilt natürlich meiner Ehefrau, die mich durch das Studium und während des Entstehungsprozesses dieser Arbeit begleitet hat, und meiner Tochter, die in den letzten Jahren interessanter-, aber nicht überraschenderweise Interesse an sozialwissenschaftlichen Fragestellungen entwickelt hat.

Detlef Breitenband, Juli 2018

Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Wenn alle zustimmen können sollen	1
Einführung in die Problemlage: Konsens, gesellschaftlicher Pluralismus und Demokratie	1
Erläuterung der fünf Leitfragen	7
 Teil 1 Die Rechts- und Staatslehre Immanuel Kants	17
1. Recht und Moral bei Kant	19
2. Die konsenstheoretischen Grundlagen von Kants Rechtslehre	33
3. Die Idee des allgemeinen Willens 1: Die a priori vereinigte Willkür	39
3.1 Die Eigentumslehre und die konstitutive Funktion der Idee der vereinigten Willkür	39
3.2 Die Verwirklichung der Idee der vereinigten Willkür im Privatrecht und seine regulative Funktion	42
3.3 Übergang vom Naturzustand in den <i>status civilis</i>	46
4. Die Idee des allgemeinen Willens 2: Der apriori vereinigte Volkswille	59
4.1 Die konstitutive und die regulative Funktion des a priori vereinigten Volkswillens	59
4.2 Das „Als-ob“-Prinzip	62
5. Das Kantische Staatsrecht und die moderne Demokratie	71
5.1 Die <i>respublica noumenon</i> und die zweifache Ableitung des vernunft-rechtmäßigen Souveräns	72
5.2 Das Verhältnis von <i>respublica phaenomenon</i> und <i>respublica noumenon</i>	77
5.2 Institutionen: Repräsentative Gesetzgebung und direkte Demokratie	83
6. Zwischenergebnis – von Kant zu Habermas	87
 Teil 2 Die Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates nach Jürgen Habermas	91
7. Einleitung in den zweiten Teil: Literaturlage und Überblick	93
8. Die Grundlagen der Diskurstheorie des Rechts	103
8.1 Kommunikatives Handeln	103
8.2 Lebenswelt	106
8.3 Strategisches / mediengesteuertes Handeln	109
8.4 Normenreguliertes Handeln	114
8.5 (a) Moral	116
8.6 (b) Recht	120
8.7 Normtheorie der Theorie des kommunikativen Handelns	123

9. Das diskursethische Begründungsprogramm	129
9.1 Wahrheitsfähigkeit moralischer Urteile	129
9.2 Eine Versammlung moralischer Subjekte	131
9.3 Diskursprinzip und Universalisierungsgrundsatz	135
9.4 Verständigung und Verstehen	139
9.5 Die These der Alternativlosigkeit und die Argumentationsfigur des performativen Widerspruchs	142
9.6 Formulierung von »U«	148
10. Das System der Rechte	159
10.1 Das Demokratieprinzip	159
10.2 Die These von der Gleichursprünglichkeit von Freiheitsrechten und politischen Rechten	168
11. Die Diskursivität des Gesetzgebungsprozesses	181
11.1 Kritik an der Idee eines Konsenses als Grundlage einer Demokratietheorie	182
11.2 Die Entfaltung des Programms 1: Ein Prozessmodell der Meinungs- und Willensbildung aus Teilnehmerperspektive	205
11.3 Die Entfaltung des Programms 2: Die Integration von Teilnehmer- und Be- obachterperspektive	216
11.4 Ein zwei-stufiges Modell politischer Deliberation	227
11.5 Die zwei Modi der Problemverarbeitung	232
12. Legitimität und Souveränität	241
12.1 Das „Draußen“ des Gesetzgebungsprozesses	241
12.2 Der Hüter der Verfassung	246
12.3 Legitimation von Rechtsnormen	250
Schluss: Die »Drei Bühnen Performance« im Kantischen Republikanismus	269
Selbstgesetzgebung	273
Konsens und Legitimität	285
Siglenverzeichnis	291
Literaturverzeichnis	293



Einleitung: Wenn alle zustimmen können sollen

Einführung in die Problemlage: Konsens, gesellschaftlicher Pluralismus und Demokratie

»Nur die Rechtsgesetze sind legitim, denen alle ihnen Unterworfenen ihre Zustimmung geben.« Eine radikalere Legitimationsbedingung ist wohl nicht denkbar. Jede einzelne Bürgerin und jeder einzelne Bürger muss einem Rechtsgesetz inhaltlich zustimmen, sie müssen es in moralischer, ethisch-politischer und technischer Hinsicht für die richtige Lösung eines gesellschaftlichen Problems halten. Wer Theorien des Rechts betrachtet, die auf der Grundlage dieser Idee des Konsenses der Bürgerinnen und Bürger entwickelt werden, erkennt unschwer die theoretische Herausforderung, der sich deren Vertreter stellen müssen. Denn auch wenn sie im Konsens aller Bürgerinnen und Bürger die wesentliche Legitimationsbedingung für Recht sehen, lassen die Theoretiker doch zugleich keinen Zweifel daran, dass sie keinesfalls erwarten, dass auch nur für eine einzige Rechtsnorm Einstimmigkeit zu erwarten ist. Und doch werden die Rechtsnormen in der Regel auch dann als legitim erachtet, wenn ihnen lediglich eine Mehrheit zustimmt. Das theoretische Dilemma ist, im Konsens aller Rechtsunterworfenen *die* Bedingung der Legitimation von Rechtsnormen zu sehen, es zugleich aber nicht realistisch erscheint, dass dieser Konsens erzielt werden kann. Ein Ausweg aus diesem Dilemma ist die Abschwächung der Idee eines Konsenses aller Rechtsunterworfenen zu der Idee eines nur *hypothetischen Konsenses*. Bedingung für die Legitimation wäre dann nur noch, dass den Rechtsnormen alle ihnen Unterworfenen zustimmen *könnten*. Sie müssten der Rechtsnorm nicht tatsächlich zustimmen. Im Ergebnis heißt das, dass die Rechtsnorm lediglich nur nicht so beschaffen sein darf, dass mit guten Gründen von ihr gesagt werden kann, dass ihr nicht alle Bürgerinnen und Bürger zustimmen *könnten*. Ein derartiges, abgeschwächtes Verständnis der Idee des Konsenses setzt dann auch nicht mehr zwingend voraus, dass die Rechtsgesetze Ergebnis eines demokratischen Prozesses sind. Gesetze, die so gut sind, dass ihnen alle zustimmen könnten, können auch in nicht-demokratischen Verfahren entstehen. Solange das Normgebungsorgan (z.B. ein Expertengremium) sich bei der Normsetzung an der Idee eines Konsenses aller Rechtsunter-

worfenen orientiert, solange würde die Norm als legitim gelten müssen. Der demokratische Aspekt der Konsensforderung würde damit verloren gehen. Ein Rechtsgesetz könnte auch Ergebnis einer Deliberation ohne Demokratie sein.

Immanuel Kant und Jürgen Habermas haben in ihrem jeweiligen Hauptwerk zum Recht, *Metaphysik der Sitten*¹ und *Faktizität und Geltung*², Rechtstheorien entwickelt, die auf der Idee eines Konsenses aller Bürgerinnen und Bürger beruhen und die sich auf der einen Seite zugleich mit einer gesellschaftlichen Realität als vereinbar erweisen, in der sich die Interessen, Lebensentwürfe und Moralvorstellungen der Einzelnen weit ausdifferenziert haben. Auf der anderen Seite tritt die Idee eines Konsenses der Bürger und Bürgerinnen auf eine Weise in ihren Rechtslehren auf, welche nicht die demokratische Dimension des Konsensprinzips preisgibt; beide, Kant wie Habermas, gehen davon aus, dass das demokratische Rechtsetzungsverfahren die alleinige Quelle legitimen Rechts ist. Letzteres ist das zentrale Merkmal des *Kantischen Republikanismus*. Habermas verwandte diesen Begriff erstmals 1996 in seinen Aufsatz »Vernünftig« versus »wahr« - oder die Moral der Weltbilder und verortete sich so in einer Traditionslinie zu Kant und zu Rousseau.³ Rousseau formuliert die grundlegende Aufgabe dieses Republikanismus auf folgende Weise:

„Finde eine Form des Zusammenschlusses, die mit ihrer ganzen gemeinsamen Kraft die Person und das Vermögen jedes einzelnen Mitglieds verteidigt und schützt und durch die doch jeder, indem er sich mit allen vereinigt, nur sich selbst gehorcht und genauso frei bleibt wie zuvor.“⁴

¹ Immanuel Kant: Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Bd. VIII, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, Frankfurt/M. 1982 (im Folgenden zitiert als *MdS*).

² Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, Frankfurt/M. 1992 (im Folgenden zitiert als *FuG*).

³ Jürgen Habermas: »Vernünftig« versus »wahr« - oder die Moral der Weltbilder, in: ders.: Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, Frankfurt/M. 1999, S. 126. Dass Habermas damit sein Urteil aus *Faktizität und Geltung*, wo er Kant als einen „typischen Vertreter des liberalen Menschenrechtsprinzips“ dargestellt haben soll, zurücknimmt, wie Alessandro Pinzani behauptet, wird hier bestritten (Alessandro Pinzani: An den Wurzeln der Demokratie: Bürger und Staat in der Neuzeit, Berlin 2009, S. 222). Auch in *Faktizität und Geltung* schreibt Habermas, dass Rousseau und Kant mit der Diskurstheorie die Intuition teilen, dass die Idee der Menschenrechte und das Prinzip der Volkssouveränität sich wechselseitig interpretieren. Beiden gelingt es nur nicht, diese Intuition konzeptionell einzuholen. Im Falle von Kant habe dies, so Habermas, zu einer eher liberalen Lesart des Begriffs der politischen Autonomie geführt (FuG, S. 130). Habermas stellt Kant daher grade nicht als einen „typischen Vertreter des liberalen Menschenrechtsprinzips“ dar und stellt sich selbst bereits in *Faktizität und Geltung* in eine Linie mit Rousseau und Kant. „Habermas sees a procedural understanding of legitimacy as originating with Rousseau and as being worked out more fully as a conception of practical reason by Kant.“ (James Gledhill: Procedure in substance and substance in procedure. Reframing the Rawls-Habermas Debate, in: James Gordon Finlayson / Fabian Freyenhagen: Habermas and Rawls. Disputing the political, New York 2011, S. 187)

⁴ Jean-Jacques Rousseau: Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts, Stuttgart 1977, I,6, S. 17.

Wenn aber Rechtsgesetze durch Mehrheitsbeschluss gegeben werden, wenn sich in einer demokratischen Entscheidung die Minderheit einer Mehrheit beugen muss, so fragt sich Rousseau, „[w]ie können Andersdenkende zugleich frei und Gesetzen unterworfen sein, denen sie nicht zugestimmt haben?“⁵ Seine Antwort ist die Idee eines Gemeinwillens. Das, dem die Mehrheit der Bürger ihre Zustimmung geben⁶, ist der Gemeinwille. Der Gemeinwille ist der Wille, der „immer auf dem rechten Weg ist und auf das öffentliche Wohl abzielt“.⁷ Wer mit der Minderheit gestimmt hat, hat sich getäuscht über das, was der Gemeinwille ist. Egal wie man zu dieser Konzeption Rousseaus steht, es zeigt sich, dass hier die Legitimität eines Rechtsgesetzes aus der Sicht einer politischen Theorie der Autonomie an die Idee eines allgemeinen Willens gebunden ist. Hierin folgen ihm Kant und Habermas, wobei Kants Rechtslehre auf einer freiheitsrechtlichen Konzeption des Autonomiebegriffs beruht, wohingegen Habermas' Rechtslehre eine kommunikationstheoretische Konzeption zugrunde liegt.

Entgegen der liberalen Vorstellung, wonach die praktische Vernunft, die sich in der Verfassung verkörpert, in Gegensatz zum souveränen Willen der Bürgerinnen und Bürger gerät⁸, suchen Kant und Habermas wie Rousseau die praktische Vernunft in den Verfahren der Gesetzgebung. Das ist der Kern ihrer Rechtslehren. Die zentrale These dazu lautet:

„Die Ausübung der Volkssouveränität sichert zugleich die Menschenrechte.“⁹

In »*Vernünftig*« versus »*wahr*« - oder die *Moral der Weltbilder* führt Habermas diesen Gedanken und damit den Begriff des Kantischen Republikanismus aus, wenn er schreibt, dass die richtige Abgrenzung der Freiheiten der einzelnen Individuen nur „Ergebnis einer gemeinsam ausgeübten Selbstgesetzgebung“ sein kann. Die Bürgerinnen und Bürger müssen sich als „Autoren der Gesetze verstehen können, an die sie sich als Adressaten einzeln gebunden fühlen.“ Der „Schlüssel für die Gewährleistung gleicher Freiheiten“ ist daher „der im demokratischen Prozeß rechtlich

⁵ Ibid., IV.2, S. 116.

⁶ Mit der Einschränkung, dass „alle Kennzeichen des Gemeinwillens noch bei der Mehrheit sind“ (ibid.).

⁷ Ibid., II.3, S. 30.

⁸ Jürgen Habermas: Volkssouveränität als Verfahren, in: FuG, S. 612.

⁹ Ibid., S. 611.

institutionalisierte öffentliche Gebrauch der Vernunft“.¹⁰

Dass es Kant gelingt, das demokratische Verfahren als einzige Quelle legitimen Rechts auszuzeichnen, zweifelt Habermas an¹¹, weshalb er sein Unternehmen statt mit bewusstseinsphilosophischem mit diskurstheoretischem Werkzeug angeht. Aufgrund seiner bewusstseinsphilosophischen Prämissen, so Habermas' Kritik, bleibe Kant der „interne Zusammenhang zwischen Volkssouveränität und Menschenrechten“ (FuG 133) verschlossen. Kant entwickle mit Hilfe eines nach Habermas' Ansicht *moralisch* begründeten Menschenrechts ein System subjektiver Privatrechte, das die Souveränität des vernunftrechtlichen Gesetzgebers, des Volkes, einschränke. Damit ordne Kant, so Habermas weiter, letztlich das Recht der Moral unter: Legitimes Recht müsste sich inhaltlich an den moralisch begründeten Privatrechtsnormen orientieren und würde seine Legitimation nicht allein aus seinem demokratischen Entstehungsprozess ziehen. Aus diesem Grund soll in der Diskurstheorie des Rechts das Diskursprinzip »D« die Aufgabe übernehmen, die in Kants Rechtslehre das nach Ansicht von Habermas moralisch begründete Menschenrecht hat, weil es gegenüber der Unterscheidung von Recht und Moral noch indifferent sei. Das Diskursprinzip bildet durch seine Verschränkung mit der Rechtsform ein *System der Rechte* aus. In dieser Verschränkung bilden sich *gleichursprünglich* die Rechte auf gleiche subjektive Freiheiten und die politischen Beteiligungsrechte. Die subjektiven Freiheitsrechte sind auf diese Weise nicht den politischen Rechten vorausgehend und schränken auch die Gesetzgebung der Bürgerinnen und Bürger nicht ein. Sie ermöglichen überhaupt erst die rechtliche Institutionalisierung der demokratischen Gesetzgebung. Aber als eine rechtlich institutionalisierte demokratische Gesetzgebung überhaupt erst ermöglichende Rechte können sie keine die demokratische Gesetzgebung beschränkende

¹⁰ Jürgen Habermas: »Vernünftig« versus »wahr« - oder die Moral der Weltbilder, a.a.O., S. 126.

¹¹ Ebenso zweifelt Habermas an, dass es Rousseau gelingt, die Idee der Menschenrechte und das Prinzip der Volkssouveränität miteinander zu versöhnen. Rousseau gäbe „der Idee der Selbstgesetzgebung eine ethische ... Deutung und begreift Autonomie als die Verwirklichung der bewußt ergriffenen Lebensform eines konkreten Volkes.“ Die Versöhnung von Volkssouveränität und Menschenrechten gelänge dann aber nur unter der Voraussetzung, dass sich die „vereinzelten und erfolgsorientierten Individuen“ in einem „gleichsam existentiellen Akt der Vergesellschaftung“ in die „gemeinwohlorientierten Bürger eines ethischen Gemeinwesens“ verwandeln. Rousseau treibe damit die ethische Überforderung der Staatsbürger „auf die Spitze“ (FuG, S. 132). Zu dieser Rousseau-Interpretation siehe auch Reinhard Brandt: Rousseaus Philosophie der Gesellschaft, Stuttgart-Bad Cannstatt 1973, S. 96, Wolfgang Kersting: Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, Frankfurt/M. 1993, S. 161 f. und ders.: Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, Darmstadt 1994, S. 168 f., Stefan May: Kants Theorie des Staatsrechts zwischen dem Ideal des Hobbes und dem Bürgerbund Rousseaus, Frankfurt/M. 2002, S. 120.

Rechte sein.¹² Umgekehrt bedürfen die subjektiven Freiheitsrechte einer Ergänzung um politische Teilhaberechte, um konkret inhaltlich bestimmt zu werden.

Dass Habermas' Kant-Kritik nicht zutreffend ist, wird sich im Verlaufe dieser Studie zeigen¹³, ebenso, dass sich die Architektur beider Rechtslehren ähneln. Diese betrifft nicht nur den ähnlichen Status des Kategorischen Imperativs und des Diskursprinzips. Dies betrifft auch die »Drei Bühnen-Performance« des allgemeinen Willens.¹⁴ Diese scheint ein Merkmal des Kantischen Republikanismus zu sein. Kurz gefasst tritt die Idee eines Konsenses oder des allgemeinen Willens auf drei »Bühnen« auf, jeweils in anderem Gewand und in einer anderen Rolle. Auf der Bühne I spielt der allgemeine Wille sich selbst. Er tritt auf als faktischer Konsens aller Bürgerinnen und Bürger. Auf Bühne II tritt er auf im Gewande eines Ergebnisses eines demokratischen Gesetzgebungsprozesses und zeigt an, was in der Realität maximal zu erwarten ist. Auf Bühne III tritt er als das auf, was er für die Wirklichkeit der Gesetzgebung zu Zeiten Kants und heute ist. In Kants Rechtslehre ist die Idee des Konsenses der Bürger Teil des vernunftrechtlichen *Ideals* der Republik (*respublica noumenon*, Bühne I), das aber auch die Pflicht der Untertanen begründet, den Rechtsgesetzen der damals existierenden autokratischen Herrschaftssysteme zu folgen (Bühne III). Die Kantische *respublica noumenon* fungiert als die einzig vernunftrechtliche, da rationale, Staatsform aber auch als Anleitung für die Reform des „Maschinenwesen[s] der Staatsverfassung“ (MdS § 52). Daher fordert die Vernunft auch, dass ein Staatswesen so zu organisieren sei, dass die Strukturelemente der *respublica noumenon* institutionalisiert sind (Bühne II). Bei Habermas ist der Konsens der Bürgerinnen und Bürger Teil des *Verständnisses der Bürgerinnen und Bürger* vom demokratischen Rechtsstaat (Bühne I). Das, was dieses Verständnis der Bürgerinnen und Bürger vom Rechtsstaat im Kern ausmacht, muss auch in der realen Praxis der Rechtsetzung auffindbar sein. So wie nach Habermas jeder, der sich mit einer anderen Person argumentativ verständigen will, bestimmte Voraussetzungen wie die Wahrhaftigkeit der Äußerungen seiner Gesprächspartnerin als erfüllt annehmen muss, damit die argumentative Praxis Sinn macht – so muss jede, die gemeinsam mit anderen

¹² Jürgen Habermas: Der demokratische Rechtsstaat - eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?, in: ders.: Zeit der Übergänge. Kleine politische Schriften IX, Frankfurt/M. 2001, S. 138 f.

¹³ Siehe Kapitel I und Abschnitt 3.3.

¹⁴ Ausführlich wird die »Drei Bühnen-Performance« des allgemeinen Willens im Schlusskapitel behandelt.

Betroffenen mit Hilfe einer in Rechtsnormen gegossenen Politik ein gesellschaftlichen Problems lösen will, bestimmte Voraussetzungen als erfüllt annehmen, um die schließlich aus einem langen Beratungs- und Entscheidungsprozess resultierenden Rechtsnormen als legitim erachten zu können. Dabei unterscheiden sich die Bühnen II und III darin, in welchem Maß diese Voraussetzungen schließlich auch wirklich erfüllt worden sind.

Im Zentrum dieser Studie wird die Untersuchung der theoretischen »Leistungsfähigkeit« beider auf der Idee des Konsenses basierenden Rechtstheorien stehen. Dabei soll gezeigt werden, dass sich die *»Drei Bühnen-Performance« des allgemeinen Willens* als der theorie-architektonische Kniff erweist, durch den es Kant und Habermas gelingt, Rechtstheorien zu entwickeln, in denen die Idee des Konsenses ein fester Anker im Strudel des Pluralismus der Weltanschauungen, Wertesysteme und Interessen ist, ohne zugleich die Idee der Demokratie zu verraten. Auf dem Weg dorthin soll sich diese Untersuchung an fünf Leitfragen orientieren:

1. *Gelingt es Kant und Habermas, das demokratische Verfahren als alleinige Quelle legitimen Rechts zu etablieren? Wie vermeiden beide die Unterordnung des (positiven) Rechts unter andere Normarten (Morálnormen, Privatrechtsnormen, Menschenrechte)?*
2. *Wie findet die Idee eines Konsenses Eingang in die Rechtslehren von Kant und Habermas?*
3. *Wo hat die Idee des Konsenses ihren Ort in den beiden Rechtslehren?*
4. *Wie begründen Kant und Habermas den demokratischen Charakter der Gesetzgebung?*
5. *Unter welchen Bedingungen ist ein Rechtsgesetz legitim?*

Diese Leitfragen stehen in Zusammenhang. (1) Ohne dass geprüft wird, ob die Gesetzgebung der Bürger und Bürgerinnen nicht inhaltlich durch übergeordnete Normen eingeschränkt ist, wäre der Status des Konsensprinzips ungeklärt. Ist es das »oberste Legitimationsprinzip« der Rechtslehre, das den Ausgangspunkt der weiteren Bestimmungen der Rechtslehre bildet, oder muss sich die Aufmerksamkeit einem noch höheren Prinzip zuwenden? (2) Wenn das Konsensprinzip das »oberste Legitimationsprinzip« ist, stellt sich die Frage, wie es Eingang in die Rechtstheorie findet. »Wo« kommt es her?

(3) Und »wo« ist sein Platz innerhalb des Theoriegebäudes? Und ist dies ein Platz, der die Rechtslehre mit dem gesellschaftlichen Pluralismus vereinbar macht? (4) Wenn es mit dem gesellschaftlichen Pluralismus vereinbar ist, behält das Konsensprinzip zugleich seine demokratische Dimension bei? Dazu muss begründet werden, warum nur auf demokratische Weise zustande gekommenes Recht legitim ist; also, warum die Gesetzgebung demokratisch strukturiert sein muss. (5) Wenn aber Rechtsgesetze in einem demokratischen Verfahren gegeben werden, das in der Regel durch einen Mehrheitsbeschluss beendet wird, unter welchen Bedingungen ist dann das Rechtsgesetz legitim, wenn der Konsens aller Bürgerinnen und Bürger das oberste Legitimitätsprinzip ist? Per se aufgrund des Mehrheitsprinzips oder unter bestimmten, das Mehrheitsprinzip einbettenden Bedingungen?

Erläuterung der fünf Leitfragen

1. *Gelingt es Kant und Habermas, das demokratische Verfahren als alleinige Quelle legitimen Rechts zu etablieren? Wie vermeiden beide die Unterordnung des (positiven) Rechts unter andere Normarten (Moralnormen, Privatrechtsnormen, Menschenrechte)?* Wenn Habermas seine Theorie als radikal-demokratisch bezeichnet, dann meint er damit, dass sich die Legitimität einer Rechtsnorm alleine ihrer Genese in einem demokratischen und diskursiven Rechtsetzungsverfahren verdankt; sie ist nicht Resultat einer inhaltlichen Übereinstimmung des positiven Rechts mit moralischen Normen oder überpositiven Rechtsnormen. So verdanken sich nach Habermas die Grundrechte auf subjektive Handlungsfreiheit nicht ihrer Übereinstimmung mit einem inhaltsgleichen und überpositiv geltenden Menschenrecht, sondern ihrem Zustandekommen in einem demokratischen und diskursiven Verfahren. Dieser zentralen Intuition der Rechtslehre von Habermas entgegenzustehen scheinen Aussagen Habermas', dass das Recht nicht gegen moralische Normen verstoßen dürfe, woraus gefolgert werden könnte, dass es Habermas nicht gelingt, die Unterordnung des Rechts unter die Moral zu vermeiden. Auch wird von verschiedenen Autoren im Diskursprinzip ein größerer moralischer Gehalt vermutet, als Habermas zuzugeben bereit sei.

Dass es Kant nach Ansicht von Habermas nicht gelänge, die Autonomie des Rechts gegenüber der Moral theoretischen Ausdruck zu verleihen, wurde bereits erwähnt. Leitet

Kant aber tatsächlich das Allgemeine Rechtsprinzip, das inhaltlich deckungsgleich mit dem ursprünglichen Menschenrecht ist und es als subjektiven Anspruch, der allen Menschen zukommt, reformuliert¹⁵, aus dem Moralprinzip ab, wie Habermas meint? Oder stellt Kant das Allgemeine Rechtsprinzip als ein eigenes Prinzip der Vernunftgesetzgebung neben das Moralprinzip? Würde letzteres zutreffen, wäre Habermas' These von der Unterordnung des Rechts unter die Moral bei Kant der Boden entzogen. Ähneln sich am Ende gar Habermas' und Kants Konzeptionen? Zu erwarten wäre dann, dass sich auch bei Kant ein der Moral und dem Recht übergeordnetes Prinzip findet, von welchem sich das Allgemeine Rechtsprinzip und das Moralprinzip ableiten ließe. Ein solches Prinzip ist bei Habermas das Diskursprinzip »D«, das er in *Faktizität und Geltung* als gegenüber den verschiedenen Normarten indifferent einführt und aus ihm sowohl den für Moralnomen geltende Universalisierungsgrundsatz als auch das für Rechtsnormen geltende Demokratieprinzip ableitet.

Kant muss, anders als Habermas, auch zeigen, dass sich die Legitimität positiven Rechts nicht auch aus seiner inhaltlichen Übereinstimmung mit dem überpositiven Vernunftrecht ergibt, wenn das demokratische Verfahren die alleinige Quelle legitimen Rechts sein soll. Habermas lehnt die Vorstellung eines Vernunft- oder Naturrechts als soziologisch betrachtet unplausibel ab.¹⁶ Kant dagegen stellt in der *Metaphysik der Sitten* der Behandlung des Staatsrechts einen Abschnitt über das Privatrecht voran. Dort behandelt er im Wesentlichen das Eigentumsrecht, aber auch materielle Rechtsnormen, die allesamt auch im nicht-staatlichen Zustand Geltung haben sollen. Wie gezeigt wird, vertritt nicht nur Habermas die Vorstellung, dass nach Kants Rechtslehre die natur- bzw. vernunftrechtlichen Normen das Volk in der Republik in seiner Gesetzgebung inhaltlich binden. So dürfe nach Ansicht einiger Kantinterpreten der Gesetzgeber zum Beispiel die vor der Errichtung der Republik etablierte Eigentumsordnung durch entsprechende Gesetze nicht ändern. Gegen ein solches Verständnis des Kantischen Verhältnisses zwischen Privat- und Öffentlichem Recht lässt sich einwenden, dass Kant im Privatrechtsteil der *Metaphysik der Sitten* auch demonstriert, dass der Versuch das Zusammenleben der Menschen allein mit Hilfe des Naturrechts zu regeln, scheitert. Drückt

¹⁵ Peter Niesen: Kants Theorie der Redefreiheit, Baden-Baden 2005, S. 36.

¹⁶ FuG, S. 135.

sich in diesem Scheitern aber dann nicht auch aus, dass die vernunftrechtlichen Normen als Bestandteil eines defizitären Systems an Rechten nicht das Volk in der Republik in seiner Gesetzgebung inhaltlich binden können? Dabei heißt »defizitär« nicht nur, dass es im Naturzustand keine Gewalt gibt, die das Recht durchsetzt. »Defizitär« ist das System an Privatrechten, weil im Naturzustand »der Gesetzgeber« fehlt, also derjenige, der *bestimmt*, was überhaupt konkret vernunftrechtlich ist.

Jedenfalls weist Kant mit dieser Darstellung des Scheiterns des Versuchs, das Zusammenleben der Menschen allein mit Hilfe des Naturrechts zu regeln, die rechtliche Notwendigkeit der Einrichtung eines Staatswesens, ja sogar der Republik auf. In diesem Punkt zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zwischen Kants und Habermas' Rechtslehre. Kant versucht in der *Metaphysik der Sitten* mit Hilfe der Idee des Konsenses auch die rechtliche Notwendigkeit der Einrichtung der Republik, also eines Staates, der sich mit Hilfe demokratisch gesetzter Rechtsgesetze organisiert, aufzuweisen. In Habermas' Rechtslehre dagegen soll sich aus der Verknüpfung von Diskursprinzip und Rechtsform »nur« die Notwendigkeit ergeben, dass legitimes Recht das Resultat eines demokratisch strukturierten Rechtsetzungsprozesses ist. Die Rechtsform selbst wird historisch einfach vorgefunden; dass überhaupt Recht sein soll, dies hält Habermas nicht für begründbar.

2. *Wie findet die Idee eines Konsenses Eingang in die Rechtslehren von Kant und Habermas?* Ausgangspunkt ist das Prinzip der Autonomie. Dieses die Moderne beherrschende Prinzip bedeutet „eine selbstbewusste Praxis, in der sich die solidarische Selbstbestimmung aller mit der authentischen Selbstverwirklichung eines jedem einzelnen sollte verbinden können“.¹⁷ Das moderne Recht garantiert den Einzelnen einen Handlungsraum, in dem sie sich frei für ein ethisches Programm, eine Weltanschauung, eine Glaubensgemeinschaft entscheiden und die dazugehörigen Praktiken durchführen können. Die Grenzen dieses Handlungsraums, die dort liegen, wo die Verfolgung des eigenen Wohls nicht mehr im Einklang mit dem Wohl aller anderen steht, legen alle zusammen in einer Praxis solidarischer Selbstbestimmung fest. Das Diskursprinzip drückt den „Sinn postkonventioneller Begründungsforderungen“ (FuG 138) aus, wonach die einzelnen allen Handlungsnormen, die ihren Freiheitsraum einschränken, ihre Zustimmung

¹⁷ Jürgen Habermas: Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen, Frankfurt/M. 1993, S. 391.

geben müssen. Hieraus leitet sich die Idee des Konsenses ab, auf der die Gültigkeit von sozialen Normen beruht. Aus der Verschränkung des Diskursprinzips mit der Rechtsform ergibt sich das Demokratieprinzip, welches die Bedingung der Legitimität von Rechtsnormen angibt. Dabei übernimmt es kurzerhand die Konsensforderung des Diskursprinzips.

Auch Kant geht vom modernen Autonomiebegriff aus. Innerhalb der Grenze, dass die Verfolgung des eigenen Wohls im Einklang mit dem Wohl aller anderen steht muss, hat der Einzelne das Recht auf „Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“. Dies ist der Inhalt des einen Menschenrechts. Daraus folgt, dass der Einzelne den Normen, die seinem Freiheitsraum einschränken, seine Zustimmung geben können muss. Kant führt die Idee des allgemeinen Willens jedoch nicht nur über das angeborene Menschenrecht, sondern auch über den *volenti non fit iniuria*-Grundsatz ein, wonach man sich selbst kein Unrecht zufügen kann. Zu klären wäre daher, in welchem Verhältnis beide Varianten stehen. Zu vermuten ist eine Art Arbeitsteilung zwischen beiden Varianten, die sich an dem Ort zeigt, an dem Kant die jeweilige Variante verwendet. Das angeborene Menschenrecht führt Kant vor der Unterscheidung von Privat- und positivem Recht ein. Das ermöglicht ihm, eine Idee des allgemeinen Willens zu entwickeln, die rechtliche Institutionen wie das Privateigentum ermöglicht, bevor die Menschen überhaupt in einen rechtlichen Zustand eintreten. Das Menschenrecht ist angeboren und kommt jedem Menschen zu, auch wenn er oder sie noch nicht in einen rechtlichen Zustand eingetreten ist. Mit Hilfe des *volenti*-Grundsatzes dagegen beantwortet Kant die staatsrechtliche Frage, wer der vernunftrechtliche Souverän ist. Das ist nach Kant derjenige, der garantiert »richtiges« Recht setzt. Dazu benötigt er einen Begriff des »richtigen« Rechts, der mit dem Allgemeinen Rechtsprinzip bereits vorliegt, auf das Kant auf diese Weise implizit zurückgreift. Warum aber begründet Kant den vernunftrechtlichen Souverän nicht direkt über das mit dem angeborenen Menschenrecht unmittelbar verbundene Konsensprinzip? Diese Frage wird im Laufe dieser Untersuchung zu klären sein.

3. *Wo hat die Idee des Konsenses ihren Ort in den beiden Rechtslehren?* Von der Antwort auf diese Frage hängt es ab, ob die Idee eines Konsenses aller Bürgerinnen und

Bürger ein unrealistischer Ausgangspunkt für eine Rechtstheorie ist oder nicht. Wird sie an einer Stelle verortet, die nur ein buchstäbliches Verständnis des Konsensprinzips zulässt, dann wäre die Idee eines Konsenses in der Tat wegen ihrer Unvereinbarkeit mit der gesellschaftlichen Realität ein unbrauchbarer Ausgangspunkt. Ein faktischer Konsens aller Bürgerinnen und Bürger ist für keine Rechtsnorm zu erwarten, so dass kein Rechtsgesetz legitim wäre. Umgekehrt würde die demokratische Dimension der Idee eines Konsenses verloren gehen, ließe sie nur ein hypothetisches Verständnis dieser Idee zu. Die Idee eines Konsenses muss daher innerhalb der Theoriearchitektur an einem Ort angesiedelt werden, an dem das Konsensprinzip ernst genommen wird und die demokratische Dimension nicht verschüttgeht, also die Notwendigkeit der Teilhabe aller am Rechtsetzungsprozess nicht aufgegeben wird, *ohne* dass zugleich die faktische Zustimmung aller Bürgerinnen und Bürger erforderlich wird. Wie aber kann das Konsensprinzip ernst genommen werden, ohne dass es zugleich beim Wort genommen werden muss?

Kant verortet die Idee eines Konsenses zunächst im Privatrecht und begründet mit seiner Hilfe einerseits das Privateigentum im Naturzustand und andererseits die Notwendigkeit, in den staatlichen Zustand zu treten. Interessanter ist hier der Ort, an dem Kant die Idee des Konsenses im Staatsrecht verortet. Im Staatsrecht unterscheidet Kant zwischen der idealen Republik, der *respublica noumenon*, und der „wahren Republik“, der *respublica phaenomenon*, der Republik in der Wirklichkeit. Die Idee des Konsenses findet sich in der idealen Republik. In der idealen Republik entwickelt Kant die Strukturelemente, die ein Staatswesen zur Republik machen. So begründet in der idealen Republik der Konsens aller Bürger das Prinzip der Volkssouveränität. Kants Argument ist, dass *garantiert* rechtens nur eine Rechtsnorm sein kann, der alle Bürger zustimmen. An dieser Stelle hat die Idee des Konsenses ihren Ort im Staatsrecht: Sie begründet den vernunftrechtmäßigen Souverän: Und dieser ist die Gesamtheit der dem Recht Unterworfenen, das Volk. Entscheidend ist, dass das Konsensprinzip nur die Aufgabe hat, den vernunftrechtmäßigen Souverän zu begründen. Das Konsensprinzip selbst strahlt in Kants Rechtslehre nicht in die wirkliche Republik hinein und hat dort keine Bedeutung. Kants Grundlegung seiner Rechtslehre auf der Idee eines Konsenses wäre somit mit dem gesellschaftlichen Pluralismus vereinbar.

In Habermas' *Faktizität und Geltung* ist die Idee des Konsenses Teil der Rekonstruktion des Selbstverständnisses moderner Rechtsordnungen. Halten die Bürgerinnen und Bürger den Verfassungsstaat für eine legitime Ordnung, gehen sie davon aus, dass die Möglichkeit einer gewaltlosen Verständigung über politische Fragen besteht.¹⁸ Deliberative Politik würde ihren Sinn verlieren, wenn die teilnehmenden Bürgerinnen und Bürger nicht versuchen würden, sich gegenseitig von der Richtigkeit ihrer Ansichten zu überzeugen. Wie in jeder anderen argumentativen Praxis orientieren sich die Teilnehmer am Rechtsetzungsprozess deshalb an der Idee eines Konsenses. Die Unterstellung, dass es möglich sei, eine konsensfähige Lösung eines politischen Problems zu erzielen, ist eine der Bedingungen, die als erfüllt vorausgesetzt werden müssen, damit eine deliberative gesetzgebende Praxis Sinn macht; wie die Beteiligten in einer einfachen Argumentationspraxis die Argumentationsvoraussetzungen als ausreichend erfüllt unterstellen müssen. So macht eine Argumentationspraxis keinen Sinn, wenn die Beteiligten nicht zum Beispiel unterstellen würden, dass ihr Gegenüber auch glaubt, was es sagt. Auch Habermas' Rechtstheorie scheint daher mit dem gesellschaftlichen Pluralismus vereinbar zu sein, da die Idee des Konsenses nur als Orientierungspunkt für die Beteiligten an einer gesetzgebenden Praxis dient, die nur als eine Praxis der gewaltlosen Verständigung über die Lösung politischer Probleme Legitimität erzeugen kann.

4. *Wie begründen Kant und Habermas den demokratischen Charakter der Gesetzgebung?* Diese Frage ist in dieser Studie von besonderer Bedeutung, erstens da Kant und Habermas den Zusammenhang von Recht und Demokratie aufzuweisen beabsichtigen; zweitens weil Ziel dieser Untersuchung ist, anhand der Rechtstheorien von Kant und Habermas zu zeigen, dass eine auf der Grundlage der Idee eines Konsenses aller Bürgerinnen und Bürger entwickelte Rechtstheorie mit dem Pluralismus moderner Gesellschaften vereinbar ist, *ohne dass die Idee der Demokratie preisgegeben wird.*

Kant entwickelt in den Paragraphen des Staatsrechtsteils der *Metaphysik der Sitten* über die ideale Republik die Strukturelemente, die jedes wirkliche Staatswesen, um eine Republik zu sein, enthalten muss. Eines dieser Strukturelemente ist das über das

¹⁸ Jürgen Habermas: Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School, in: ders.: Die Einbeziehung des Anderen, a.a.O., S. 324, im Folgenden zitiert als *Replik*.

Konsensprinzip begründete Prinzip der Volkssouveränität. Die ideale Republik ist aber kein Ideal, dem sich die Wirklichkeit so weit wie möglich annähern muss. Die Strukturelemente müssen in jeder wirklichen Republik *verwirklicht* sein, damit das Staatswesen eine Republik genannt werden kann. Das Strukturelement der Volkssouveränität »überschreitet« so die Grenze zwischen idealer und wirklicher Republik und begründet den demokratischen Charakter der Gesetzgebung jeder wirklichen Republik.

Habermas gewinnt das Demokratieprinzip durch die Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform. Diese Verschränkung rekonstruiert Habermas als den Prozess der Genese eines *Systems der Rechte*. In diesem Prozess entstehen auf der einen Seite die subjektiven Rechte auf individuelle Handlungsfreiheit und auf der anderen Seite die Rechte auf Teilhabe am rechtlich institutionalisierten Rechtsetzungsprozess, damit die Bürgerinnen und Bürger dort ihre kommunikative Freiheit zur Geltung bringen können. Diese Verschränkung wird angestoßen durch den Entschluss einer Gruppe von Menschen, sich eine moderne Verfassung zu geben. Dieses Unterfangen ist gleichbedeutend mit dem Versuch, das Recht auf ein modernes legitimatorisches Fundament zu setzen. Das sakrale Ethos, das bisher den staatlichen Institutionen und den Handlungsnormen Legitimation verliehen hatte, war zerbrochen und musste ersetzt werden; die Legitimitätsgrundlage musste dem modernen Begründungsniveau angepasst werden. Die Gruppe Menschen fand also ein Rechtssystem vor, mit dessen Hilfe sie auch zukünftig ihr Zusammenleben regeln wollten. Dieses Rechtssystem benötigte aber zu Beginn der Moderne eine neue Legitimationsgrundlage, die dem post-traditionalen Begründungsniveau entsprach, welches das Diskursprinzip ausdrückt.

5. *Unter welchen Bedingungen ist ein Rechtsgesetz legitim?* Eben wurde die These formuliert, dass in Kants Rechtslehre das Prinzip der Volkssouveränität als ein Strukturelement der Republik die Grenze zwischen der idealen Republik und der wirklichen Republik überschreitet. Zugleich aber wird, um im Bild zu bleiben, die Idee des Konsenses aller Bürger an dieser Grenze »abgewiesen«. In der wirklichen Republik ist darum ein Rechtsgesetz nicht nur dann legitim, wenn ihm alle Bürger zugestimmt haben, sondern auch schon, wenn es auf demokratische Weise zustande gekommen ist; gleich ob durch Mehrheitsbeschluss aller Bürger zusammen oder nur ihrer gewählten Vertreter.

Auch müssen sich die gesetzgebenden Bürger nicht an der Idee eines Konsenses orientieren, wenn sie Gesetzesentwürfe prüfen.

Dies ist bei Habermas anders. Bei Habermas ist die Legitimität einer Rechtsnorm an den Konsens aller Bürgerinnen und Bürger gebunden. Da nicht zu erwarten ist, dass über Rechtsgesetze ein Konsens erzielt werden kann, kann von keinem Rechtsgesetz gesagt werden, dass es legitim ist. Allerdings kann nach der Diskurstheorie gesagt werden, dass ein durch Mehrheitsbeschluss der Parlamentarier zustande gekommenes Rechtsgesetz »vermutlich« legitim ist, wenn der Rechtsetzungsprozess diskursiv gestaltet war. Darum müssen sich die Bürger und Bürgerinnen in ihrer Gesetzgebungspraxis an der Idee eines Konsenses orientieren. Sie müssen versuchen, die anderen durch Argumente von der Richtigkeit ihrer Ansicht zu überzeugen. Die Idee eines Konsenses hat daher auch in der wirklichen Gesetzgebung Wirkungsmacht. Die Praxis der Gesetzgebung darf sich nicht zu weit vom Vorverständnis der Bürger und Bürgerinnen vom Gesetzgebungsprozess entfernen. Ziel dieser Studie ist daher auch, die Bedingungen herauszuarbeiten, die nach der Diskurstheorie des Rechts erfüllt sein müssen, damit die Bürgerinnen und Bürger ein Rechtsgesetz als legitim erachten. Wie weit kann die wirkliche Gesetzgebung von einer konsensualen Lösung politischer Probleme abweichen, ohne dass die Legitimität eines Rechtsgesetzes leidet?

* * *

Anhand dieser fünf Leitfragen wird im ersten Teil dieser Studie die Kantische Rechtstheorie untersucht. Hauptuntersuchungsgegenstand ist die *Metaphysik der Sitten*, genauer: die *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*. Die weiteren bekannten Texte Kants zur Rechtsphilosophie wie *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*¹⁹, *Zum ewigen Frieden*²⁰ oder *Der Streit der Fakultäten*²¹ werden nur ergänzend herangezogen.

¹⁹ Immanuel Kant: *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, Werkausgabe Bd. XI, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, Frankfurt/M. ⁵1982 (im Folgenden zitiert als *Gemeinspruch*).

²⁰ Immanuel Kant: *Zum ewigen Frieden*. Ein philosophischer Entwurf, Werkausgabe Bd. XI, a.a.O. (im Folgenden zitiert als *ZeF*).

²¹ Immanuel Kant: *Der Streit der Fakultäten*, Werkausgabe Bd. XI, a.a.O. (im Folgenden zitiert als *SdF*).

Thema des zweiten Teiles ist die Diskurstheorie des demokratischen Rechtsstaates. Hauptuntersuchungsgegenstand ist *Faktizität und Geltung*. Ergänzend herangezogen werden auch Habermas' spätere, entweder einzelne Thesen erläuternde Texte zur Rechtstheorie wie *Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*²² oder umfassendere Antworten auf verschiedene Kritiken wie die *Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School*, aber auch spätere philosophische Aufsätze, die Habermas' Verständnis einzelner Begriffe wie den der rationalen Akzeptabilität oder der Richtigkeit erläutern.²³

²² Jürgen Habermas: *Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*, in: ders.: *Die Einbeziehung des Anderen*, a.a.O.

²³ Z.B. die gesammelten Aufsätze in Jürgen Habermas: *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt/M. 1999.

Teil 1

Die Rechts- und Staats- lehre Immanuel Kants



Das erste Kapitel des ersten Teils dieser Studie über Kants Rechts- und Staatslehre befasst sich mit der Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral in der Kantischen praktischen Philosophie. Dabei wird die Struktur der *Metaphysik der Sitten* und das Verhältnis von Obersten Sittengesetz, Allgemeinem Rechtsprinzip und Obersten Tugendprinzip genauer in den Blick genommen. Anschließend werden im zweiten Kapitel die konsenstheoretischen Grundlagen der Kantischen Rechtstheorie kurz beleuchtet, indem die verschiedenen Erscheinungsformen sowie die konstitutive und die regulative Funktion der Idee eines allgemeinen Willens unterschieden werden. Das dritte Kapitel widmet sich dem Privatrechtsteil der *Metaphysik der Sitten* und dem Verhältnis des Privatrechts oder Vernunftrechts zum positiven Recht sowie Kants Eigentumstheorie und seiner Version des Naturzustandstheorems. Die Kapitel vier und fünf haben das Kantische Staatsrecht zum Thema. Hier geht es um die Klärung der Gründe für die doppelte Ableitung des vernunftrechtlichen Souveräns und die Bestimmung der Momente der Republik, aber im Wesentlichen um die Rolle des (a priori) vereinigten Volkswillens in vorrepublikanischen Staatswesen und in der Republik.

Kap. 1: Recht und Moral bei Kant

Für ein richtiges Verständnis des Verhältnisses von Recht und Moral bei Kant ist es unabdingbar, sich zunächst den Aufbau der *Metaphysik der Sitten* zu vergegenwärtigen. Die *Metaphysik der Sitten* besteht aus zwei Teilen: den *Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre* und den *Metaphysischen Anfangsgründen der Tugendlehre*. Letztere haben die Ethik Kants zum Thema. Dabei handelt es sich um den Normbereich, der heute gewöhnlich als Moral bezeichnet wird. Mit dem Begriff der »Moral« ist bei Kant der Teil seiner praktischen Philosophie bezeichnet, welcher der Unterscheidung von Recht und Ethik vorausliegt und Thema der *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* und der *Kritik der praktischen Vernunft* ist. In der *Metaphysik der Sitten* handelt Kant die Ergebnisse aus der *Grundlegung* und der zweiten Kritik im Abschnitt über die „Vor-begriffe zur Metaphysik der Sitten“ ab. Zu diesen gehört der Oberste Grundsatz der Sittenlehre:

„[H]andle nach einer Maxime, die zugleich als allgemeines Gesetz gelten kann. – Jede Maxime, die sich hierzu nicht qualifiziert, ist der Moral zuwider.“ (MdS Einl., IV, 332)

Das Oberste Sittengesetz ist unschwer als »der« Kategorische Imperativ aus der *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*²⁴ zu erkennen und wird von Kant auch als »moralischer Imperativ« bezeichnet, so wie an folgender, oft zitierter Textstelle:

„Wir kennen unsere eigene Freiheit (von der alle moralischen Pflichten, mithin auch alle Rechte sowohl als Pflichten ausgehen) nur durch den *moralischen* Imperativ, welcher ein pflichtgebietender Satz ist, aus welchem nachher das Vermögen, andere zu verpflichten, d.i. der Begriff des Rechts, entwickelt werden kann“ (MdS Eint. I, 347).

Für das Verhältnis von Recht und Moral interessant sind zwei Feststellungen, die Kant hier trifft. (1) „Wir *kennen* unsere eigene Freiheit ... nur *durch* den moralischen Imperativ“ und (2) „aus welchem nachher ... der Begriff des Rechts ... entwickelt werden kann.“

(1) Kant stellt hier klar, warum sich die Rechtslehre auf die Moralphilosophie beziehen muss. Die Rechtslehre setzt die Freiheit des Rechtssubjekts voraus, ansonsten könnte eine Handlung, „die alsdann Tat (factum) heißt“, dem Urheber nicht zugerechnet werden können (MdS Einl. IV., 334).²⁵ Würde eine Person nur unter Naturgesetzen stehen, könnte sie nicht verpflichtet werden, bestimmte Handlungen zu unterlassen.²⁶

Kant weist in der Einleitung zur *Metaphysik der Sitten* darauf hin, dass er mit Hilfe des Grundgesetzes der praktischen Philosophie die Freiheit als „eine Kausalität der reinen Vernunft, unabhängig von allen empirischen Bedingungen ... und einen reinen Willen in uns“ (MdS Einl., IV, 327) aufgewiesen habe. Die Schwierigkeit dabei war, dass die Freiheit den Menschen weder unmittelbar bewusst, noch durch Erfahrung erschließbar sei. Jedoch, so Kant, weisen Freiheit und moralische Gesetze wechselseitig aufeinander zurück.²⁷ Und die moralischen Gesetze sind den Menschen aufgrund der Notwendigkeit, womit die Vernunft sie den Subjekten vorschreibt, unmittelbar

²⁴ „[H]andle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.“ (Immanuel Kant: *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Bd. VII, a.a.O., S. 51) Schon hier bezeichnet Kant den Kategorischen Imperativ als „Imperativ der Sittlichkeit“ (ibid., S. 47). In der *Kritik der praktischen Vernunft* lautet das Grundgesetz der reinen praktischen Vernunft: „Handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.“ (Immanuel Kant: *Kritik der praktischen Vernunft*, Werkausgabe Bd. VII, a.a.O., § 7, S. 140, im Folgenden als KpV zitiert)

²⁵ So sagt Kant hinsichtlich des Verbrechers: Wenn man die Maxime des Verbrechers „von einem sinnlichen Antrieb ableitete, so wäre sie nicht von ihm, als einem *freien* Wesen, begangen, und könnte ihm nicht zugerechnet werden“ (MdS, Allg. Anm. A, S. 441 Fußnote).

²⁶ „Freilich, wenn es keine Freiheit und darauf gegründetes moralisches Gesetz gibt, sondern alles, was geschieht oder geschehen kann, bloßer Mechanismus der Natur ist, so ist ... der Rechtsbegriff ein sachleerer Gedanke.“ (Zef, S. 232)

²⁷ KpV, § 6 Anm., S. 139.

bewusst.²⁸ Die objektive Form eines Gesetzes zu denken, die nach dem Grundgesetz der reinen praktischen Vernunft das Kriterium für die moralische Zulässigkeit einer Maxime ist, ist nicht unmöglich.

Das Bewusstsein vom Grundgesetz der reinen praktischen Vernunft nennt Kant ein „Faktum der Vernunft“ (KpV § 7 Anm., 141). Mit diesem Begriff des »Faktums« reagiert Kant auf seine Erkenntnis, dass das Oberste Sittengesetz nicht deduktiv begründet werden kann und seine »Existenz« als evident angesehen werden muss. Nach mehreren gescheiterten Versuchen, das Sittengesetz aus der Vernunft zu deduzieren, sah Kant nur noch den Ausweg, die „sittliche Einsicht“, der „das Gute, das sie billigt, »in Evidenz« legitim ist, als „reine Faktizität“ hinzunehmen.²⁹ Mit dem Begriff eines unleugbaren Faktums wolle Kant sagen, dass kein Mensch leugnen kann, die Gültigkeit des reinen praktischen Vernunftgesetzes zu wollen, wenn man ihn darauf aufmerksam machen würde, was mit dem Vernunftgesetz gewollt ist.³⁰ Wenn Menschen beurteilen, ob ihre Handlungen dem Obersten Sittengesetz entsprechen oder nicht, werden sie, so Michael Wolff, kein Urteil abgeben, „aus dessen Analyse sich nicht ergibt, dass sie die zur jeweiligen Handlung gehörende Willensmaxime nach einem Kriterium beurteilen, über das sie in ihrer eigenen »Vernunft« ... und mit ihrem eigenen »reinen«, das heißt nicht-empirischen Willen verfügen. Dass sie den Besitz dieses Kriteriums nicht verleugnen können, bedeutet, dass sie das Faktum der Vernunft nicht verleugnen können.“³¹ Ob Kant damit letztlich „Zuflucht zur »Faktizität« des sittlichen Bewußtseins“³² nimmt oder es ihm doch gelingt, eine „befriedigende Antwort auf den berechtigten Gebrauch des

²⁸ Ibid.

²⁹ Siehe hierzu Dieter Henrich: Der Begriff der sittlichen Einsicht und Kants Lehre vom Faktum der Vernunft, in: Kant. Zur Deutung seiner Theorie von Erkennen und Handeln, hrsg. v. Gerold Prauss, Köln 1973, hier S. 228. „In der sittlichen Einsicht ist die Legitimität des Guten nicht zu übersteigen oder zu überprüfen.“ (ibid., S. 229)

³⁰ Michael Wolff: Warum das Faktum der Vernunft ein Faktum ist. Auflösung einiger Verständnisschwierigkeiten in Kants Grundlegung der Moral, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2009, S. 538.

³¹ Ibid., S. 538 f.

³² So die Kritik von Ralf Buttermann an Wolffs Interpretation in: Ralf Buttermann: Die Fiktion des Faktums. Kants Suche nach einer Rechtswissenschaft. Erwägungen zu Begründung und Reichweite der kantischen Rechtsphilosophie, Würzburg 2011, S. 194. Kants Konzeption sei nach Buttermann dagegen dadurch gekennzeichnet, dass »Vernunft« durch die Beschränkung auf bestimmte Bedingungen erfolgt, die es ermöglichen, von der Realität einer reinen Vernunft zu sprechen. Jenseits der Explikation dieser Bedingungen gibt es keine Evidenzen auf die zurückgegriffen werden könnte. Durchaus zirkelhaft versichere sich das frei handelnde Subjekt „durch die Exposition des Sittengesetzes“ der Momente, durch welche die reine Vernunft „unter der Voraussetzung der Möglichkeit freier Willensbestimmbarkeit“ praktisch wird. Zugleich ist das praktische Gesetz Voraussetzung, um den Begriff eines durch reine Vernunft bestimmbaren Willens zu formulieren (ibid., S. 197 f.).

Gesetzes“³³ zu geben, diese Frage kann hier nicht abschließend beantwortet werden.³⁴ Für den Fortgang der Untersuchung soll Letzteres vorausgesetzt werden.

Entscheidend ist die Kantische Feststellung, dass die „bloße Form des Gesetzes“ von der Vernunft vorgestellt werden kann, auch wenn sie „kein Gegenstand der Sinne“ ist, weshalb sie nicht „unter die Erscheinungen gehört“. Ein Wille, der das Gesetz zu seinem Bestimmungsgrund macht, muss daher „als gänzlich unabhängig von dem Naturgesetz der Erscheinungen, nämlich dem Gesetze der Kausalität“ gedacht werden. Eine solche Unabhängigkeit heißt nach Kant Freiheit. Ein „Wille, dem die bloße gesetzgebende Form der Maxime allein zum Gesetze dienen kann“, ist demnach ein freier Wille (KpV § 5, 138). Das moralische Gesetz beweist folglich die Möglichkeit von Freiheit: „Das moralische Gesetz ist in der Tat ein Gesetz der Kausalität durch Freiheit“ (KpV 162).³⁵ Daher „kennen wir“ durch den moralischen Imperativ unsere Freiheit, weshalb die Rechtslehre Bezug auf ihn nehmen muss.

(2) Nach dem obigen Zitat kann aus dem moralischen Imperativ „das Vermögen, andere zu verpflichten, d.i. der Begriff des Rechts, *entwickelt* werden“. Hier stellt Kant einen direkten Bezug zwischen dem Obersten Sittengesetz und dem Allgemeinen Rechtsprinzip³⁶ bzw. dem Allgemeinen Rechtsgesetz³⁷ her. Wie aber ist dieses „entwickeln“ zu verstehen? Hat Kant das Allgemeine Rechtsprinzip durch „Einschränkung“ aus dem Obersten Sittengesetz gewonnen, wie Habermas meint?³⁸ Denn das Recht bezieht sich nur auf das „äußere ... Verhältnis einer Person gegen eine andere“ (MdS Einl. RL § B, 337) und weder auf das Bedürfnis einer Person noch auf den Zweck einer Handlung. Daher stehe der Kategorische Imperativ „im Hintergrund“, wenn im Allgemeinen

³³ Ibid., S. 201.

³⁴ „Mit dem »transzendentalen Faktum« des Sittengesetzes, dem Ankergrund jeder deontologischen Moral, beruft sich Kant ... auf ein phänomenologisch überzeugendes Beispiel von *Hintergrundwissen*. Das merkwürdige Faktum eines Gefühls unbedingter Verpflichtung, das die ganze Beweislast tragen soll, unterscheidet sich ... von anderen, deskriptiv erhobenen Tatsachen dadurch, dass es *nur im Vollzugsmodus thematisiert* werden kann.“ (Jürgen Habermas: Von den Weltbildern zur Lebenswelt, in: ders.: Nachmetaphysisches Denken II. Aufsätze und Repliken, Frankfurt/M. 2012, S. 39, Herv. i. Orig.)

³⁵ „Sich als ein frei handelndes Wesen, und doch von dem, einem solchen angemessenen, Gesetze (dem moralischen) entbunden denken, wäre so viel als eine ohne alle Gesetze wirkende Ursache denken (denn die Bestimmung nach Naturgesetzen fällt der Freiheit halber weg): welches sich widerspricht“ (Immanuel Kant: Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, 1. Stück, Werkausgabe VIII, a.a.O., S. 683).

³⁶ „Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann etc.“ (MdS Einl. RL § C, S. 337)

³⁷ „[H]andle äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen könne“ (MdS § C, S. 338).

³⁸ FuG, S. 136.

Rechtsprinzip das allgemeine Gesetz die Last der Legitimation positiven Rechts trägt. Da Habermas den Kategorischen Imperativ als ein Prinzip der personalen Moral betrachtet, führt dies aus seiner Sicht zu einer Unterordnung des Rechts unter die Moral³⁹ und zu einem moralischen begründeten Menschenrecht⁴⁰ und System an Privatrechten⁴¹. Diese Interpretation setzt aber voraus, dass 1) das Allgemeine Rechtsprinzip eben *aus* dem Kategorischen Imperativ durch Einschränkung »gewonnen« wird und 2) der Kategorische Imperativ als Prinzip der *personalen Moral* zu verstehen ist.

Im Folgenden soll in drei Schritten das Verhältnis von Sittengesetz und Rechtsprinzip rekonstruiert werden. Im ersten Schritt soll auf den theoretischen Status der Rechtslehre Kants hingewiesen werden. Nicht umsonst bezeichnet Kant die beiden Teile der *Metaphysik der Sitten* als »Metaphysische Anfangsgründe«, in Anlehnung an die *Metaphysischen Anfangsgründe der Naturwissenschaft*.⁴² Um zu verstehen, was Kant damit meint, muss man, da er dies in der *Metaphysik der Sitten* nicht tiefergehend erläutert, auf die Vorrede der *Metaphysischen Anfangsgründen der Naturwissenschaft* zurückgreifen. Dort sagt Kant, dass die „allgemeine Metaphysik“ (gemeint ist die reine theoretische Philosophie) immer dann, wenn sie durch Beispiele Bedeutung bedarf, sich der „Formen und Prinzipien“ der äußeren Anschauung bedienen muss. Dazu bedarf es eine „abgesonderten Metaphysik der äußeren Anschauung“, die die „Begriffe und Lehrsätze der ... Transzendentalphilosophie“ realisiert. Dabei heißt „realisieren“ einer „bloßen Gedankenform“ Sinn und Bedeutung zu geben.⁴³ Die Metaphysik muss, um die Existenz und Bedeutung ihrer „reinen Verstandesbegriffe“ zu zeigen, auf Beispiele aus dem Bereich der Anschauung zurückgreifen. Da ein Bezug auf die Empirie im Rahmen der reinen theoretischen Philosophie nicht möglich ist, bedarf es der *Metaphysischen Anfangsgründe*. Sie zeigen, dass die Grundbegriffe der Metaphysik (im Falle der

³⁹ FuG, S. 153.

⁴⁰ FuG, S. 122 f.

⁴¹ FuG, S. 130 f.

⁴² Zu Kants Metaphysischen Anfangsgründen der Naturwissenschaft siehe Holger Lyre: Kants "Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft": gestern und heute, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2006.

⁴³ „Es ist auch in der Tat sehr merkwürdig (kann aber hier nicht ausführlich vor Augen gelegt werden), daß die allgemeine Metaphysik in allen Fällen, wo sie Beispiele (Anschauungen) bedarf, um ihren reinen Verstandesbegriffen Bedeutung zu verschaffen, diese jederzeit aus der allgemeinen Körperlehre, mithin von der Form und den Prinzipien der äußeren Anschauung hernehmen müsse... Und so tut eine abgesonderte Metaphysik der körperlichen Natur der allgemeinen vortreffliche und unentbehrliche Dienste, indem sie Beispiele (Fälle in concreto) herbeischafft, die Begriffe und Lehrsätze der letzteren (eigentlich der Transzendentalphilosophie) zu realisieren, d.i. einer bloßen Gedankenform Sinn und Bedeutung unterzulegen.“ (Immanuel Kant: Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, Werkausgabe Bd. IX, a.a.O., S. 23 f.)