

Klaus Günther

Diskurstheorie des Rechts oder liberales Naturrecht in diskurstheoretischem Gewande?

Die vorstehende Kontroverse bezieht sich auf das systematische Hauptstück der Diskurstheorie des Rechts: die logische Genese eines Systems von Rechten aus der Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform. Im Zentrum steht dabei die These von der Gleichursprünglichkeit privater und öffentlicher Autonomie, mit der ausgeschlossen werden soll, daß sowohl Menschenrechte der Volkssouveränität als auch umgekehrt die Volkssouveränität den Menschenrechten in einem mehr als nur formalen, Inhalte bestimmenden Sinne vorgeordnet werden könnten. Dieses systematische Hauptstück, das Jürgen Habermas im dritten Kapitel von »Faktizität und Geltung«¹ ausgeführt hat und das die weitere Entfaltung der Prinzipien des Rechtsstaates und der Demokratie, die Legitimität der Rechtsprechung sowie die Begründung eines prozeduralistischen Rechtsparadigmas tragen soll, ist in den bisherigen Rezensionen allenfalls am Rande zur Kenntnis genommen worden.² Dies liegt sicher unter anderem an der immer wieder beklagten verschlungenen Darstellung, aber wohl auch in der Natur der Sache. Den Königsweg aus dem Dilemma zwischen privater und öffentlicher Autonomie hat bis heute ohnehin niemand gefunden. Mit der folgenden Replik auf Thomas Kupkas und Thomas Blankes Einwände möchte ich eine Interpretation vorschlagen, welche geeignet ist, die Kohärenz zwischen den systematischen Argumenten aufzuweisen. Die Einwände scheinen mir im wesentlichen einem Verständnis entsprungen zu sein, das sich nicht weit genug auf jene Vermittlung zwischen Rechtsform und Diskursprinzip einläßt, die Habermas mit dem Bild des »Kreisprozesses« verständlich zu machen versucht. Stattdessen wird immer wieder dem Bedürfnis nachgegeben, ihn an einer Stelle – vorzugsweise der Rechtsform – anzuhalten, um aus dieser Perspektive die gesamte Konstruktion zu überblicken. Aus dieser Perspektive ergibt sich aber unvermeidlicherweise ein einseitiges und verzerrtes Bild. Wenn man den Kreisprozeß allein von der Rechtsform aus überblickt, muß es so scheinen, als ob ihr normativer Gehalt die Achse wäre, um die sich die demokratische Selbstbestimmung dann nur noch gleichförmig drehen könnte. Die Rechtsform erscheint dann als ein »Natur- oder Vernunftrecht« (Kupka) oder wenigstens als in einem so hohen Grade »normativ aufgeladen« (Blanke), daß die politische Autonomie des *pouvoir constituant* zum bloßen Ratifikationsorgan eines kompletten Systems der Rechte zu degenerieren droht. Dabei wäre der Vorwurf noch nicht einmal so gewichtig, wenn er sich nicht auf eine Eigenschaft der Rechtsform kaprizierte, die in besonderem Maße den Verdacht zu begründen scheint, daß die politische Autonomie der Staatsbürger in ein starres Gehäuse von Rechten eingeschlossen werde: das Recht auf individuelle Freiheit oder Privatautonomie. Wäre es tatsächlich so, daß dieses Recht der demokratischen Verfassungspraxis naturrechtlich vorgeordnet wäre, dann bliebe für die Diskurstheorie des Rechts nicht die radikale, sondern nur eine liberalistische Demokratie als einzige Option noch offen.

Ironischerweise ist es Kupka selbst, der seine enttäuschte Erwartung insgeheim am

1 1. Aufl. Frankfurt am Main 1992. Vgl. auch die 4. Aufl. 1994, mit einem Nachwort. Auf die Seitenzahlen der ersten Aufl. wird im folgenden Text ohne weitere Angaben bezug genommen.

2 Dies beginnt sich langsam zu ändern. Vgl. die Beiträge in: *Cardozo Law Review*, Special Issue on Jürgen Habermas' Contribution to Legal Theory (im Erscheinen), und Habermas' Replik daselbst.

vernunftrechtlichen Konstruktionsprinzip ausgerichtet: Er möchte auf eine diskurstheoretische Grundlegung oder Begründung des Rechts auf subjektive Freiheit nicht verzichten und bemängelt, daß man mit der vorliegenden Diskurstheorie des Rechts so weit nicht gehen könne. Während Kupka eine diskurstheoretische Grundlegung subjektiver Rechte wünscht, weil er sich davon eine restlose Internalisierung des Rechts in die politisch autonome Verfassungspraxis der Staatsbürger erhofft, erwartet Blanke sie eher aus Gründen systematischer Stringenz, die von den Präsuppositionen vernünftiger Argumentation bis zum Recht auf subjektive Freiheit reichen müsse. Während Kupka seiner Enttäuschung dadurch Ausdruck gibt, daß er vor-schnell eine Kontinuität des Vernunftrechts vermutet, beklagt Blanke überall Unklarheiten und Widersprüche, wo der Text sich gegen die Rekonstruktion deduktiver Beziehungen zwischen den unhintergehbaren Voraussetzungen der Argumentation einerseits und dem System der Rechte andererseits sperrt.

Würde man Kupkas Erwartung ernst nehmen, geriete man freilich nur auf die andere Seite des Dilemmas zwischen privater und öffentlicher Autonomie. Der Kreisprozeß würde auf der Seite des Diskursprinzips stillgestellt mit der Folge, daß die politische Praxis der Bürger das Recht auf private Autonomie nicht nur verteilen und ausgestalten, sondern auch noch die Kategorie dieses Rechts hervorbringen muß. Dabei wird verkannt, daß mit dem Kreisprozeß vielmehr ein – *sit venia verbo* – dialektisches Bild gemeint ist, das man weder von der Seite der Rechtsform noch von der des Diskursprinzips allein erfassen kann. Daß unter diesem Blick subjektive Rechte zugleich als »Ergebnis« und »Voraussetzung« der politisch autonomen Rechtssetzung auftreten, erscheint dann nicht als »Widerspruch«, sondern als Pointe des Arguments. Nicht nur für die Diskurstheorie des Rechts, sondern auch vor allem in der gegenwärtigen amerikanischen Verfassungsdebatte erweist sich dieser Zirkel zunehmend deutlicher als konstitutive Bedingung einer demokratischen Gesetzgebungspraxis.³ Das Recht ist zugleich Thema und Medium der Demokratie. Anders würde man wieder in das Dilemma geraten, entweder das Recht der Demokratie oder die Demokratie dem Recht vorzuschalten – mit der aus verschiedenen Verfassungsgeschichten und -gegenwart, insbesondere der deutschen, nur allzu bekannten Folge, beides gegeneinander auszuspielen. Dies zeigt sich auch noch an einigen aktuellen Bemühungen, den Vertrag von Maastricht subkutan zu revidieren, indem Demokratie und Rechtsstaat an den Nationalstaat gekettet und die verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriffe entsprechend umgedeutet werden.⁴

Dem Dilemma läßt sich nur entkommen, wenn man das Verhältnis von Recht und Demokratie als Prozedur begreift, in der sich beide wechselseitig voraussetzen und sukzessive »einholen« oder »internalisieren«. Das wird nicht und darf auch nicht zu einer restlosen Tilgung des Rechts durch die Demokratie oder umgekehrt zu einer Unterwerfung der Demokratie unter natürliche Rechte führen. Was eine demokratische Verfassungspraxis gegenüber anderen politischen Formen auszeichnet, ist ja gerade die Spannung zwischen Faktizität und Geltung, Recht und Demokratie, die sich immer wieder in dialektische Episoden entlädt, in denen ein erstarrtes Rechtsparadigma durch den politischen Gebrauch kommunikativer Freiheitsrechte erschüttert wird, um ein neues Paradigma hervorzubringen, mit welchem sich das

3 E. g. Frank I. Michelman, Kollektiv, Gemeinschaft und das liberale Denken in Verfassungen, in: Günter Frankenberg (Hrsg.), *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1994, S. 55 ff. Einen Versuch zur systematischen Entfaltung dieses Zirkels bietet Oliver Gerstenberg, *Bürgerrechte und deliberative Demokratie*, Diss. jur. Frankfurt am Main 1994.

4 Vgl. dazu kritisch u. m. w. N. Brun-Otto Bryde, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 1994, S. 305 ff.

System der Rechte noch extensiver interpretieren und ausgestalten läßt.⁵ Das Recht wäre dann eine dem demokratischen Gesetzgeber permanent zur Disposition stehende permanente Voraussetzung demokratischer Gesetzgebung.

Dieser Zirkel ist in der Tat schwer zu verstehen und erzeugt sehr leicht den Eindruck der Widersprüchlichkeit und Unübersichtlichkeit. Im folgenden möchte ich in Auseinandersetzung mit Einwänden Thomas Kupkas und Thomas Blankes versuchen, seine Funktionsweise in einer Diskurstheorie des Rechts an der Kategorie des Rechts auf individuelle Freiheit (I) und am Verhältnis von Diskursprinzip und Rechtsform, bzw. Rechtscode, zu erläutern (II und III). Am Ende werde ich dann noch kurz auf Thomas Blankes Kritik am Verhältnis von Diskurs- und Moralprinzip eingehen (IV).

I. Rechtsform oder Diskurs? Der systematische Ort des Rechts auf individuelle Freiheit

Das (liberale) Recht auf subjektive Freiheit ist eine normative Abstraktion von den faktischen Verhältnissen der Vergesellschaftung⁶. Natürlich ist zuzugeben, daß die liberalistischen Ideologien es immer auch sozialontologisch im Sinne eines vorgesellschaftlichen, individualistischen Atomismus interpretiert haben, mit dem die faktische Abhängigkeit subjektiver Freiheiten von ihren gesellschaftlichen Voraussetzungen (und vor allem: die Ungleichheit bei den individuellen Chancen, subjektive Freiheit in der Gesellschaft auch tatsächlich auszuüben) ausgeblendet wurde.⁷ Diese Kritik bezieht sich aber immer nur auf die liberalistische, possessiv-individualistische Lesart der Privatautonomie. Diese zu verallgemeinern, würde umgekehrt zu einer Ausblendung der übrigen Funktionen der Privatautonomie führen. Der Privatautonomie als dem Recht auf subjektive Handlungsfreiheit und Selbstbestimmung wächst in pluralistischen Gesellschaften außerdem eine Bedeutung zu, die mit der sachenrechtlichen Verfügungsgewalt und der schuldrechtlichen Vertragsautonomie einschließlich ihrer sozialen und sozialpsychologischen Voraussetzungen und Konsequenzen innerhalb einer geldgesteuerten Marktgesellschaft nicht erschöpft ist. Das Recht auf individuelle Freiheit hat nämlich einen »intrinsischen Wert«, der sich aus seiner possessiv-individualistischen Bedeutung allein nicht erschließt. Dazu gehört auch nicht nur die seit Hobbes, Kant, Hegel und von Savigny bekannte Freiheit, moralisch Böses zu tun, wenn es rechtlich erlaubt ist. Was darüber hinaus gemeint ist, hat Wellmer auf den Punkt gebracht: »Negative Freiheit, verstanden als ein Menschenrecht der Selbstbestimmung, impliziert in einem bestimmten Sinn das Recht, selbstsüchtig, verrückt, exzentrisch, unverantwortlich etc. zu handeln; man muß nur einschränkend hinzufügen, daß das, was aus einer bestimmten Perspektive als verrückt, exzentrisch, abweichend – und sogar egoistisch – etc. *erscheint*, aus einer anderen Perspektive – sogar aus der einer kommunalen Rationalität – als vernünftig und gerechtfertigt erscheinen mag.«⁸ Es ist ein Recht, nicht vollkommen rational zu sein – und dieses Recht hat zwar eine *instrumentelle Funktion* für kommunikative

⁵ S. dazu Joshua Cohen, Moral Pluralism and Political Consensus, in: David Copp u. a. (Hrsg.), *The Idea of Democracy*, Cambridge 1993, S. 270ff.

⁶ Vgl. nur Georg Friedrich Puchta, *Cursus der Institutionen*, Erster Band, Leipzig 1841, § 21 (S. 50f.).

⁷ Rolf Knieper, Selbstbestimmung als Selbstdisziplinierung und Fremdbestimmung, in: ders., *Zwang, Vernunft, Freiheit*, Studien zur juristischen Konstruktion der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt am Main 1981, S. 9ff.

⁸ Albrecht Wellmer, *Freiheitsmodelle in der modernen Welt*, in: ders., *Endspiele: Die unversöhnliche Moderne*, Frankfurt am Main 1993, S. 39.

Freiheit und Rationalität, aber keinen der kommunikativen Rationalität selbst innewohnenden Wert, wenn man nicht die Paradoxie zulassen will, daß Rationalität Irrationalität impliziert. Die instrumentelle Funktion der individuellen Freiheit besteht für Wellmer darin, daß nur sie eine Zurechnung individueller Teilnahme an Prozeduren kommunaler Rationalität erlaube. Denn nur wenn die Individuen »ein Recht haben, im Sinne eines kommunalen Begriffs von Rationalität nicht vollkommen rational zu sein, kann ihre kommunale Rationalität ihre eigene Leistung, ihr eigenes Werk, und kann kommunale Freiheit eine Manifestation ihrer *individuellen* Freiheit werden«⁹.

Wenn das der Fall ist, dann hat das für die kommunikative Rationalität die gewiß dramatische Konsequenz, daß sich »die Kategorie der Individualrechte [...] aus keinem Rationalitätsprinzip begrifflich ableiten«¹⁰ läßt. Wohlgemerkt: nur die Kategorie nicht, sehr wohl aber die Legitimität ihrer Verteilungsregeln und die Qualität ihrer Interpretation und Ausgestaltung als einzelne Grundrechte. Und es schließt auch nicht aus, wie noch zu zeigen sein wird, daß sich dieses subjektive Freiheitsrecht mit dem Diskursprinzip *verschränken* läßt, und zwar in der *zweifachen* Weise, daß die Teilnehmer an Diskursen als privatautonome Rechtssubjekte auftreten, die ihr subjektives Teilnahmerecht ausüben können, aber nicht müssen – ohne ihren Status als Rechtssubjekt zu verlieren –; und daß die Rechtssubjekte sich auf diskursivem Wege selbst zu Autoren ihres individuellen Freiheitsrechts machen können. Die Verschränkung kann also die individuelle Freiheit nicht erst begründen. Vielmehr muß diese in der Weise anerkannt werden, daß das subjektive Recht auf Teilnahme eben auch das Recht auf »Ausstieg« aus der Kommunikation enthält.

Aus diesem Befund zieht die Diskurstheorie des Rechts die radikale Konsequenz, auf jede »Begründung« oder »Ableitung« des individuellen Freiheitsrechts *als solchen* aus kommunikativer Rationalität zu verzichten. Vielmehr betrachtet sie die Kategorie des Rechts auf subjektive Freiheit oder private Autonomie als Bestandteil der Rechtsform, und zwar als Kehrseite der Zwangsbefugnis (151 f.): Rechtlich gezwungen werden können nur Freie. Diese Eigenschaft der Rechtsform selbst wird nicht »begründet«, sondern nur *funktional* aus ihrem Ergänzungsverhältnis zu einer postkonventionell, d. h., abstrakt, individualistisch und kognitivistisch gewordenen prozeduralen Moral erklärt (143 ff.). Diese Moral ist unter anderem auf ein Durchsetzungsmedium angewiesen, das jedoch nur dann moralische Intuitionen nicht verletzt, wenn den Normadressaten zugleich individuelle Freiheit zugestanden wird. Die Rechtsform (einschl. Privatautonomie) wird historisch aufgelesen – so wie sie sich historisch in den modernen Menschenrechtserklärungen präsentiert, die ja ihrerseits ein postkonventionelles Moralbewußtsein voraussetzen. Das bedeutet jedoch nicht sehr viel; keinesfalls, daß ein inhaltlich bestimmtes Recht auf subjektive Freiheit in Gestalt eines natürlichen Rechts jedem Verfassungsgeber so vorgegeben wäre, daß dieser es nur noch positivieren dürfte. Schon die legitime Verteilung dieses Rechts als Recht auf *gleiche* Freiheiten gehört nicht mehr zur historisch vorgefundenen Rechtsform als solcher, ebensowenig wie die Ausgestaltung in der Vielzahl der uns geläufigen Grundrechte: Diese sind historisch kontingent und jederzeit vom Verfassungsgeber revidierbar. Beide Anforderungen an die Rechtsform lassen sich nur mit Hilfe des Diskursprinzips begründen (157).

Um Mißverständnissen vorzubeugen: Daß »Rechte« zum Ausstieg aus den Verpflichtungen kommunikativen Handelns *berechtigten*, heißt nicht, daß sich sozialanthropologisch oder -psychologisch ein endgültiger Verzicht auf kommunikatives

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid., S. 42.

Handeln denken ließe. Das sind zwei verschiedene Ebenen. Kupkas Parallele mit Habermas' Argument aus »Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln« ist daher m. E. verfehlt. Dort richtet sich der Einwand gegen den moralphilosophischen Skeptiker – hier geht es um das Recht, nicht zur Kommunikation verpflichtet zu werden, nicht öffentlich Stellung nehmen zu müssen, wenn man nicht will. Vereinfacht gesagt: Das Recht auf Ausstieg aus den Verpflichtungen kommunikativer Freiheit bedeutet nicht mehr, als daß BürgerInnen das Recht haben, ihre Teilnahme am politischen Prozeß zu verweigern und sich ins Private zurückzuziehen. Die Staatsbürgerin muß außer »voice« und »loyalty« auch die Option »exit« haben, ohne daß sie deswegen den Status einer gleichen Staatsbürgerin verlieren darf. Alles andere wäre Tugend- und Erziehungsdiktatur mit öffentlicher Heuchelei. Die sozialpsychologischen Voraussetzungen einer autonomen politischen Öffentlichkeit privatautonomer Rechtssubjekte vermag das Recht jedenfalls nicht ohne dysfunktionale Folgen herzustellen, sie müssen in der politischen Kultur heranwachsen und gepflegt werden. Damit wird also nicht bestritten, daß sozialanthropologisch Individuierung nur durch Vergesellschaftung möglich ist und ein vollständiger Rückzug aus der Kommunikation psychologisch unweigerlich zu klinischen Symptomen wie dem »Kaspar Hauser-Syndrom« führt. Dem steht auch nicht entgegen, daß individuelle Freiheit in komplexen Gesellschaften in hohem Maße abhängig ist von dichtester Vernetzung sozialer Beziehungen, denen das Recht selbstverständlich in anderer Weise Rechnung tragen muß, als dies nach der liberalistischen Konzeption geschehen sollte. Das Recht auf gleiche subjektive Freiheiten ist daher gerade angesichts komplexer Gesellschaften in einem Ausmaß unbestimmt, daß es für die von Kupka und Blanke befürchtete normative Aufladung der Rechtsform und eine daraus folgende bestimmende »Vorgabe« für die demokratische Selbstgesetzgebung noch nicht einmal faktisch taugen würde¹¹. Für eine politisch autonome »Interpretation und Ausgestaltung« dieser Freiheitsrechte bleibt also allemal genug zu tun übrig: »Die klassischen liberalen Grundrechte auf die Würde des Menschen, auf Freiheit, Leben und körperliche Unversehrtheit der Person, auf Freizügigkeit, Freiheit der Berufswahl, Eigentum, Unverletzbarkeit der Wohnung usw. sind in diesem Sinne Interpretationen und Ausgestaltungen des allgemeinen Freiheitsrechts im Sinne eines Rechts auf gleiche subjektive Freiheiten« (159).

Kupka verlangt unter dem Eindruck der empirischen und philosophischen Evidenzen einer Verflechtung individueller mit sozialer Freiheit gleichwohl eine diskurstheoretische Begründung der Privatautonomie, während Blanke sie aus Gründen systematischer Stringenz erwartet. Selbstverständlich gibt es *Zusammenhänge* zwischen individueller Freiheit und diskursiver Rationalität, die jedoch die Last einer normativen Begründung nicht tragen können.

Aus einer erzwungenen Teilnahme an einem Diskurs vermag keine rational motivierte Überzeugung und damit auch keine Geltung hervorzugehen. Von der Freiheit der Stellungnahme, »ja« oder »nein« zu sagen, kann nur angesichts der Alternative, auch gar nichts zu sagen, also die Kommunikation abzubrechen oder gar nicht erst anzufangen, ein geltungskonstitutiver Gebrauch gemacht werden.¹² Ein »Neinsagen« kann mindestens dreierlei bedeuten: Erstens, die an beliebigen Propositionen ausführbare junktorenlogische Operation der Negation (»non p«), zweitens den Abbruch oder Ausstieg aus der Kommunikation oder schließlich drittens die Zurückweisung eines von der Sprecherin erhobenen Geltungsanspruchs angesichts der

¹¹ Vgl. dazu Klaus Günther, Vernunftrecht – nach dem versäumten Augenblick seiner Verwirklichung, in: KJ 1992, S. 178 ff.

¹² Vgl. dazu Klaus Günther, Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis, in: Carozo Law Review, Special Issue on Jürgen Habermas' Contribution to legal Theory (im Erscheinen).

möglichen Alternative seiner Anerkennung vor einem Hintergrund überzeugender Gründe. In der dritten Bedeutung setzt das »Nein-sagen« individuelle Freiheit voraus. Aber diese Begründung des Rechts auf individuelle Freiheit ist noch nicht »normativ« in dem Sinne, den Kupka und Blanke aus je verschiedenen Motiven erwarten. Sie bleibt funktional; individuelle Freiheit ist gewiß eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für das Gelingen einer Argumentation über Geltungsansprüche. Hinzutreten muß noch die Bereitschaft der »Nein« sagenden Sprecherin, von der individuellen Freiheit, überhaupt Stellung zu nehmen, in der *Weise* Gebrauch zu machen, daß sie ihre Ja- oder Nein-Stellungnahme zu einem Geltungsanspruch begründet und die interaktionsfolgenrelevanten Verpflichtungen übernimmt, die sich aus der rational motivierten Anerkennung eines Geltungsanspruchs ergeben. Umgekehrt wird auch eine Äußerung überhaupt erst dann zu einem Sprechaktangebot, das man gegebenenfalls mit einer Nein-Stellungnahme zurückweisen könnte, wenn die Sprecherin mit der Äußerung zugleich die Gewähr übernimmt, sie mit Gründen gegen mögliche Zweifel zu verteidigen. Mit der Übernahme dieser Gewährleistung kann sie für ihre Äußerung einen Geltungsanspruch erheben. Erst mit dieser von der Hörerin angenommenen Bereitschaft, ihre Nein-Stellungnahme zu begründen, und der von der Sprecherin übernommenen Gewährleistung für die Begründung des mit ihrer Äußerung erhobenen Geltungsanspruchs, öffnet sich für die Sprecherin und die Hörerin der illokutionäre Raum, innerhalb dessen sie zwischen Ja- und Nein-Stellungnahmen wählen können. Erst jetzt können dialektische Episoden stattfinden, in denen Geltungsansprüche im Horizont möglicher Gegengründe faktisch erhoben, Zweifel vorgebracht und begründet, Gründe durch Gegengründe entkräftet werden. Ohne die Anerkennung jener illokutionären Pflichten gäbe es die für solche dialektische Episoden konstitutive kommunikative Freiheit des Nein-Sagens nicht. Ohne kommunikative Freiheit wäre auch ein rational motiviertes Ende dieser Episoden, die begründete Anerkennung oder Rücknahme des Geltungsanspruchs, ausgeschlossen. Es bliebe nur der Abbruch der Kommunikation¹³. Nur wenn die Hörerin »nein« sagen kann und ihr begründeter Zweifel durch die von der Sprecherin vorgebrachten Gegengründe ausgeräumt werden kann, ist die Anerkennung eines Geltungsanspruchs auch rational motiviert. Diese für die kommunikative Freiheit konstitutiven Pflichten stehen aber nur in einer *asymmetrischen* Beziehung zum Recht auf individuelle Freiheit.

In einem anderen, eher positiven Sinne ist individuelle Freiheit eine funktionale Voraussetzung für kommunikative Rationalität, weil sie überhaupt erst jene Ressourcen eröffnet, aus denen Themen und Beiträge in Diskurse fließen können. Ohne individuelle Spontaneität und Phantasie ließe auch der ideale Diskurs leer. Ohne die Energie, eingelebte Normen wieder in Frage zu stellen, sie durch eine bisher unerhörte und unbekannte Lebenspraxis fragwürdig erscheinen zu lassen, würde das soziale Leben erstarren. Oft ist es auch erst das exzentrische, intransigente Beharren eines Einzelnen, der »nicht anders kann«, als seine Empörung über ein Unrecht immer wieder vor einer tauben Menge Gleichgültiger herauszuschreien, das einen langsamen historischen Revisionsprozeß bisher für gültig gehaltener, tiefsitzender Moralnormen in Gang bringt. Im Sinne von G. H. Meads Unterscheidung zwischen »I« und »Me« gehört also auch diese Art der individuellen Freiheit funktional zur diskursiven Rationalität. Aber, weiß Gott, von individueller Freiheit läßt sich auch ein anderer, zerstörerischer Gebrauch machen, den man nicht von vornherein ausschließen kann, wenn man ihre positive Seite bewahren will. Und wie Wellmer

13 Offen bleiben kann hier, ob und wie es diskursiv möglich ist, zu einem bestimmten Zeitpunkt unlösbare Geltungsfragen in der Schwebe zu lassen.

angedeutet hat, weiß man häufig zunächst gar nicht, ob ein exzentrisches Verhalten kommunikative Freiheit erweitert oder zerstört. Auch aus diesem Grunde sperrt sich individuelle Freiheit gegen ihre vollständige Subsumtion unter kommunikative Freiheit.

Würde man diese beiden Arten einer funktionalen Beziehung individueller Freiheit zur kommunikativen Rationalität als Grundlage für eine *normative* diskurstheoretische Begründung individueller Freiheitsrechte verwenden, dann hätte man a limine die individuelle Freiheit an Pflichten geknüpft, die über die bloße Komplementarität von Rechten und Pflichten hinausgingen. Der Träger des Rechts auf individuelle Freiheit wäre dann verpflichtet, nur einen diskursfunktionalen Gebrauch von seinem Freiheitsrecht zu machen, und die Funktionsfähigkeit des Diskurses wäre gleichsam ein Rechtsgut, das dem individuellen Freiheitsgebrauch von vornherein Grenzen zöge.

Für kommunikatives Handeln ist zum Beispiel die oben erwähnte Pflicht konstitutiv, daß die Sprecherin ihre Äußerungen gegenüber einem zweifelnden Hörer erforderlichenfalls begründet. Sollte diese Pflicht nun zum Bestandteil des Rechts auf subjektive Freiheit werden? Dann dürfte *das Recht* auf Freiheit niemals in der Weise ausgeübt werden, daß man Kommunikation *ohne Angabe von Gründen* verweigert (das heißt nicht, daß eine Kommunikationsverweigerung nicht aus moralischen Gründen als empörungswürdig, aus ethischen Gründen als nicht ratsam, aus politischen Gründen als unvernünftig oder aus pragmatischen Gründen als unklug beurteilt werden dürfte). Noch gefährlicher ist es, wenn der normative Gehalt der illokutionären Verpflichtungen moralisch interpretiert wird, z. B. im Sinne des Universalisierungsgrundsatzes, um daraus entsprechende Einschränkungen für subjektive Rechte herzuleiten. Dagegen richten sich die langen Ausführungen von Habermas zum Verhältnis von Recht und Moral im dritten Kapitel.

Infolgedessen darf subjektive Freiheit nicht bloß deswegen rechtlich geschützt werden, weil sie für eine demokratische Öffentlichkeit aus funktionalen Gründen notwendig ist. Selbstverständlich gehört es zu den demokratischen Intuitionen, daß die politische Willensbildung nicht an dem Recht jedes einzelnen vorbegehen darf, »nein« zu sagen oder gar nichts zu sagen und die Teilnahme an der Kommunikation zu verweigern. Aber solange dieses Recht nur anerkannt wird, weil eine allgemeine, sanktionsbewehrte Pflicht zur aktiven Mitwirkung am politischen Prozeß dysfunktional für die Demokratie ist, hätte das Recht auf subjektive Freiheit einen schwachen, gegenüber der Demokratie derivativen Status. Dann wäre die Gleichursprünglichkeit von öffentlicher und privater Autonomie nicht mehr gewahrt, jene ginge dieser voran. Das Recht auf subjektive Freiheit hat aber einen »intrinsischen Wert«, der unabhängig von der öffentlichen Autonomie besteht. Es geht nur darum, beide so miteinander zu kombinieren, daß keines Vorrang vor dem anderen erhält.

In die Richtung eines Vorrangs der öffentlichen vor der privaten Autonomie scheint Kupkas an die Diskurstheorie des Rechts gerichteter Hinweis zu zielen, daß »die durch subjektive Rechte gewährte Befreiung von den Verpflichtungen kommunikativer Freiheit ihrerseits aus einem gesellschaftlichen Kommunikationsprozeß hervorgeht, also zugleich auch Ergebnis der öffentlichen Autonomie ist, die ihre Gleichursprünglichkeit mit der privaten erst dadurch erhält, daß nicht auf einen festen Bestand an subjektiven Rechten zurückgegriffen wird.« Das ist zum einen trivial, weil das Recht auf subjektive Freiheit überhaupt erst die Bedeutung eines Ausstiegsrechts aus Kommunikationen erhält, wenn das Diskursprinzip an jenes Recht herangetragen wird. Vorher hat es ja noch gar keinen semantischen Bezug auf »Diskurse« gegeben. Subjektive Rechte sind außerdem, in Michelmans Worten »nei-

ther a gun or a one-man show«¹⁴. In Habermas' Worten: »Subjektive Rechte sind nicht schon *ihrem Begriffe nach* auf atomistische und entfremdete Individuen bezogen, die sich possessiv gegeneinander versteifen. Als Elemente der Rechtsordnung setzen sie vielmehr die Zusammenarbeit von Subjekten voraus, die sich in ihren reziprok aufeinander bezogenen Rechten und Pflichten als freie und gleiche Rechtsgenossen anerkennen. Diese gegenseitige Anerkennung ist konstitutiv für eine Rechtsordnung, aus der sich einklagbare subjektive Rechte herleiten« (117).

Nicht mehr trivial ist Kupkas Argument jedoch in einem anderen Sinne: Weil die Bürger sich nur »wechselseitig Rückzug und Teilnahme gewähren« könnten, dürften sie auch das »Recht auf Rückzug« überhaupt, also, um es zuzuspitzen, die Kategorie des subjektiven Freiheitsrechts selbst und nicht nur seine Ausgestaltung und die Modalitäten seines Gebrauchs, nur als öffentliches Recht gewähren. Daß Rückzug und Teilnahme »nur als ein wechselseitiger Bedingungs-zusammenhang zu denken sind«, mag ja sein und läßt sich nach den von Kupka selbst herangezogenen Überlegungen zur »Individuierung durch Vergesellschaftung« sogar auch sozialanthropologisch begründen. Auch daß »Rückzug« ein »Eingebundensein« begrifflich voraussetze, mag sein – doch folgt aus beidem nicht, daß auch das *Recht* diesem »Bedingungs-zusammenhang« nachfolgen und ihn rechtlich abbilden müsse. Dann wäre das Recht auf Ausstieg aus der Kommunikation rechtlich nur gegen Bedingungen, nur als bedingte Gestattung nach Maßgabe der Funktionsfähigkeit der Öffentlichkeit zu haben. Dann hätte das Recht auf individuelle Freiheit nur jenen oben erläuterten instrumentellen Wert für die öffentliche Autonomie – und diese genösse den Vorrang vor der privaten: »und da der Rückzug schon begrifflich ein »Eingebundensein« voraussetzt, kann er sinnvoll nur so verstanden werden, daß er gleichsam auf einen individuellen Nahbereich verweist, dessen Anerkennung die reflektierte Teilnahme am öffentlichen Leben ebenso ermöglicht, wie die Teilnahme selbst nur den Gegenstand der Reflexion bilden kann« (Kupka). Anerkannte Privatsphäre also überhaupt nur und in dem Maße, wie diese nötig ist (»individueller Nahbereich«!), um ein reflektierter und aktiver Staatsbürger zu werden und zu bleiben? Dann wäre es eben doch, entgegen Kupkas eigener Versicherung, eine Unterwerfung des Rechts auf individuelle Freiheit unter die nicht komplementäre Pflicht, von dieser Freiheit nur in dem Umfang und in der Weise Gebrauch zu machen, daß damit der politischen Autonomie gedient wird. Das wäre mehr, als noch Savigny dem Recht im Verhältnis zur Sittlichkeit zugemutet hatte¹⁵. Ein Recht auf »Ausstieg« aus der Kommunikation muß aber, wenn man Wellmers Argument von der Unableitbarkeit individueller Freiheit aus kommunikativer Rationalität ernst nimmt, Ausstieg *tout court* bedeuten, auch wenn es psychologisch oder begrifflich nicht *denkbar* sein mag, daß jemand auf Dauer ohne Beschädigungen aus jeglicher Kommunikation sich zurückziehen könnte, und wenn es aus moralischen Gründen im Einzelfall sogar *empörungswürdig* wäre, daß jemand Kommunikation verweigert oder abbricht. Als *Recht* ist das negative Freiheitsrecht eben eine – sozial und politisch freilich sehr folgenreichende – *Abstraktion* von lebensweltlichen Gegebenheiten.

¹⁴ Frank Michelman, Justification and Justifiability of Law in a Contradictory World, NOMOS XVIII (1986), S. 71 ff. (91).

¹⁵ Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840 (Nachdr. Aalen, 2. Aufl. 1981), S. 332: »Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen inwohnenden, Kraft sichert. Sein Daseyn aber ist ein selbständiges, und darum ist es kein Widerspruch, wenn im einzelnen Fall die Möglichkeit unsittlicher Ausübung eines wirklich vorhandenen Rechts behauptet wird.«

Die Rechtsform (einschließlich des Rechts auf subjektive Freiheit) ist, wie Blanke dargestellt hat, gleichsam das Zerfallsprodukt traditionaler Sittlichkeit auf postkonventionellem Niveau. Daher läßt sie sich nur in ihrem funktionalen Ergänzungsverhältnis zu dieser postkonventionellen Moral erläutern: »Die Rechtsform ist überhaupt kein Prinzip, das sich, sei es epistemisch oder normativ, ›begründen‹ ließe« (143). Die Rechtsform als solche ist diskurstheoretisch unableitbar. Von den unvermeidlicherweise zu unterstellenden Präsuppositionen kommunikativen Handelns führt kein begründungstheoretischer Weg zum Recht; auch nicht im Sinne einer »sanften Nötigung«. Dagegen spricht nicht nur die oben dargelegte Unableitbarkeit des Rechts auf subjektive Freiheit aus kommunikativer Rationalität, sondern auch die Unableitbarkeit der dazu komplementären, wechselseitigen Zwangsbefugnis der Rechtssubjekte. Erzwungene und rational motivierte Normbefolgung schließen einander aus. Freilich gibt es für eine kognitivistisch gewordene Moral wiederum *funktionale* Gründe, mögliche Gegenmotive durch Zwang zu entkräften. Mit den Prinzipien einer postkonventionellen Moral ist ein solcher Zwang aber nur vereinbar, wenn er nicht gleichzeitig die Freiheit des Normadressaten ausschließt, Normen aus beliebigen, also auch (aber nicht nur) moralischen Motiven zu befolgen. Diese Vereinbarkeit garantiert allein das Recht.

Infolge der diskurstheoretischen Unableitbarkeit der Rechtsform gibt es für sprach- und handlungsfähige Subjekte keine irgendwie geartete normative Notwendigkeit, sich zu einer Rechtsgemeinschaft zusammenzuschließen (wie Kant noch das »*exeundum*« glaubte, als einen moralischen Imperativ begründen zu müssen). Vielmehr ist der *Entschluß*, sich der historisch vorgefundenen Rechtsform zu bedienen, um das Zusammenleben mit Hilfe des positiven Rechts legitim zu regeln, *völlig kontingent*.¹⁶ Die Option, auf eine rechtsförmige Organisation des Zusammenlebens überhaupt zu verzichten, bleibt für jede Gesellschaft offen – wenn auch ihre Wahrnehmung angesichts fehlender funktionaler Äquivalente gegenwärtig kaum vorstellbar ist. Denn es gibt viele *funktionale Gründe* dafür, sich zu einer Rechtsgemeinschaft zusammenzuschließen, die mit den von Blanke genannten Defiziten einer postkonventionellen Moral (die freilich aus moraltheoretischer Sicht auch Vorteile sind!) zusammenhängen und mit den Organisations- und Steuerungsproblemen komplexer Gesellschaften (145–151).

Aber wenn eine Gesellschaft sich dazu entschließt, dann muß sie jene Eigenschaften des Rechts hinnehmen, die sich aus dem funktionalen Ergänzungsverhältnis zur postkonventionellen Moral ergeben und die sich zusammenfassen lassen als Eigenschaften einer »erwartungsstabilisierenden Ergänzung« (151) zur Moral. Dazu gehört an prominenter Stelle auch die Privatautonomie als Kehrseite der Zwangsbefugnis. Diese Eigenschaften sind historisch gegeben und als erwartungsstabilisierende Ergänzung zur postkonventionellen Moral funktional erklärbar. Sie beschreiben nichts anderes als die Rechtsförmigkeit der Regelung sozialer Interaktionen überhaupt. Wenn eine Gesellschaft ihre sozialen Interaktionen überhaupt so regeln will, daß sie die Befolgung legitimer Normen durch ihre Bürger zwangsweise durchsetzt, ohne dabei ihre moralischen Intuitionen zu verletzen und rationale Motivierbarkeit

¹⁶ Selbstverständlich ist dieser Entschluß nur aus diskurstheoretischer Sicht kontingent. Unbestritten bleibt, daß er historisch (und gesellschaftlich) von sehr komplexen und unwahrscheinlichen Voraussetzungen bedingt ist. So muß sich z. B. erst ein postkonventionelles Moralbewußtsein historisch etabliert haben, vor dessen Hintergrund das moderne Recht seine spezifischen (die Moral funktional ergänzenden) Formeigenschaften erhält, die den Entschluß, das Zusammenleben rechtsförmig zu regeln, faktisch motivieren können.

überhaupt auszuschließen¹⁷, dann muß sie sich dieser Rechtsform mit den angegebenen Eigenschaften bedienen. Um es noch einmal zu wiederholen: Sie muß sich dazu nicht entschließen. Andere Regelungsweisen wären dann eben keine rechtsförmigen.

Diese Eigenschaften der Rechtsform dürfen nicht verdinglicht und als normatives Substrat der demokratischen Selbstbestimmungspraxis der Staatsbürger einschränkend zugrundegelegt werden. Vielmehr tritt diese Rechtsform mit ihren Eigenschaften nun in den kreisförmigen Verschränkungsprozeß mit dem Diskursprinzip ein, und erst aus diesem geht das System der Rechte (nicht die Rechtsform!) hervor, und zwar zunächst aus der Sicht des Theoretikers, dann, mit der Etablierung politischer Teilnahmerechte und demokratischer Verfahren der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung, aus den Beratungen und Entscheidungen der politisch autonomen Staatsbürger.

In diesem Kontext ist auch die Passage zu verstehen, daß die erste Triade von Rechten (subjektive Freiheitsrechte, Mitgliedschaftsrechte, Rechtsweggarantie) aus der logischen Genese des Systems der Rechte insofern nur die private Autonomie von Rechtssubjekten gewährleiste, »als diese sich zunächst gegenseitig in ihrer Rolle als *Adressaten* von Gesetzen anerkennen und damit einen Status einräumen, aufgrund dessen sie Rechte beanspruchen und gegeneinander geltend machen können« (156). Blanke widerspricht: »Wenn sich Bürger wechselseitig den Status als Rechtssubjekte und Träger von Rechten einräumen können, dann sind sie Urheber dieser Ermächtigung«. Selbstverständlich sind die Bürger, soweit sie sich wechselseitig als Adressaten des Rechts anerkennen, in einem *funktionalen* Sinne auch bereits Autoren – so wie die Bürger des Hobbesschen Naturzustands oder das Kantische Volk von klugen Teufeln auch in gewissem Sinne die Urheber ihres wechselseitig eingeräumten Freiheitsrechts sind, das ihnen als natürliches Recht irgendwie »angeboren« ist oder ihnen auf andere Weise ursprünglich innewohnt. Deshalb kann auch der Theoretiker, der das Diskursprinzip mit der Rechtsform verschränkt, an dieser Stelle gleichsam noch von außen beobachten, daß die Bürger, die sich entschlossen haben, ihr Zusammenleben mit Hilfe legitimen Rechts zu regeln, sich wechselseitig implizit auch die Rolle eines Autors ihrer Rechte einräumen müssen, als deren Träger sie sich wechselseitig anerkennen. Immerhin wäre es ohne Diskursprinzip noch nicht einmal von außen – geschweige für die Bürger selbst – möglich zu erkennen, daß die Träger der Rechte auch Autoren sein müssen. Wie zumal die Traditionen des Natur- und Vernunftrechts zeigen, kann auch die implizite Urheberschaft durch Projektion in die »Natur« oder die intelligible Welt verdeckt werden. Das Diskursprinzip läßt darüber hinaus auch noch eine zweite Implikation des Entschlusses, das Zusammenleben rechtsförmig zu regeln, bewußt werden: Es müssen *gleiche* Rechte auf subjektive Freiheit sein. Auch diese Voraussetzung ist nicht, wie Blanke vermutet, widersprüchlich, weil sie schon implizit bei der Charakterisierung der Rechtsform als solcher auftaucht wie auch explizit als Folge der diskursiven Verschränkung von Rechtsform und Diskursprinzip. Daß ein Zusammenleben in subjektiver Freiheit an sich nur in Form eines gleichen Rechts auf Freiheit (mit gleichen Durchsetzungsrechten) möglich ist, läßt sich für diejenigen, die ihre individuelle Freiheit entsprechend einschränken sollen, nur einsehen, wenn ihnen ein gegenseitiger Perspektiven-

¹⁷ Und wenn sie die weiteren Vorteile einer rechtsförmigen Koordination nutzen will; vgl. nochmals 145–151. Um die Argumentation nicht unnötig kompliziert werden zu lassen, steht hier nur die Dyade von Zwangsbefugnis und Privatautonomie als markante Eigenschaft der Rechtsform im Vordergrund. An ihr wird zudem die diskurstheoretische Unableitbarkeit der Rechtsform besonders sinnfällig. Das sollte jedoch nicht das Mißverständnis aufkommen lassen, daß sich die Rechtsformanalyse in der Explikation dieser Eigenschaften erschöpfe.

wechsel möglich ist (vgl. dazu 118 ff.). Diese Bedingung, und damit die Einsicht in die Notwendigkeit der Gleichverteilung des Rechts auf subjektive Freiheit, wird erst durch das Diskursprinzip explizit gemacht, und zwar zunächst für den Theoretiker, der das Diskursprinzip auf die Rechtsform anwendet, um die erste Triade gleicher subjektiver Rechte zu generieren, sodann von den Bürgern selbst, die in demokratischen Verfahren die Hintersichten festlegen, nach denen sie ihre subjektiven Rechte gleich verteilen.

Doch mit der Etablierung der ersten Triade von gleichen subjektiven Rechten gerät die logische Genese des Systems der Rechte an eine Verzweigung, die in wenigstens zwei verschiedene Richtungen führt. Je nach dem, welche Richtung nun eingeschlagen wird, führt der weitere Weg der logischen Genese entweder kreisförmig zu ihrem Ausgangspunkt zurück oder er endet in der Sackgasse des Leviathan, aus der es nur denselben Weg zurück in einen Naturzustand gibt. An dieser Verzweigung entscheidet sich, ob die Rechtssubjekte mit dem folgenden Schritt ihre funktionale Urheberschaft wieder *abtreten* (z. B. an einen Leviathan) und damit die Definitionsmacht über die Ausgestaltung und weitere Institutionalisierung des Systems der Rechte an eine höhere Gewalt abgeben¹⁸, oder ob sie ihre bisher nur funktionale Urheberschaft auch *normativ validieren*, indem sie sich wechselseitig politische Teilnahmerechte an demokratischen Verfahren der (Verfassungs-)Gesetzgebung einräumen, wodurch sie nicht nur implizit und funktional, sondern auch explizit und normativ zu Autoren ihrer subjektiven Freiheitsrechte werden. Wenn sie den ersten Weg beschreiten, wird ihr Status als Rechtssubjekte, die gleiche Rechte auf Handlungsfreiheit haben, nicht von ihnen selbst, sondern von jener höheren Gewalt zugewiesen oder auch wieder weggenommen, an welche sie ihre implizite Autorenrolle abgetreten haben. Nur wenn sie den letztgenannten Weg beschreiten, können sie ihre implizite Autorenrolle behalten und sie zugleich als Ausdruck ihrer politischen Autonomie verstehen. Dazu brauchen sie aber das Diskursprinzip.

Nun ist beim Beschreiten dieses zweiten Weges jedoch nicht von vornherein klar, daß die Richtung über das Diskursprinzip wieder zum Ausgangspunkt führt, von dem aus der Kreisprozeß fortgesetzt werden kann. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Autonomie, mit der die Bürger sich zu Autoren ihrer Rechte machen, nicht als eine zweite Stufe *höherer* und vom Recht konzeptuell *unabhängiger* Legitimität, sondern auf *derselben* Legalitätsstufe, mit den Mitteln des positiven Rechts selbst, eingerichtet wird. An dieser Stelle fordert das mit der Rechtsform sich verschränkende Diskursprinzip zwar, daß die Autoren des Rechts ihre Autonomie als Teilnehmer an rationalen Diskursen ausüben können – aber nicht in der Weise, daß sie zum Zweck der Selbstgesetzgebung aus der Sphäre der Legalität in eine Sphäre reiner Diskurslegitimität eintreten und von Rechtssubjekten zu ausschließlich rational motivierten, allein am Ziel der kooperativen Wahrheitssuche orientierten Teilnehmern werden. Vielmehr treten die Bürger, die sich nun unter Anleitung des Diskursprinzips zu Autoren ihrer Rechte machen wollen, einander schon als Rechtssubjekte gegenüber, und sie haben sich schon dazu entschlossen, ihr Zusammenleben mit Hilfe von Normen zu regeln, deren Verbindlichkeit nur unter der Bedingung zwangsförmig abgesichert werden darf, daß den Adressaten zugleich Handlungsfreiheit eingeräumt wird. Als solche Rechtssubjekte, die sich als Adressaten solcher Normen verstehen, können sie allein dann zu Autoren ihrer Rechte werden, wenn sie auch als Autoren noch Rechtssubjekte bleiben, und wenn sie die

¹⁸ Mit der Folge, daß der Theoretiker weiterhin nur von außen beobachtet und dabei mehr sieht als die betroffenen Bürger (z. B., daß die Träger der Rechte implizite Urheber sind, daß die Gleichverteilung der Rechte ein Reziprozitätsprinzip voraussetzt, das den Bürgern unbekannt bleibt – kurz: die Bürger können die Perspektive des Theoretikers nicht internalisieren).

Verfahren, in denen sie ihre Autorenrolle spielen, mit Hilfe solcher Normen institutionalisieren, die den Adressaten zugleich Handlungsfreiheit einräumen. Damit wird die Legitimation des Rechts keineswegs zu der von Kupka befürchteten systemtheoretischen Tautologie, nach der es eben immer nur und immer schon das Recht ist, das sagt, was Recht ist. Zwar kann politische Autonomie nur als *rechtsförmige* Selbstgesetzgebung von *Rechtssubjekten* für *Rechtssubjekte* institutionalisiert werden – aber das ist eben nur eine notwendige Bedingung, nicht auch eine hinreichende, welche zusammen erst die rechtsförmige Selbstgesetzgebung zur Tautologie machen würden. Das Diskursprinzip legt nämlich fest, daß die Rechtssubjekte, die sich als Rechtssubjekte ihre Rechtsnormen in rechtlich institutionalisierten Verfahren selbst geben, dies nur in einer solchen *Art* von rechtlich institutionalisierten Verfahren tun sollen, die allen Rechtssubjekten die gleichberechtigte Teilnahme an rationalen Diskursen ermöglichen – und das heißt nichts anderes, als in *demokratischen* Verfahren der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung und als Träger gleicher subjektiver *Rechte auf politische Teilnahme*. Das Medium der Institutionalisierung des Diskursprinzips (die Rechtsform) ist ebensowenig beliebig wie die Wahl der Legitimität verbürgenden Verfahrensart, die im Medium des Rechts institutionalisiert werden soll (diskursive Selbstgesetzgebung). Deshalb ist es ebenso verfehlt, in dieser logischen Genese des Systems von Rechten eine tautologische Legalität durch Legalität zu vermuten wie eine Legalität durch höherstufige Legitimität. Es handelt sich statt dessen um Legitimität *durch Legalität*.¹⁹

Auch an dieser Stelle läßt sich das Gemeinte durch einen Vergleich mit Alternativen verdeutlichen. Statt ihre Autonomie von vornherein rechtsförmig auszuüben und ihre politische Autonomie als Rechtssubjekte wahrzunehmen, könnten die Bürger sich auch entschließen, das Recht ihrer moralischen oder ethischen Autonomie zu unterwerfen und die Rolle des Autors ihrer Rechte als moralische oder ethische Subjekte wahrzunehmen. Sie müßten dann das Verfahren der Verfassungsgebung, die Verteilung ihrer Grundrechte, als moralische Gesetzgebung mit Blick auf die Menschheit überhaupt einrichten oder als kollektive Verständigung über ein authentisches Ethos ihrer Gemeinschaft in Abgrenzung von anderen. Sie würden dann beim Übergang von der Adressaten- zur Autorenrolle nicht nur einen rechtsinternen, technischen Rollenwechsel *innerhalb* ihres Status als Rechtssubjekt vollziehen, sondern einen *exklusiven* Statuswechsel: z. B. vom egozentrischen bourgeois zum citoyen als Angehöriger der *volonté générale*, vom Untertan als homo phaenomenon zum Mitgesetzgeber als homo noumenon, folglich, wie Kant klar hervorhebt, sich selbst »als eine andere Person« gegenüberreten.²⁰ Außerdem müßten sie nun umgekehrt sich auch in ihrer Rolle als Adressaten des Rechts wiederum an ihre moralische Einsicht und ethische Klugheit binden und dürften die Rechtsnormen nur aus diesen Motiven befolgen und ihre Rechte nur in moralisch oder ethisch angemessener Weise wahrnehmen.²¹ Wohlgemerkt: Das entgegengesetzte Schema einer rechtsförmigen Institutionalisierung demokratischer Verfahren der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung schließt keineswegs aus, daß *innerhalb* dieser Verfahren moralische oder politisch-ethische Diskurse stattfinden, in denen die Teilnehmer eine entsprechende universalistische oder kollektive Perspektive einnehmen müssen (aus moralischen oder ethischen, nicht aus rechtlichen Gründen!), wenn sie ein moralisches oder ethisches Problem lösen wollen. Demokratische Verfahren sind ja nichts anderes als rechtlich, und das heißt, extern, durch subjektive Teilnahmerechte und positive Ver-

19 Jürgen Habermas, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, in: KJ 1987, S. 1 ff.

20 Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, ed. Weischedel, Band IV, Darmstadt 1975, S. 457 (A 203).

21 Vgl. dazu Klaus Günther, Individuelle Zurechnung in demokratischen Verfassungsstaat, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 2 (1994), S. 143 ff.

fahrensnormen institutionalisierte, rationale Diskurse. Und das Medium der rechtlichen Institutionalisierung darf in die interne Logik der je nach Art der Fragestellung zu führenden Argumentationen nicht eingreifen (vgl. dazu 142; aber auch: 429 ff.). Aber, und dies ist der Unterschied ums Ganze, die Diskurstheorie des Rechts mutet den Teilnehmern in diesen Fällen nicht zu, ihren Status als Rechtssubjekt aufzugeben, um *ganz* zu einem moralischen Subjekt oder zum Mitglied einer ethischen Gemeinschaft zu werden. Und sie garantiert außerdem, daß das Ergebnis solcher Verfahren *Rechtsnormen* sind, die nur für die Rechtsgenossen der entsprechenden Rechtsgemeinschaft gelten und von den Rechtssubjekten aus beliebigen Motiven unter Wahrung ihrer Handlungsfreiheit und nicht *allein* aus moralischen oder ethischen Motiven befolgt werden können.

Vor diesem Hintergrund klärt sich auch Blankes Mißverständnis auf, das Diskursprinzip und die Rechtsform könnten keine »ermöglichende Bedingung« politischer Autonomie sein, ohne diese zugleich »einzuschränken«²². Ermöglichende Bedingungen sind sie im strikten Sinne der Konstitutivität, d. h., ohne sie gibt es keine politische Autonomie (und kein legitimes Recht). Das Demokratieprinzip (als Prinzip der rechtsförmigen Institutionalisierung rationaler Diskurse) geht nur aus der *Verschränkung* von Diskursprinzip und Rechtsform hervor, weshalb die Rechtsform keine *Beschränkung* der politischen Autonomie sein kann. Die Rede von einer Bedingung, die zugleich eine Beschränkung wäre, würde erst dann einen Sinn ergeben, wenn mehrere Varianten politischer Autonomie denkbar wären, einige mit Rechtsform und einige ohne. Dann wäre es bei einem anschließenden Vergleich sinnvoll zu sagen, die eine Variante der politischen Autonomie sei durch die Rechtsform »beschränkt«, während die andere ohne Rechtsform auskomme. Indes wäre die Rechtsform dann auch keine konstitutive Bedingung mehr für politische Autonomie. Diese Möglichkeit soll jedoch durch das systematische Verschränkungsargument gerade ausgeschlossen werden. Eine politische Autonomie ohne Rechtsform wäre ein *aliud*. Eine »Beschränkung« liegt dann allenfalls darin, daß ohne Rechtsform eben *keine* politische Autonomie zu haben ist. Um in Blankes Bild zu bleiben: Ohne Befolgung der Gesetze der Statik keine Mauer (von seltenen statischen Bauwundern abgesehen). Ein Souverän, der die Rechtsförmigkeit seiner politischen Autonomie verletzte, würde damit seine politische Autonomie beseitigen. Die Berechtigung und die Zweckmäßigkeit der Behauptung, die Rechtsform sei ein *definiens* politischer Autonomie, lassen sich selbstverständlich bestreiten, doch hätte das nichts mit der Frage zu tun, ob die ermöglichende Bedingung auch einen beschränkenden Effekt haben müsse. Etwas anderes wäre die Frage, ob *rationale Diskurse* durch ihre rechtsförmige Institutionalisierung »beschränkt« würden, ob also die durch demokratische Verfahren ermöglichte politische Autonomie ein *aliud* gegenüber rationalen Diskursen wäre. Die Antwort auf diese Frage ist hier jedoch nicht kontrovers.

Jetzt schließt sich der Kreis²³: Das »System der Rechte« ist nicht schon mit der Rechtsform identisch, sondern erst das Produkt der Verschränkung von Rechtsform und Diskursprinzip. Mit der Genese des Demokratieprinzips wird das System der Rechte nicht »lediglich rückwirkend . . . validiert«, sondern rückwirkend in die politisch autonome Verfassungspraxis internalisiert. Das Demokratieprinzip gibt dem

22 Der gleiche Einwand wird auch von Wellmer (Fn. 8), S. 47 Fn. 38, erhoben.

23 Wenn die vierte Kategorie von Rechten, subjektive Rechte auf gleiche soziale Teilhabe, noch hinzugenommen wird. Deren Begründung ist hier jedoch nicht kontrovers. Vgl. dazu aber die Auseinandersetzung zwischen Günter Frankenberg, *Solidarität in einer »Gesellschaft der Individuen«?* Stichworte zur Zivilisierung des Sozialstaats, in: ders. (Hrsg.), *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1994, S. 210 ff. und Jürgen Habermas in seiner Entgegnung auf die Beiträge im Special Issue on Jürgen Habermas' Contribution to Legal Theory, (Fn. 2).

Diskursprinzip seine rechtsförmige Gestalt, durch welche sich moralische von juristischen Diskursen unterscheiden. Als rechtlich institutionalisierte Demokratie enthält der Diskurs aber schon die Rechtsform und damit den Begriff eines Rechts auf Privatautonomie. Darin unterscheidet er sich von einem moralisch-praktischen Diskurs (vgl. 138 ff, insbes. 142). Von dem Augenblick an, da die logische Genese des Systems der Rechte das gleiche Recht auf politische Teilnahme hervorbringt, tritt der Theoretiker, der in hypothetischer und fallibler Weise die Rechtsform mit dem Diskursprinzip verschränkt, seine Kompetenzen an die Staatsbürger und ihre Selbstbestimmungspraxis ab, die nun selbst das gesamte System der Rechte (einschließlich des Rechts auf politische Teilnahme) ihrer demokratischen Verfassungspraxis unterwerfen. Und diese Unterwerfung ist total; es bleibt kein Rest, den ein Natur- oder Vernunftrechtstheoretiker der demokratischen Selbstbestimmungspraxis von außen noch entgegenhalten könnte, um diese Praxis normativ daran zu messen. Daher ist das Demokratieprinzip der »Kern eines Systems von Rechten« (155).

Deshalb wären die »Rechte« des Systems besser nur als »Rechtsprinzipien, an denen sich der Verfassungsgesetzgeber orientiert« (160), zu verstehen und keineswegs als »ein komplettes Programm von Rechten«, das der demokratischen Selbstbestimmung der Bürger »vorausliegt« (Kupka). »Interpretation und Ausgestaltung« eines Systems von Rechten heißt nicht bloße nachträgliche Ratifikation eines Naturrechts (dagegen vor allem die Passagen 160 ff.). Auch die Interpretation und Ausgestaltung der »Privatautonomie« läßt einen weiten Spielraum offen und fällt nicht, wie oben schon erläutert, mit einem possessiv-individualistischen Verständnis zusammen. Bis jetzt ging es ja nur um Privatautonomie als »Rechtsprinzip« – daraus folgt noch kein einziges konkretes Grundrecht! All dies wird nun zu einer Angelegenheit der demokratischen Verfassungs- und Gesetzgebungspraxis. Um es am Beispiel des Eigentums zu erläutern: Das Recht auf Eigentum war noch für Kant, wie das gesamte Privatrecht, ein natürliches Recht, das dem durch den vereinigten Willen aller Staatsbürger erst noch zu schaffenden öffentlichen Recht in der von Kupka und Blanke perhorreszierten Weise vorausgeht; nach der Diskurstheorie des Rechts müßten die Staatsbürger selbst erst einmal beraten und entscheiden, ob überhaupt und in welcher Gestalt ein subjektives Recht auf Eigentum erforderlich ist, um das größtmögliche Maß an gleicher subjektiver Freiheit zu gewährleisten. Alles, was Kant über »intelligiblen Besitz« als Bedingung äußerer Freiheit naturrechtlich festschreibt, steht aus diskurstheoretischer Perspektive einem demokratischen (Verfassungs-)Gesetzgeber zur Disposition²⁴ – nur die Privatautonomie selbst nicht, weil sie nicht nur historisch kontingent ausgestaltetes Produkt, sondern zugleich auch notwendige Voraussetzung demokratischer Verfassungspraxis ist, wie umgekehrt eine demokratische Verfassungspraxis Voraussetzung dafür ist, daß Staatsbürger auch in einem veritablen Sinne privatautonom sein können und nicht bloß passive Empfänger eines von Dritten zugewiesenen Gestaltungsspielraums, der ihnen auch wieder genommen werden kann. Heute stehen ohnehin andere, die Privatautonomie ausgestaltende Rechte im Vordergrund, wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Recht der Frauen auf selbstbestimmte Schwangerschaft, das Selbstbestimmungsrecht des Bürgen gegenüber mächtigen Kreditgebern oder spezielle Schutzrechte für Minderheiten.

²⁴ Mit dieser Bemerkung soll nicht zu dem exegetischen Streit Stellung genommen werden, ob sich Kants Privatrechtstheorie nicht doch besser als ein Beitrag zu einer Demokratietheorie verstehen lasse. S. dazu Ingeborg Maus, Zur Aufklärung der Demokratietheorie, Frankfurt am Main 1992, S. 148 ff., einerseits, und Reinhard Brandt, Radikaldemokratie in Königsberg, in: Rechtshistorisches Journal 12 (1993), S. 202 ff., andererseits.

Nunmehr müßte sich auch die scheinbare terminologische Verwirrung von Rechtsform, Rechtsmedium und Rechtscode aufklären. Geht man noch einmal zurück zu dem kontingenten Entschluß einer beliebigen Gemeinschaft von Bürgern, ihr Zusammenleben durch positives Recht legitim zu regeln, dann hat das »System der Rechte« eine Funktion, die sich vielleicht mit Hilfe der Unterscheidung zwischen »Tiefengrammatik« und »Oberflächenstruktur« einer Sprache angemessen beschreiben läßt: Das System der Rechte ist eine Art Tiefengrammatik, derer sich die Bürger bedienen, sobald sie sich entschlossen haben, ihr Zusammenleben mit den Mitteln des positiven Rechts überhaupt und in legitimer Weise zu regeln. Mit ihrer Hilfe können sie die Oberflächenstruktur einer künstlichen »Sprache« konstruieren, in welcher sie ihre Angelegenheiten überhaupt erst rechtlich zu regeln vermögen. Die Rede von einem »Code« empfiehlt sich, weil das Recht auch ein geregeltes Symbolsystem ist, das es den Bürgern ermöglicht, ihre Interaktion nun in der Weise zu »codieren«, daß sie sich *überhaupt* als Träger von subjektiven Rechten und privat-autonome Adressaten von erzwingbaren Rechtsnormen, als Kläger und Beklagte vor einem Gericht wechselseitig ansprechen und anerkennen, also in der Sprache des Rechts kommunizieren können. Damit steht nun auch ein geregeltes Symbolsystem zur Verfügung, das als *Medium* für die Steuerung beliebiger sozialer Interaktionen zwischen Rechtssubjekten und für ihre Selbstorganisation als eine Rechtsgemeinschaft eingesetzt werden kann. Aber der so weit konstruierte Rechtscode besteht bis jetzt nur aus der Hälfte der Elemente, die mit der logischen Genese des Systems der Rechte hervorgebracht werden müssen. Blankes und Kupkas Verwirrung löst sich auf, wenn bedacht wird, daß der Rechtscode zwar bereits mit der ersten Triade von Rechten (subjektive Freiheitsrechte, Mitgliedschaftsrechte und Rechtsweggarantie) gegeben ist oder »zur Verfügung steht«, aber von den Staatsbürgern gleichsam noch nicht »gesprochen« werden kann. Bisher war stets nur vom Rechtscode »als solchen« die Rede, und seine tiefengrammatische Struktur wurde gleichsam aus der externen Perspektive eines linguistischen Beobachters rekonstruiert. Um von diesem Code auch effektiv Gebrauch machen zu können, um die Tiefengrammatik auch in die Oberflächenstruktur einer verwendbaren Rechtssprache zu transformieren und die Sprache des Rechts in ihren Interaktionen zu sprechen, benötigen die Bürger auch noch Generations- oder Performanzregeln. Der Rechtscode ist darauf angewiesen, daß er von den Sprechern selbst konstruiert wird. Anderenfalls könnten die Bürger sich dem Rechtscode nur wie einer Art objektiver Grammatik unterwerfen. Deshalb müssen sie Kommunikationsformen einrichten, in denen sie ihre Rechtssprache generieren und verwenden können: eine demokratische Verfassungspraxis. Freilich bedienen sie sich jetzt des schon zur Verfügung stehenden Rechtscodes und adressieren sich bei der Einrichtung demokratischer Verfahren wechselseitig als Rechtssubjekte. »Der Rechtscode ist Rechtssubjekten [...] als die einzige Sprache, in der sie ihre Autonomie ausdrücken können, vorgegeben« (160).

Erst mit der rechtsförmigen Institutionalisierung der Demokratie können die Staatsbürger die von ihnen bis dahin unausgesprochene (und nur vom linguistischen Beobachter explizit gemachte) Voraussetzung eines Rechtscodes zum Thema ihrer öffentlichen Meinungs- und Willensbildung, d. h. ihrer »demokratischen bürgerschaftlichen Selbstbestimmung« (Kupka) werden lassen. Und erst jetzt ist die Rechtsform nicht nur für den linguistischen Beobachter ein Rechtscode »als solcher«, sondern auch für Staatsbürger, die sich nun im Medium dieses Codes »als eine freiwillige Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen verstehen« können (143).

Das Demokratieprinzip ist daher nicht nur das Prinzip für die rechtsförmige Institutionalisierung von Verfahren der politisch autonomen Verfassungs- und einfachen Gesetzgebung, sondern es steuert auch »die Erzeugung des Rechtsmediums selbst« (142 f.), »gewährleistet« also »auch das Medium selbst [. . .], in dem [die vernünftige politische Willensbildung] als der gemeinsame Wille frei assoziierter Rechtsgenossen ihren Ausdruck finden kann« (143). Entsprechend steht auch der Rechtscode einerseits mit der ersten Triade von Rechten schon »zur Verfügung« und wird andererseits von der autonomen Verfassungspraxis der Staatsbürger erst hervorgebracht. Der Grund liegt darin, daß die historisch aufgelesene moderne Rechtsform im Gegensatz zu naturwüchsigen Interaktionsregeln (die selbstverständlich auch zu einem großen Teil in den propositionalen Gehalt einzelner Rechtsnormen eingehen) einen »künstlichen Charakter« hat, eine »intentional erzeugte und reflexive, nämlich auf sich selbst anwendbare Schicht von Handlungsnormen« ist (142). Wenn diese spätestens seit H. L. A. Harts Unterscheidung zwischen primären und sekundären Regeln bekannte, genuin konstruktive Natur des Rechts zur modernen Rechtsform gehört, dann ist die historisch aufgelesene Rechtsform sozusagen a priori stets an ein Konstruktionsmedium gebunden. Moralische Normen werden »entdeckt« (und dann, gewiß, in moralischen Diskursen nachkonstruiert), Rechtsnormen müssen aber von vornherein »konstruiert« werden – und die entscheidende Frage lautet dann, *wer* unter *welchen* Bedingungen die *nur* als Konstruktionen möglichen Rechtsnormen konstruiert. Diese Frage bleibt aber mit der logischen Genese der ersten Triade von Rechten, also mit der Etablierung des Rechtscodes und des Rechtsmediums »als solchen«, noch offen; die Stelle des Konstrukteurs und des Konstruktionsverfahrens ist noch unbesetzt. Und über dieses Konstruktionsmedium muß das Diskursprinzip gleichfalls Auskunft geben können, wenn es sich mit der Rechtsform verschränken soll. Daß die Rechtsform zunächst »von außen« an das Diskursprinzip herangetragen wird, darf nicht zur Konsequenz haben, daß die offene Frage nach dem Konstruktionsmedium unbeantwortet bleibt. Die mit dem Diskursprinzip gegebene Antwort lautet, daß als Konstruktionsmedium nur rechtsförmig institutionalisierte, demokratische Verfahren der Meinungs- und Willensbildung in Frage kommen, und als Konstrukteur nur die politisch autonomen Staatsbürger. »Deshalb muß das Demokratieprinzip nicht nur ein Verfahren legitimer Rechtsetzung festlegen, sondern *die Erzeugung des Rechtsmediums selber steuern*« (142 f., Hervorh. J.H.). Da sich das Demokratieprinzip selbst aber wiederum der Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform verdankt, ist hier die Rechtsform sowohl Voraussetzung als auch konstruiertes Produkt der Demokratie.

Die bloße »Rechtsform« bedeutet also – vor allem: normativ – noch gar nicht so viel, in ihrer Eigenschaft als artifizielles, konstruktionsbedürftiges gesellschaftliches Gestaltungsmedium muß sie vielmehr erst durch das Demokratieprinzip, (d. h. infolge der Verschränkung von Rechtsform und Diskursprinzip!) etabliert werden. Ohne Demokratie gäbe es also noch nicht einmal das geeignete Ausdrucksmedium, in welchem Staatsbürger ihre Beziehungen *rechtsförmig* regeln könnten – sie hätten keine Rechtsgrammatik, in welcher sie selbst ihre Ansprüche, Erwartungen etc. *als Rechte* formulieren könnten: »Aus der Sicht des Diskursprinzips muß begründet werden, welchen Bedingungen Rechte überhaupt genügen müssen, wenn sie sich für die Konstituierung einer Rechtsgemeinschaft und als Medium der Selbstorganisation dieser Gemeinschaft eignen sollen. Deshalb muß mit dem System der Rechte zugleich die *Sprache* geschaffen werden, in der sich eine Gemeinschaft als eine freiwillige Assoziation freier und gleicher *Rechtsgenossen* verstehen kann« (143 – Herv. J. H.).

In diesem Sinne expliziert das System der Rechte auch den »performativen Sinn« der

Verfassungspraxis, auf welche sich die Bürger einlassen müssen, wenn sie sich rechtsförmig zusammenschließen wollen: »Und zwar explizieren die Bürger mit einer aus der Sicht ihrer Situation gefundenen Lesart des Systems der Rechte lediglich den Sinn eben des Unternehmens, auf das sie sich schon eingelassen haben, sobald sie sich entschließen, ihr Zusammenleben durch Recht legitim zu regeln« (163). Wenn man will, könnte man sagen, daß das »System der Rechte« die unvermeidlichen Präsuppositionen jenes kontingenten Entschlusses bezeichnet: Als Explikationen des Sinnes von »rechtsförmig« und »legitim« enthalten diese Rechte zugleich die Performanzregeln für eine politisch autonome Verfassungspraxis.

IV. Diskurs- und Moralprinzip: Falsche Hierarchien

Thomas Blanke zieht aus dem Umstand, daß das Demokratieprinzip die rationale Entscheidbarkeit praktischer Fragen überhaupt voraussetze, den Schluß, daß es auf einer ungeklärten Voraussetzung beruhe (1). Weil außerdem nach der Diskurstheorie des Rechts Rechtsnormen mit Moralnormen vereinbar sein müssen, befürchtet er eine Art Sogwirkung moralischer Diskurse für die öffentliche Meinungs- und Willensbildung und eine hierarchische Unterordnung ethischer, politischer und praktischer Diskurse sowie fairer Kompromißbildungsverfahren (2).

(ad 1) Die These, daß praktische Fragen überhaupt unparteilich beurteilt und rational entschieden werden können, bezieht sich auf die Auseinandersetzung mit non-kognitivistischen Ethiken. Diese interpretieren – mutatis mutandis – den Geltungsanspruch von praktischen Normen letztlich als Ausdruck irrationaler oder arationaler Werthaltungen, Einstellungen und Gefühle, als Ausdruck eines Macht- und Überwältigungsstrebens oder schließlich als Medium für die strategische Beeinflussung von Handlungsmotiven.²⁵ Gegen diese Positionen behauptet die Diskurstheorie, daß praktische Fragen rational klärbar sind. Die Argumente für die Behauptung entnimmt sie der formalpragmatischen Analyse regulativer Sprechhandlungen.

Mit der These, daß praktische Fragen überhaupt unparteilich beurteilt und rational entschieden werden können, ist noch nichts darüber gesagt, *wie* die verschiedenen *Arten* praktischer Fragestellungen unparteilich beurteilt und rational entschieden werden können. Die Argumentationsregeln operationalisieren das Diskursprinzip für verschiedene Arten praktischer Fragestellungen pragmatischer, ethisch-existentialer, ethisch-politischer und moralischer Diskurse sowie für die Fairneßregeln eines Verfahrens der Kompromißbildung. Das wird im Rahmen des »Prozeßmodells der vernünftigen politischen Willensbildung« in Kap. IV für die jeweils verschiedenen Arten von Fragestellungen näher erläutert (192 ff.). Dabei nimmt die Argumentationsregel für moralische Diskurse, das Universalisierbarkeitsprinzip, gewiß eine prominente Stellung ein, weil es den Präsuppositionen einer rationalen Argumentation über normative Geltungsansprüche am nächsten steht. Aber diese Präsuppositionen gebieten nicht von vornherein, daß praktische Argumentationen überhaupt nur als moralische Diskurse durchgeführt werden können. So ist z. B. die Bedeutung von »alle Betroffenen« je nach Diskurs verschieden, in moralischen die Menschheit überhaupt, in politisch-ethischen nur die Mitglieder einer Gemeinschaft.

Dabei ist es keineswegs so, daß »die Rationalität aller praktischen Diskurse [...]

²⁵ S. dazu als Überblick: Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. Frankfurt am Main 1991, S. 53 ff.

somit in letzter Instanz immer auf der Rationalität moralischer Diskurse [gründet]« (Blanke). Das Moralprinzip entscheidet nicht allein über die rationale Entscheidbarkeit praktischer Fragen; es ist ein Prinzip neben anderen, mit dem sich allein moralische Fragen rational entscheiden lassen.²⁶

(ad 2) Aus dem Erfordernis der Vereinbarkeit legitimer Rechtsnormen mit moralischen Normen folgt auch keine »kantische Dominanz der Moral gegenüber dem Recht« (Blanke). »Vereinbarkeit« bedeutet nur, daß legitime Rechtsnormen kein moralwidriges Verhalten gebieten (aber sehr wohl – wie z. B. die Lüge ohne wirtschaftlichen Schaden des Belogenen – erlauben) dürfen und die Möglichkeit einer Befolgung des Rechts aus moralischer Einsicht nicht a limine ausschließen dürfen. Was damit als möglicher Gehalt einer legitimen rechtlichen Regelung ausgeschlossen wird, ist nicht mehr – aber auch nicht weniger! – als eine Rechtsnorm, die von ihren Adressaten eine moralische Selbstverleugnung, ein Handeln gegen ihr Gewissen verlangt oder als einziges Motiv der Normbefolgung nur die Furcht vor Sanktionen zuläßt – also ein Terror-Recht. Wenn nach der diskurstheoretischen Definition der Adressat von Moralnormen die Menschheit überhaupt ist, fallen darunter vor allem solche Rechtsnormen, die die Ausführung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und gegen (schon weitgehend rechtlich positivierte) Menschenrechte gebieten, wie z. B. Folter, Genozid etc.

Selbstverständlich spiegelt sich in dem Vereinbarkeitspostulat auch die unbestrittene kantianische Forderung, daß das Gerechte einen Vorrang vor dem Guten in solchen Fällen genießen müsse, in denen die ethisch-politische Selbstverständigung einer Rechtsgemeinschaft die Verwirklichung eines kollektiven Wertes oder Gutes auf Kosten der Menschenrechte fordern würde. Darin liegt aber nichts Spezifisches der Diskurstheorie des Rechts.²⁷

26 Auf das Problem, ob sich auch faktisch die analytischen Unterscheidungen zwischen Diskursen aufrechterhalten lassen, gehe ich hier nicht ein, da Habermas selbst inzwischen auf die Schwierigkeiten hingewiesen hat (vgl. Nachwort zur 4. Aufl. von »Faktizität und Geltung«). Hinzuzufügen wäre aber noch der Hinweis auf die Möglichkeit einer politischen Kritik von Diskursvermengungen, die ohne eine analytische Unterscheidbarkeit zwischen verschiedenen Diskursarten nicht denkbar wäre. Vgl. dazu Klaus Günther, Warum es Anwendungsdiskurse gibt, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 1 (1993), S. 379 ff. (387 ff.).

27 Vgl. z. B. John Rawls, Der Vorrang des Rechts und die Ideen des Guten, in: ders., Die Idee des politischen Liberalismus, hrsgg. v. W. Hirsch, Frankfurt am Main 1992, S. 364 ff.