

sich wiederum nicht unmittelbar, sondern ergibt sich erst vor dem Hintergrund seiner – in Anlehnung an die Kantische Bestimmung des Rechtsprinzips vorgenommenen – Erläuterung der allgemeinen Charakteristika der Rechtsform. »Diese Erläuterung ist Bestandteil einer funktionalen Erklärung, nicht etwa eine normative Begründung des Rechts. Denn die Rechtsform ist überhaupt kein Prinzip, das sich, sei es epistemisch, sei es »normativ« begründen ließe« (143). Wenn nun aber für die Rechtsform die Gewährleistung subjektiver Freiheitsrechte konstitutiv ist und subjektive Freiheitsrechte eine für die staatsbürgerliche Autonomie und die Rationalität demokratischer Willensbildungsprozesse unerlässliche Voraussetzung bilden, dann sind mit der Rechtsform als solcher von Hause aus normative Konnotationen verbunden: Sie ist ein einzigartiges »Trägermedium« einer gesellschaftlichen Rationalitätsstruktur, welches durch seine spezifischen Eigenschaften (»Formbestimmungen«) subjektive Autonomie – auch in dem von Klaus Günther angegebenen Sinn des Ausstiegs aus kommunikativen Vergesellschaftungszwängen – überhaupt erst ermöglicht. Gewiß ist dieser der Rechtsform anhaftende normative Gehalt solange noch unentfaltet, wie er nicht im Licht des Diskursprinzips (und des Demokratieprinzips) universalisiert wird und als das Recht auf gleiche subjektive Handlungsfreiheiten allen Rechtsgenossen zukommt. Aber daß dies überhaupt möglich ist, verdankt sich der Form des Rechts. Denn sie ist keine Hülle, die mit beliebigen Inhalten gefüllt werden kann.

Thomas Kupka Jürgen Habermas' diskurstheoretische Reformulierung des klassischen Vernunftrechts¹

I.

Am Anfang war das Wort, das man sich gab, und das war ein Vertrag. So oder ähnlich ließe sich der Ausgangspunkt des theoretischen Programms überspitzen, mit dem Habermas aus der Fähigkeit der Menschen, einander ein Wort geben zu können, das komplizierte Verhältnis von Volkssouveränität und subjektiven Rechten erfassen will. Das ist so neu nicht. Ungewöhnlich ist indessen, auch schon die Anfänge der deutschen Zivilrechtsdogmatik, die bekanntlich für das hiesige Rechtsdenken modellbildend gewesen ist, auf den Schutz von Verhältnissen *unversehrter* Intersubjektivität zurückzuführen und dafür u. a. Savigny als Zeugen zu zitieren, nach dem ein Rechtsverhältnis »die der einzelnen Person zustehende Macht (sichere): ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht – und mit unserer Einstimmung herrscht«². Gewiß ist das Rechtsverhältnis – und zumal das privatrechtliche – ein Reziprozitätsverhältnis, in dem »Alter die Pflicht zur faktischen Normbefolgung nur dann zumutbar (ist), wenn er die Erwartung stabilisieren kann, daß Ego außer durch rationale Einsicht auch durch empirische Einwirkung dazu motiviert werden kann, die Reziprozitäts-

1 Die folgenden fragmentarischen Überlegungen beziehen sich auf das Kapitel III von J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M. 1992. Sie beschäftigen sich vor allem mit seiner *diskurstheoretischen Begründung der Grundrechte*. Für Anregungen danke ich Rolf Knieper. Vor verschiedenen Mißverständnissen hat mich Klaus Günther bewahrt, der mich jedoch nicht vor den hier möglicherweise noch verbleibenden schützen konnte. Auch ihm danke ich.

2 F. C. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, § 4; zitiert nach Habermas, (Fn. 1), 112.

bedingung zu erfüllen«³. Hingegen ist schon diese »empirische Einwirkung« eher charakteristisch für ein Machtverhältnis, in dem sich (wechselseitige) Zwangsbefugnisse generieren. Habermas' methodische Idealisierungen aber sind hinlänglich diskutiert und sollen an dieser Stelle nicht noch einmal aufgegriffen werden⁴. Hier genügt der Hinweis, daß schließlich auch schon Savigny von einem *Gebiet* sprach, in dem der individuelle Wille *herrscht*, und das, wie Habermas selbst bemerkt, nach der Entledigung seiner idealistischen Gehalte, spätestens seit Windscheid⁵ als Reflex einer objektiven Rechtsordnung gilt, die wohl eher strategische, wenngleich durchaus intersubjektive Beziehungen organisiert als sich auf den Schutz der äußeren Bedingungen *unversehrter* Intersubjektivität bezieht⁶.

In den vertragstheoretischen Konstruktionen von Hobbes und Locke, aber auch in denjenigen von Rousseau und Kant, war das Verhältnis von subjektiven Rechten und objektivem Recht noch umgekehrt. Hier allerdings unterschätzt Habermas den zentralen Stellenwert des Naturrechts bzw. jener transzendentalen Freiheit, die ihnen erst die Konstruktion des Gesellschaftsvertrags ermöglichte⁷. Insbesondere im Hinblick auf die den Privatvertrag als Modell überschreitenden Vertragstheorien von Kant und Rousseau will er zeigen, daß bei beiden, wenn auch noch nicht besonders deutlich, »sich im Gesellschaftsvertrag das moralisch begründete Recht der Menschen auf gleiche subjektive Freiheiten mit dem Prinzip der Volkssouveränität (verschränkt)«⁸. Das Problem dabei aber ist, will er dies als Leitfaden nehmen, daß er in der Naturrechtstradition dann seinerseits diese subjektiven Freiheiten als vorpolitische voraussetzen muß, wodurch er sein eigenes Erkenntnisziel, nämlich eine radikal-demokratische und diskurstheoretische Begründung subjektiver Rechte, nur schwer erreichen kann. Dies bestätigt Habermas implizit selbst, wenn er meint, daß »zu diesen beiden Ideen (der Menschenrechte und der Volkssouveränität – Th. K.) ... sich diejenigen Gehalte (verdichten), die gleichsam übrigbleiben, wenn die normative Substanz eines in religiösen und metaphysischen Überlieferungen verankerten Ethos durch den Filter posttraditionaler Begründungen hindurchgetrieben worden ist«⁹. Ein naturrechtlicher »Restgehalt« ist dem Filtrat mithin immanent.

II.

Um diese Vermutung zu begründen und um zu zeigen, daß sich Habermas hier in einem Dilemma befindet, dem er selbst nur widersprüchlich beikommen kann, sei im folgenden sein Gedankengang detailliert rekonstruiert. Schon sein theoretischer Ausgangspunkt enthält den Konflikt: Zum einen besteht für ihn »der gesuchte interne Zusammenhang zwischen Volkssouveränität und Menschenrechten darin, daß das System der Rechte genau die Bedingungen angibt, unter denen die für eine politisch autonome Rechtsetzung notwendigen Kommunikationsformen ihrerseits

3 K. Gunther, Der Sinn für Angemessenheit, Frankfurt/M. 1988, 315.

4 Siehe insbes. zu *Faktizität und Geltung* etwa U. Tietz, Faktizität, Geltung und Demokratie. Bemerkungen zu Habermas' Diskurstheorie der Wahrheit und der Normbegründung, in: Deutsche Zeitschrift f. Philosophie 41 (1993), 333 ff.

5 B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt/M. 1906, Bd. 2, § 37.

6 Zu den Bedingungen unversehrter Intersubjektivität, aus denen das Recht nach Habermas hervorgeht und die es gleichermaßen schützen soll, siehe die entsprechenden Passagen in *Habermas*, Faktizität, Kap. I.2 und I.3.

7 Vgl. auch die Kritik von K.-H. Ladewig, Subjektive Rechte und Theorie der Prozeduralisierung: Vom Universalismus des Rechts zur rechtlichen Modellbildung unter Ungewißheitsbedingungen, KJ 1994, 42, 48 f.

8 Habermas, Faktizität, 123, auch 130 ff.

9 Ebd., 129.

rechtlich institutionalisiert werden können¹⁰. Zum anderen aber spricht er wenig später von der »Gleichursprünglichkeit von privater und öffentlicher Autonomie«, von subjektiven Rechten und objektivem Recht, die sich erst zeige, »wenn wir die Denkfigur der Selbstgesetzgebung, wonach die Adressaten zugleich die Urheber ihrer Rechte sind, diskurstheoretisch entschlüsseln«¹¹. Hier also sind subjektive Rechte gewissermaßen das *Ergebnis* eines intersubjektiven Diskursprozesses, deren »Substanz« dann in der Sicherung der formalen Bedingungen für die Erzeugung des allgemeinen Gesetzes liegt, das aber diese Rechte (durch ihre Urheber) seinerseits stets aufs Neue validiert; dort hingegen sind subjektive Rechte schlichte *Voraussetzung* für die politisch autonome Rechtsetzung und stehen selbst nicht zur Disposition. Die Idee allerdings, nach der legitimes Recht einerseits aus Prozessen demokratischer Deliberation hervorgeht, in denen sich die Bürger wechselseitig rechtliche Autonomiesphären zuerkennen, und andererseits zugleich die kommunikativen Bedingungen eines deliberativen Rechtserzeugungsprozesses gesellschaftlich institutionalisieren muß, ist für sich genommen noch kein Widerspruch. Sie bezeichnet jenen komplexen Doppelstatus rechtlicher Strukturen, dem auch in der neueren amerikanischen Verfassungsdiskussion nachgegangen wird. Wenn man dort aber nach einem verfassungstheoretischen Zugang dazu sucht, »how laws and rights can be both the free creations of citizens and, at the same time, the normative givens that constitute and underwrite a political process capable of creating constitutive law«¹², wenn also von »rights as either the preconditions for or the outcome of an undistorted deliberative process«¹³ gesprochen wird, so vor allem deshalb, um darauf hinzuweisen, »that our rights, including our rights of ownership, are creations of law«¹⁴. Der Vorschlag, »(l)egal rights ... as the language of a continuing process rather than the fixed rules« zu verstehen¹⁵, ist nur eine Variante möglicher Konzeptionen, die sich aus einem solchen Vorverständnis ableiten ließen. Bei Habermas hingegen ist das »System der Rechte«, das »genau die Bedingungen angibt«, die dem demokratischen Rechtsetzungsprozeß vorausliegen, selbst in diesem nicht mehr thematisierbar. Von einer Gleichursprünglichkeit von privater und öffentlicher Autonomie kann auf den ersten Blick also noch nicht die Rede sein. Vielmehr scheint Habermas hier noch jener »zweistufigen Legalität« verhaftet, die sowohl der deutschen wie der amerikanischen Verfassungstradition zugrundeliegt¹⁶, obwohl er eigentlich gegen eben diese antreten will.

Wie aber geht es weiter? Eher im letztgenannten Sinne, wenn Habermas nunmehr hervorhebt, daß, wie in der Vernunftrechtstradition, das gesuchte System der Rechte »genau die Grundrechte enthalten (soll), die sich die Bürger gegenseitig einräumen müssen, wenn sie ihr Zusammenleben mit Mitteln des positiven Rechts legitim regeln

10 Ebd., 134.

11 Ebd., 135. Hier wäre im übrigen eher von Grundrechtssträgern als von Grundrechtsadressaten zu sprechen gewesen.

12 F. Michelman, Law's Republic, 97 Yale Law Journal 1493, 1505 (1988).

13 C. R. Sunstein, Beyond the Republican Revival, 97 Yale Law Journal 1539, 1551 (1988), der seinerseits auf Habermas, The Philosophical Discourse of Modernity, 1987, 294–326, Bezug nimmt.

14 Ders., The Partial Constitution, 1993, 4.

15 M. Minow, Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover, 96 Yale Law Journal 1860, 1876 (1987).

16 Zu Begriff und Problem in der deutschen Tradition des Rechtsstaates, vgl. O. Kirchheimer, Legalität und Legitimität, in: ders., Politische Herrschaft. Fünf Beiträge zur Lehre vom Staat, Frankfurt/M. 1967, 7, 10, mit C. Schmitt, Legalität und Legitimität, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, 263, 309. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis kommt das Problem in der Spannung zwischen »Constitutionalism« und »Democracy« zum Ausdruck; siehe etwa die Sammelbände von J. Elster/R. Slagstad (eds.), Constitutionalism and Democracy, Cambridge/UK 1988, und D. Greenberg/S. N. Katz et al. (eds.), Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World, New York/Oxford 1993. Vgl. aber auch F. Michelman (Fn. 12) mit B. Ackerman, We the People: Foundations, Cambridge/Mass. 1991, insbes. ch. 1 (letzterer vor allem zum Begriff der »Dualist Democracy«).

wollen«, denn immerhin setze das »Rechtsmedium als solches ... Rechte voraus, die den Status von Rechtspersonen ... überhaupt (erst) definieren«¹⁷. Soviel war auch bisher bekannt. Will aber Habermas sich nicht mit seinem Dauerkontrahenten Luhmann auf die tautologische Definition beschränken, daß »Recht ist, was das Recht als Recht bestimmt«¹⁸, so muß er erklären, weshalb das aus seiner Perspektive so ist, wie vor allem aber der Vorgang der Begründung dieser Rechte von statten gehen soll, die sich die Bürger gegenseitig einräumen *müssen*, obgleich das Rechtsmedium sie bereits voraussetzt.

Zentral ist hier bekanntlich der Begriff des kommunikativen Handelns. Zwar ist, wenn man mit Habermas das Recht »als erwartungsstabilisierende Ergänzung zur Moral« einführt, eine räumliche, zeitliche und sachliche Eingrenzung praktischer Diskurse erreicht¹⁹, doch bleibt unklar, weshalb subjektive Rechte darüber hinaus eine private Autonomie gewährleisten sollen, »die auch als Befreiung von den Verpflichtungen kommunikativer Freiheit beschrieben werden kann«²⁰. Freilich impliziert schon der Begriff der Freiheit die Möglichkeit, von ihr gegebenenfalls keinen Gebrauch zu machen oder auf sie zu verzichten. Und auch ermöglichen Rechte strukturell gewisse Freiräume von der kommunikativen Suche nach Konsens und intersubjektiver Konfliktbearbeitung²¹. Doch ist das kommunikative Handeln für Habermas zugleich die Schnittstelle zwischen privater und öffentlicher Autonomie, mithin die Voraussetzung für deren *Gleichursprünglichkeit*. Wenn aber beides zusammen bestehen können soll, müßte Habermas begründen, 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, wenn nicht auf einen festen Bestand an subjektiven Rechten zurückgegriffen wird. Mit einem solchen Begründungsschritt aber tut er sich schwer.

Habermas versteht *kommunikative Freiheit* im Anschluß an Klaus Günther²² als die im verständigungsorientierten Handeln wechselseitig vorausgesetzte Möglichkeit der Stellungnahme zu den Äußerungen eines Gegenübers und zu den damit erhobenen Geltungsansprüchen. Sie bestehe nur zwischen Akteuren, die sich in »*performativer Einstellung* miteinander über etwas verständigen *wollen*« (Hervorheb. Th. K.) und voneinander Stellungnahmen zu reziprok erhobenen Geltungsansprüchen erwarten. Diese Abhängigkeit der kommunikativen Freiheit von einer intersubjektiven Beziehung erkläre, weshalb sie mit illokutionären Verpflichtungen verknüpft ist. Denn Ego erhalte nur die Möglichkeit, zu einem kritisierbaren Geltungsanspruch Alters Stellung zu nehmen, wenn dieser bereit ist, den Anspruch erforderlichenfalls zu begründen. Von diesen illokutionären Verpflichtungen des Gebrauchs kommunikativer Freiheit sollen nun die rechtlich geschützten subjektiven Freiheiten entbinden. Sie sind – diskurstheoretisch gewendet – eben deshalb »wesentlich negative Freiheit«, weil sie »zum *Ausstieg* aus dem kommunikativen Handeln und zur Verweigerung illokutionärer Verpflichtungen (berechtigten); sie begründen eine Privat-

17 Habermas, Faktizität, 151 (Hervorh. – Th. K.).

18 N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1993, 143 f.; dementsprechend hat Luhmann auch die *Geltung* rechtlicher Normen redundant begründet. Sie gelten, weil sie gelten; ebd., 373 f.

19 Habermas, Faktizität, 101 f., 151, 187 ff.

20 Hierzu und zum folgenden ebd., 152–154.

21 Vgl. hierzu auch U. K. Preuß, Rationality Potentials of Law – Allocative, Distributive and Communicative Rationality, in: Chr. Joerges/D. M. Trubek (Eds.), Critical Legal Thought: An American-German Debate, 1989, 525, 536 f.

22 K. Günther, Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht, in: P. Koller et al. (Hrsg.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik, ARSP (Beiheft 51) 1991, 58 ff.

heit, die von der Bürde der gegenseitig zugestandenen und zugemuteten kommunikativen Freiheit befreit«.

Dies ist jedoch nur aus der Sicht eines Einzelnen zu verstehen, der gewissermaßen nur von Fall zu Fall²³ sich aus seinen kommunikativen Bindungen zu lösen wünscht, nicht aber vor dem Hintergrund, daß Habermas im allgemeinen das Eingehen derselben Verpflichtungen nicht so sehr vom Willen der Akteure abhängig macht, sondern es sprachtheoretisch gleichsam als Voraussetzung fürs kommunikative Handeln überhaupt versteht, und dieses wiederum als Voraussetzung für jene »kommunikative Rationalität« begreift, die ihm den bewußtseinstheoretischen Begriff der praktischen Vernunft als Nachfolgebegriff ersetzen soll²⁴. Und nicht zuletzt hat er noch in *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln* darauf insistiert, daß »aus der Perspektive der Lebenswelt, der der Akteur jeweils angehört, ... (die) Option für einen langfristigen Ausstieg aus Kontexten verständigungsorientierten Handelns (nicht besteht)« bzw. etwas pathetisch formuliert: »den Rückzug in die monadische Vereinsamung strategischen Handelns – oder in Schizophrenie und Selbstmord bedeuten (würde)«²⁵.

Diesem Problem ist in sozialpsychologischer Hinsicht auch G. H. Mead schon nachgegangen, als er vorschlug, die Prozesse der Individuierung und Vergesellschaftung als zwei komplementäre Vorgänge zu begreifen, die sich aus intersubjektiven und notwendig verständigungsbezogenen Anerkennungsverhältnissen speisen²⁶. An Mead knüpft Habermas bekanntlich kommunikationstheoretisch an²⁷. Nun lassen sich sozialpsychologische Kategorien auf das Recht nur schwer übertragen. Doch wenn Vergesellschaftung und Individuierung zwei komplementäre Prozesse sind, hätte es in Habermas' Sinne dann nicht nahegelegen, auch die durch subjektive Rechte geschützte private Autonomie aus dieser Ergänzungskonstellation zu begründen? Müßte der interne Zusammenhang von privater und öffentlicher Autonomie also nicht gerade in den kommunikativen Vernetzungen gesucht werden, die erst wechselseitige Anerkennungsverhältnisse generieren? Ein Recht wäre dann in gewisser Weise immer auch ein aus Reziprozitätsverhältnissen zu begründender Geltungsanspruch und sei es noch, wenn subjektive Rechte eine private Autonomie gewährleisten sollen, die diskurstheoretisch nunmehr auch als Befreiung von den Verpflichtungen kommunikativer Freiheit beschrieben werden kann. Auf die Modalitäten des Ausstiegs aus dem kommunikativen Handeln müßte sich demnach seinerseits – und zwar bereits auf der Begründungsebene und nicht erst in der Anwendungsdimension²⁸ – verständigt werden. Das heißt freilich nicht, daß es nicht jedem Bürger freistehen sollte, sich der Teilnahme an den Prozessen des öffentlichen Lebens zu verweigern und sich ins »Private« zurückzuziehen²⁹. Vielmehr ist damit gemeint, daß Rückzug und Teilnahme nur als ein wechselseitiger Bedingungs Zusammenhang zu denken sind, der sich insoweit beständig verändert, wie die Bürger sich wechselseitig Rückzug und Teilnahme gewähren. 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 Aner-

23 Habermas, Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm, in: ders., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt/M. 1983, 53, 112; vgl. auch *Faktizität*, 154.

24 Habermas, *Faktizität*, 17 ff., 24 ff.

25 Habermas, Diskursethik – Notizen (Fn. 23), 112.

26 G. H. Mead, *Mind, Self, and Society: From the Standpoint of a Social Behaviorist*. Ed. by Ch. W. Morris, Works of G. H. Mead, Vol. I, Chicago u. London 1934 u. 1962; dt.: *Geist, Identität und Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1968.

27 Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt/M. 1981, Bd. II.

28 Zur Anwendungsproblematik insgesamt Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, (Fn. 3).

29 Diese Verdeutlichung, daß die Argumentation natürlich nicht dazu führen darf, Rechte aus den Verpflichtungen kommunikativen Handelns zu begründen, verdanke ich Klaus Günther.

kennung die reflektierte Teilnahme am öffentlichen Leben ebenso erst ermöglicht, wie die Teilnahme selbst nur den Gegenstand der Reflexion bilden kann. Wohl aus einer solchen Perspektive hat etwa Michelman vorgeschlagen, »privacy as a political right«³⁰ anzusehen, ohne daß ihr »privates« Element verloren ginge. Individuelle Privatheit und Öffentlichkeit sind damit ihrerseits gleichursprünglich³¹. Daß das Rechtsmedium als solches bereits Rechte voraussetzt, steht damit nicht im Widerspruch, sondern bedeutet nicht mehr, als die konstitutive Bedingung, daß die Bürger, so sie die »Urheber« ihrer Rechte sein wollen, sich eben der Mittel des Rechts bedienen müssen. Entgegen Luhmann allerdings ist es dann nicht das Recht selbst, das bestimmt, was Recht ist. Vielmehr sind es in einer solchen Konstellation die Bürger, die Recht wie Rechte gleichermaßen setzen.

Diesen Schritt aber nachvollzieht Habermas nicht. Vielmehr kehrt er an dieser Stelle zum klassischen Vernunftrecht zurück. Denn wenn ganz im Sinne Kants die Freiheit eines jeden mit der gleichen Freiheit aller nach einem allgemeinen Gesetz zusammen soll bestehen können, dann bedarf es eines gesellschaftlichen Kommunikationsprozesses zur Begründung subjektiver Rechte nicht. Dann geht die Freiheit dem allgemeinen Gesetz voraus, oder in Habermas' Worten: »Die Form des allgemeinen Gesetzes legitimiert die Verteilung subjektiver Handlungsfreiheiten«³². Dem trägt noch die erheblich eingeschränkte Formulierung Rechnung, die Idee der Selbstgesetzgebung fordere, »daß sich diejenigen, die als Adressaten dem Recht unterworfen sind, zugleich als Autoren des Rechts verstehen können«³³. Hier ist nämlich nur noch vom allgemeinen Gesetz und nicht, wie noch oben, von *Rechten* die Rede, deren »Urheber« die Bürger sind. Lediglich sind sie nunmehr als Gesetzgeber mit der *Ausgestaltung* und *Verteilung* ebendieser befaßt. Sollte Habermas also am Ende die Idee der Gleichursprünglichkeit von subjektiven Rechten und Volkssouveränität zugunsten der traditionellen Vorgängigkeit der Rechte aufgegeben haben? So zumindest scheint es auch noch auf den zweiten Blick. Aber jetzt wird es kompliziert.

III.

Habermas' entscheidender Gedanke bezieht sich auf »eine logische Genese von Rechten, die sich schrittweise rekonstruieren läßt. Sie beginnt mit der Anwendung des Diskursprinzips auf das – für die Rechtsform als solche konstitutive – Recht auf subjektive Handlungsfreiheiten überhaupt und endet mit der rechtlichen Institutionalisierung von Bedingungen für eine diskursive Ausübung der politischen Autonomie, mit der rückwirkend die zunächst abstrakt gesetzte private Autonomie rechtlich ausgestaltet werden kann«³⁴. Ein harter Brocken zu knacken. Wo aber bleibt in dieser logischen Genese der Diskurs, wenn die Rekonstruktion vom Abstrakten zum Konkreten verläuft und die Konkretion dadurch zustandekommen soll, »daß die zunächst von außen herangetragene Perspektive ... vom System der Rechte internalisiert wird«³⁵? Und weshalb braucht es eine aus der externen Perspektive abstrakt gesetzte private Autonomie überhaupt, wenn das System der Rechte selbst sich bereits *intern* aus dem Recht auf subjektive Handlungsfreiheiten speist, eben weil dieses Recht als Kehrseite der Handlungskoordination über zwingende Gesetze³⁶

30 Michelman (Fn. 12), 1535.

31 Vgl. dazu, allerdings aus mehr systemtheoretischer Sicht, auch die Kritik von Ladeur, Auflösung des Subjekts in der differentiellen Bewegung der Funktionssysteme?, ARSP 80 (1994), 407, 421.

32 Faktizität, 153 (Hervorheb. Th. K.).

33 Ebd.

34 Ebd., 154 f.

35 Ebd.

36 Ebd., 151 f.

für die Rechtsform als solche konstitutiv ist. Hinter der Abstraktion nur eine Tautologie und vielleicht doch ein versteckter Seitenblick zur systemtheoretischen Erklärungsvariante, nach der Recht ist, was das Recht als Recht bestimmt? Gewiß nicht, schon wegen des in beiden Theorielagern je unterschiedlichen Verhältnisses von Recht und Moral. Doch wie genau soll nun die logische Genese der Rechte sich vollziehen? Habermas spricht diesbezüglich von einem »Kreisprozeß, in dem sich der Kode des Rechts und der Mechanismus für die Erzeugung legitimen Rechts, also das Demokratieprinzip, gleichursprünglich konstituieren«³⁷. Das Demokratieprinzip selbst verdankt sich der Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform³⁸. Nach dem Diskursprinzip sind bekanntlich nur die Handlungsnormen gültig, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten³⁹. Verschränkt mit der Rechtsform soll es jene Bedingungen generieren, unter denen die für eine legitime Rechtsetzung notwendigen Kommunikationsformen ihrerseits rechtlich institutionalisiert werden können. Im Hinblick auf die Rechtsform allerdings wird die verwendete Terminologie unübersichtlich. Vor allem wegen einer an verschiedenen Stellen eigentümlich durchscheinenden Unterscheidung zwischen Rechtsform und Rechtskode, von der ich jedoch nicht weiß, ob sie tatsächlich so intendiert ist, da beide Begriffe auch synonym verwendet werden. Eine mögliche Interpretation könnte die folgende sein: Ist für die *Rechtsform* charakteristisch, daß sie bereits Rechte (die Privatautonomie *als solche*) voraussetzt, damit überhaupt von »Rechtssubjekten« gesprochen werden kann, so ist der *Rechtskode* gewissermaßen der Rechtsform nachgelagert und muß erst noch »in Gestalt *legitim verteilter* (also »gleicher« – Th. K.) subjektiver Rechte eingerichtet werden«⁴⁰. Den Weg weist das Diskursprinzip, mit dessen Hilfe nach Habermas sich die Forderung der Verteilung der Freiheit als »gleiche« erst begründen läßt. Rechtsförmig institutionalisiert soll es die Gestalt des Demokratieprinzips annehmen, welches dann seinerseits dem Prozeß der Rechtsetzung Legitimitätserzeugende Kraft verleiht⁴¹. Der so erzeugte Rechtskode schließlich bezeichnet das System der Rechte. Zwar wird auch hier vornehmlich von der Verteilung von Rechten gesprochen, doch läßt diese Konstellation immerhin offen, um welche Rechte es sich handelt, die da gleich zu verteilen sind. Den Rechtskode gewissermaßen als konkretisierte Rechtsform zu etablieren bleibt mithin der Verfassungspraxis der Bürger überlassen, die lediglich an die Rechtsform als gemeinsame Sprache gebunden sind, die sie aber, soweit sie sich mit dem Diskursprinzip zum Demokratieprinzip verschränkt, immer zugleich auch selbst kreieren.

So aber liegen die Dinge nicht immer. Denn wenn umgekehrt das System der Rechte »genau die Rechte enthalten (soll), die Bürger einander zuerkennen *müssen*, wenn sie ihr Zusammenleben mit Mitteln des positiven Rechts legitim regeln wollen« und wenn daraus auf »jene Kategorien von Rechten in abstracto« geschlossen wird, »*die den Rechtskode selber hervorbringen*, indem sie den Status von Rechtspersonen festlegen«⁴², dann ist nicht mehr nur von einem gemeinsamen Verständigungsmedium die Rede, das in Gestalt der Rechtsform auftritt und zugleich als Rechtskode erst noch einzurichten wäre. Vielmehr ist darüber hinaus der demokratischen bürger-schaftlichen Selbstbestimmung ein komplettes Programm von Rechten vorausgelegt. Ein Kreisprozeß, in dem sich Rechtskode und Demokratieprinzip gleichursprüng-

37 Ebd., 155.

38 Ebd., 154.

39 Ebd., 138.

40 Ebd., 157 im Anschluß an Kant (Hervorheb. i. O.).

41 Ebd., 154.

42 Ebd., 155 (Hervorheb. Th. K.).

lich konstituieren, ist nicht mehr erkennbar. Wie auch immer man es wendet, das »System der Rechte« ist immer schon da und wird lediglich rückwirkend durchs Diskursprinzip validiert. Es ist also die Retrospektive, auf die es Habermas ankommt, und nicht ein Verfahrensentwurf für die prospektive Begründung erst noch bürgerschaftlich zu generierender Rechtspositionen. Wie beim allgemeinen praktischen Diskurs geht es nicht um ein Verfahren zur *Erzeugung* von gerechtfertigten Normen, sondern um die Prüfung der *Gültigkeit* vorgeschlagener oder hypothetisch erwogener Normen⁴³. Und so zögert Habermas nicht, selbst jene Kategorien von Rechten vorzuschlagen, die er für ein demokratisches Gemeinwesen für unentbehrlich hält und die er dann anschließend am Maßstab des Diskursprinzips zur Überprüfung stellt. Hier allerdings bewegt er sich dann nicht mehr verkennbar auf dem gesicherten Boden der Naturrechtstradition, wenn er zu diesen jenes zentrale *Grundrecht auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten* zählt, die er ihrerseits schließlich in den bekannten subjektiven Rechten entdeckt, die nach »mehr als zweihundert Jahren europäischer Verfassungsrechtsentwicklung« zur Verfügung stehen⁴⁴.

Der anschließende Perspektivenwechsel von der aus »Sicht des Theoretikers betrachteten Genese der Rechte« zur Überprüfung derselben durchs Diskursprinzip, das dann »die Bürger in eigener Regie sollen anwenden können«⁴⁵, entkommt jedoch ebenfalls nicht dem bisher dargestellten Dilemma und schlägt sich seinerseits auf die Seite der Vernunftrechtstradition. Dies ist nicht verwunderlich, wenn der Ausgangspunkt bzw. der Prüfgegenstand aus dieser Tradition geschöpft wird, die zugleich den Prüfungsmaßstab setzt. Denn soweit die Bürger nunmehr bestimmte Rechte schon haben bzw. *Rechtssubjekte* sind, können sie, wie Habermas richtig bemerkt, das Medium, in dem sie ihre Autonomie verwirklichen wollen, nicht mehr frei wählen. Sie sind als Rechtssubjekte an den Rechtskode als einzig mögliche Sprache gebunden. Damit geht es also – wie schon erwähnt – nur noch um die bürgerschaftliche *Ausgestaltung* und *Verteilung* bereits vorhandener Rechte durchs Recht. Es ist daher zu kurz gegriffen, wenn Habermas meint, daß der Selbstbestimmungspraxis der Bürger nichts vorgegeben sei, »außer dem Diskursprinzip, das in Bedingungen kommunikativer Vergesellschaftung überhaupt angelegt ist, ... und dem Rechtsmedium«⁴⁶. Denn gerade ist es doch das *von ihm* mit relativ genau spezifizierten Rechten ausgestattete Rechtsmedium, das ihren Status bestimmt und dem das Diskursprinzip gewissermaßen nachgelagert ist, wenn auch es vom Theoretiker bei der »Genese« des Systems der Rechte berücksichtigt wurde. Durchaus also eine erhebliche Vorgabe. Angesichts einer solch bedeutungsschweren theoretischen Konstruktion scheint der Weg zurück zu den Bürgern verstellt, die da nunmehr selbst »überlegen und – in der Rolle eines Verfassungsgebers – entscheiden (sollen), wie die Rechte beschaffen sein müssen, die dem Diskursprinzip die rechtliche Gestalt eines Demokratieprinzips geben«⁴⁷. Nicht mehr, wie es die oben angedeutete Interpretation nahegelegt hatte, ist es das sich aus der Verschränkung von Rechtsform und Diskursprinzip ergebende Demokratieprinzip, das auch die Erzeugung des Rechtsmediums selber steuert, in dem »eine vernünftige politische Willensbildung ... als der gemeinsame Wille frei

43 Siehe dazu auch Habermas, Diskursethik – Notizen, (Fn. 23), 113 (zum Moraldiskurs). Dies hat im übrigen schon Mead an Kant kritisiert; vgl. Mead, Fragmente über Ethik, in: ders., Geist, Identität und Gesellschaft, 1968, 431 f.

44 Habermas, Faktizität, 155 ff., 163. Zur Kritik eines solchen Vorgehens, das sich u. a. auch bei John Rawls findet, vgl. Kupka, Politischer Liberalismus und soziale Gerechtigkeit, ARSP 80 (1994), 335, 342 f., 347.

45 Habermas, Faktizität, 160.

46 Ebd., 161 f.

47 Ebd., 160 f.

assoziierten Rechtsgenossen ihren Ausdruck finden kann«⁴⁸, sondern umgekehrt wird der strukturelle Zusammenhang von privater und öffentlicher Autonomie nach wie vor einseitig – von der privaten her – interpretiert. Dies ändert sich auch nicht, wenn Habermas übereinstimmend mit der modernen Demokratietheorie die entsprechenden Rechte als notwendige Bedingungen ansieht, als »Bedingungen, die die Ausübung politischer Autonomie erst ermöglichen«⁴⁹. Gilt ihm doch eine jede Ausübung politischer Autonomie im wesentlichen als »Interpretation und Ausgestaltung dieser im Prinzip ungesättigten Rechte durch einen historischen Gesetzgeber«, was ebenso gelte für »die politischen Grundrechte, die dafür in Anspruch genommen werden«⁵⁰. Und sogar darüber hinaus spiegelt sich entgegen Habermas' wiederholter Beteuerung in der »logischen Genese« des Systems der Rechte das in der Vernunftrechtstradition vorgefundene Naturrecht, das noch selbst dem Verfassungsgeber vorgegeben ist. Denn was anderes kann es bedeuten, daß erst »in einer bestimmten verfassungsgebenden Interpretation diese Rechte überhaupt zu Bewußtsein (kommen)« und die Bürger lediglich »mit einer aus der Sicht ihrer Situation gefundenen Lesart des Systems der Rechte« den Sinn eben jenes Unternehmens explizieren, »auf das sie sich schon eingelassen haben, sobald sie sich entschließen, ihr Zusammenleben durch Recht legitim zu regeln«⁵¹. Dies freilich mögen nun alles nur Spitzen sein, die ein Kritiker sucht, um sein eigenes Argument zu stützen. Und natürlich hebt Habermas immer wieder hervor, daß es seiner eigenen Idee widerspräche, den demokratischen Verfassungsgeber auf die Interpretation der Menschenrechte – »als so etwas wie moralische Tatsachen« – zu beschränken, die er dann nur noch zu positivieren hätte. Doch nicht zuletzt ist es der »intrinsische« Wert dieser Rechte, der gleichsam auch ihm vorausgeht und ihn verpflichtet, einen entsprechenden »Status von Rechtspersonen zu erzeugen«⁵². Für intrinsische Werte aber läßt sich wohl nur vom rationalen Naturrecht her argumentieren.

Daß nach Habermas das Unternehmen bürgerschaftlicher Selbstbestimmung allein ein »intuitives Verständnis des Diskursprinzips und den Begriff der Rechtsform«⁵³ voraussetzt, ist, wie gezeigt, keineswegs wenig. Ist es doch die Intuition des Intellektuellen, die dieses Unternehmen informiert und die sich ihrerseits aus einem bereits vorfindlichen Geltungssinn subjektiver Rechte speist, der nur noch *entdeckt* zu werden braucht. Am Ende jedenfalls steht nicht mehr das Wort, sondern eine diskurstheoretische Reformulierung des klassischen Vernunftrechts am Anfang. Die eigentlich gestellte Frage nach den Bedingungen einer Gleichursprünglichkeit von privater und öffentlicher Autonomie harrt weiterhin der Beantwortung.

48 Ebd., 142 f.

49 Ebd., 162 (Hervorh. i. O.).

50 Ebd.

51 Ebd., 163 (Hervorh. i. O.). Die Formulierung, daß eine Verfassung das System der Rechte *interpretiere*, findet sich bei Habermas im übrigen häufiger; vgl. nur ebd., 159 (»die klassischen liberalen Grundrechte ... als Interpretationen und Ausgestaltungen des allgemeinen Freiheitsrechts«) und S. 232.

52 Habermas, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Preuß, Der Begriff der Verfassung, Frankfurt/M. 1994, 83, 90 f.

53 Habermas, Faktizität, 163.