

# Ist das Recht recht?

## Recht und Legitimation im 18. Jahrhundert und heute

von Alban Knecht, im Januar 2004

Zugang über: [www.albanknecht.de/publikationen.html](http://www.albanknecht.de/publikationen.html)

Direkter Download: <http://www.albanknecht.de/publikationen/IstdasRechtrecht.pdf>

I.	Abstract .....	1
II.	Ist das Recht recht? .....	2
1.	Einführung .....	2
2.	Die Entstehung des Rechts .....	2
3.	Recht als System.....	4
4.	Moralprinzip und Demokratieprinzip .....	6
5.	Die Funktion des Rechts bei Habermas .....	10
6.	Diskursprinzip als Ergänzung zum Moral- und Demokratieprinzip .....	11
7.	Demokratisches Europa? .....	13
III.	Bibliographie.....	14

### I. Abstract

Wie Recht legitimiert wird, ist eine alte Frage, an der sich schon LOCKE, ROUSSEAU und KANT die Zähne ausgebissen haben. Während LOCKE für die Beantwortung die Eigentumsentstehung heranzog, sah ROUSSEAU das Recht durch die Souveränität des Volkkörpers legitimiert und KANT durch die Vernunft. In der Arbeit wird gezeigt, wie sich diese alten Antworten zu den heutigen verhalten. LUHMANN negiert, dass sich Recht überhaupt durch eine außerrechtliche Quelle legitimiert, während HABERMAS betont, dass Recht immer rückgebunden werden sollte, durch Moral, Demokratie und Diskurs. Abschließend wird die Diskussion um die europäische Verfassung als Beispiel herangezogen.

## II. Ist das Recht recht?

### 1. Einführung

Ist das Recht recht? Darf man diese Fragen ans Recht stellen, oder verweist das Recht bei der Beantwortung immer wieder nur auf das Recht? Ein Urteil gibt es, weil es anzuwendendes Recht gibt, weil das Rechtsverfahren rechtlich geregelt ist und weil es Juristen gibt, die diese Prozedur nach den gegebenen Normen durchführen. Gibt es Unstimmigkeiten über das Recht, kann man höheres Recht, höhere Gerichte und Rechtswissenschaftler befragen. Gibt es dann immer noch Unstimmigkeiten, kann man die Verfassung, die Verfassungsgerichte und die Verfassungsrichter befragen. Man kann also Recht suchen, Recht finden, Recht sprechen, Recht geben, Recht haben und Recht behalten ganz ohne die Frage zu stellen, ob das alles zu recht geschieht. Und ohne die Frage zu stellen, ob uns das recht geschieht, denn wir haben nicht gewählt, uns dem Recht zu unterwerfen.

Mit der Frage, ob das Recht rechtens ist, beschäftigen sich statt der Juristen eher andere Disziplinen wie die Philosophie, die Soziologie und die Politik, die dabei ja die Rechtsprechung nicht stören. LUHMANN verfolgt in dem Artikel *Am Anfang war kein Unrecht*<sup>1</sup> wie diese Frage im 17. Jahrhundert relevant wurde und welche Antworten auf sie gefunden wurden:

### 2. Die Entstehung des Rechts

Einige Philosophen versuchten die Entstehung von Rechten anhand der Entstehung des Eigentums zu erklären. Dies war naheliegend, da sich das Recht hauptsächlich mit den bürgerlichen Rechten beschäftigte<sup>2</sup> und da sich das Bürgertum durch Eigentum auszeichnete.<sup>3</sup> LOCKE (1632-1704) ging beispielsweise davon aus, dass die Welt den Menschen von Gott als Gemeineigentum überlassen wurde und dann eine „unschuldige Aneignung aus überreichlichem Gemeinbesitz“<sup>4</sup> möglich war. Und erst die Verteidigung dieses Eigentums ist „[d]as große und hauptsächlichste Ziel, warum Menschen sich zu einem Staatswesen zusammenschließen

---

<sup>1</sup> Luhmann, Niklas (1989): *Am Anfang war kein Unrecht*, in: *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Band 3, Frankfurt/M., S. 11 - 64.

<sup>2</sup> Marshall, Thomas H. (1992): *Bürgerrechte und soziale Klassen*, engl. Original: 1981, Frankfurt/M., S. 42f

<sup>3</sup> Luhmann (1989), S. 18. Selbst noch bei Kant sind es nur die bürgerlichen Eigentümer, die die Gesellschaft konstituierten. Siehe dazu: Luhmann, Niklas (1989), S. 18

<sup>4</sup> Luhmann, Niklas (1989), S. 33

und sich unter eine Regierung stellen.“<sup>5</sup> Die Staatswerdung geschieht dabei durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags gleichberechtigter Parteien. Die Vertragsparteien verzichten darauf, ihr bestehendes Recht auf Eigentum mit Gewalt durchzusetzen und ihr Eigentum mit Gewalt zu schützen. Das Recht auf (Vertrags-)Freiheit ist bei Locke also vorgesellschaftliches Naturrecht, Eigentum kann angeeignet werden ohne ein Unrecht zu begehen und ein Staat entsteht in einem, im gegenseitigen Interesse fundierten Akt, um Rechtsverfahren zu etablieren. Die Paradoxie der Frage, ob das Recht rechtens ist, wird dabei verschleiert, indem auf Gott verwiesen wird, der angeblich (und schwer nachprüfbar) das Rechtsinstitut des Eigentums begründet hat. Außerdem wird auf vorhistorische Zeiten verwiesen, in denen die Transformation von Gemeineigentum in Einzeleigentum problemlos möglich war und es wird auf einen Nicht-Ort, auf eine *Utopia* verwiesen, an dem ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde. LOCKE fordert, dass dieser Gesellschaftsvertrag in jeder Generation neu abgeschlossen werden soll.

Dieser Gesellschaftsvertrag und ähnliche – es gibt in der Philosophie eine ganze Menge davon – leiden unter einem logischen Fehler: Wie kann ein Gesellschaftsvertrag eine Gesellschaft von vor-gesellschaftlichen, vor-zivilisatorischen, vernunftlosen Menschen begründen? Wieso lassen sie sich auf einen solchen Vertrag ein, wenn sie Verträge nicht kennen und selbst, wenn sie sich auf einen solchen Vertrag einlassen, wieso halten sie ihn dann auch in Situationen ein, in denen die Einhaltung nicht vorteilhaft ist?

LUHMANN<sup>6</sup> findet diese modernen Gedanken bereits bei SPINOZA (1632-1677) erläutert, die aber in der unmittelbaren Folgezeit kaum aufgegriffen worden sind: SPINOZA geht von einem Selbsterhaltungsbegehren der Menschen aus, das sie nach einem gesicherten Eigentum streben lässt, in einer Gesellschaft, die immer schon besteht, da der Menschen sich nur in Gesellschaft selbst erhalten konnte und kann.<sup>7</sup> Die Gesellschaft geht hier also dem Recht voraus und Recht ist für SPINOZA dann immer gesellschaftliches, gesetztes, positives Recht: Es wird teilweise freiwillig eingehalten und muss teilweise durch Zwang aufrechterhalten werden. Rechte, zum Beispiel Eigentumsrechte, sind gesellschaftlich verliehene Rechte, die existieren,

---

<sup>5</sup> Hoerster, Norbert (Hrsg.) (1997): *Klassische Texte der Staatsphilosophie*, München, S. 143

<sup>6</sup> Luhmann, Niklas (1989), S. 52

<sup>7</sup> ebd.

weil an sie und ihren Bestand geglaubt wird.<sup>8</sup> Damit bewegt sich SPINOZA in der Nähe von LUHMANN'S Systemtheorie, und LUHMANN übersetzt dann auch SPINOZA'S Denkanatz in systemtheoretische Begriffe:

Das Repertoire der (in sich nicht vernünftigen) Möglichkeiten der Selbsterhaltung muss um der Selbsterhaltung willen *ingeschränkt* werden. Diese *Einschränkung* aber erzeugt *Freiheit*, nämlich eine im Selbsterhaltungstrieb selbst liegende Möglichkeit, sich zu dem kontingenten Faktum der Einschränkung positiv oder negativ einzustellen: die Einschränkung aus Einsicht zu akzeptieren oder sie zu verwerfen, das Gesetz trotz seiner Kontingenz zu befolgen oder es zu brechen. Diese Freiheit ist dann wiederum der Irritations- und Unsicherheitsfaktor, der einerseits der Vernunft ihre Einwirkungsmöglichkeiten gibt und andererseits trotzdem, und gerade um dessen willen, einen Rechtsapparat erfordert, der diejenigen zum Gehorsam zwingt, die nicht freiwillig gehorchen, und erst dadurch wird es vernünftig, sich dem Gesetz zu fügen.<sup>9</sup>

Recht hat sich als ein Teilsystem der Gesellschaft herausgebildet, es schränkt Handlungsmöglichkeiten ein und macht sie vorhersehbar. Als System ist es in sich abgeschlossen. Eine vorläufige, tautologische und selbstreferentielle Antwort auf die Frage, was das Recht ist, lautet also: Recht ist Recht, weil es Recht ist.

### 3. Recht als System

Recht kann als ein eigenes System betrachtet werden, das sich selbst erhält und stabilisiert. Für eine systemtheoretische Beschreibung des Rechts eignet sich deshalb auch keine historische Betrachtung (Woher kommt das Recht?), sondern eher eine Betrachtung der (System-) Grenzen des Rechts: Was ist Recht und was ist kein Recht?

Das [Rechts-]System operiert, wie jedes autopoietische System, in ständigem Selbstkontakt. Um eigene Operationen als rechtliche qualifizieren zu können, muss es herausfinden, was es bisher schon getan hat oder weiterhin tun wird, um eigene Operationen als rechtliche zu qualifizieren...<sup>10</sup>

Erst innerhalb des Systems *Recht*, also erst wenn festgestellt wurde, dass es sich um eine rechtliche Frage handelt, kann gefragt werden, was recht und was unrecht ist. Genau das ist nämlich – gemäss der Systemtheorie – die Funktion von Recht: bei rechtlichen Fragen zu unterscheiden, ob es sich um Recht oder Unrecht handelt.

---

<sup>8</sup> Ähnlich abhängig von der Macht des Glauben sind z.B. der Wert des Geldes, die Berechtigung zum Regieren und das Bestehen der Religion.

<sup>9</sup> Luhmann, Niklas (1989), S. 53, Hervorhebungen gemäß dem Original.

<sup>10</sup> Luhmann Niklas (1995), *Recht der Gesellschaft*, 1. Auflage: 1993, Frankfurt/M., S.57

Entscheidend ist aber, dass sich beobachten lässt, dass etwas im Rechtssystem als Recht beobachtet wird... und das wenigstens einmal aufgrund dieser Beobachtung entschieden wird. Und zwar entschieden im Rechtssystem – zu dem, *circulus vitiosus*, diejenigen Instanzen gehören, die auf der Basis legal/illegal entscheiden.<sup>11</sup>

Halten wir an dieser Stelle inne und fragen uns, wieso eine solche systemtheoretische Betrachtung Irritation erzeugt. Stellen wir noch einmal die Frage, ob das Recht recht ist: Diese Frage fragt ja einerseits nach der *Legalität* des Rechts, also nach seiner formaler Anwendbarkeit und Richtigkeit. Und die Antwort darauf verweist – wie in der Einleitung beschrieben – immer auf anderes Recht. Sie ist also immer selbstbezüglich. Die Irritation entsteht, weil wir im Hinterkopf haben, dass wir vom Recht eine *Legitimation* fordern könnten, einen Beweis seiner moralischen Richtigkeit. Intuitiv verlangen wir vom Recht einen moralischen Nachweis seines Geltungsanspruchs, vielleicht eine Verankerung in philosophischen Vorstellungen vom Menschen, in Vorstellungen über die Gerechtigkeit oder über Gott. Moderne politische Ansätze sehen die moralische Geltung entweder durch die Verfassung eines Staates und die Menschenrechte als höchste Gesetze gegeben oder aber durch demokratische Rechtsgebungsprozeduren, die das Recht rechtfertigen, indem demokratisch gewählte Vertreter Gesetzesentwürfen mehrheitlich zustimmen müssen, damit sie Gesetz werden. Kurz – ein Recht, das Recht ist, weil es Recht ist, ist zu wenig!

Im Fortgang soll nun zuerst betrachtet werden, wie LUHMANN und seine Systemtheorie mit der Frage nach der Legitimität umgeht. Danach werden die Klassiker KANT und ROUSSEAU zur Legitimität befragt, deren Ansätze wiederum einen Ausgangspunkt von HABERMAS' rechtsphilosophischen Überlegungen darstellen.

LUHMANN schließt in *Recht und Gesellschaft* zwar nicht aus, dass das Rechtssystem von anderen Funktionssystemen beeinflusst und an sie gekoppelt sein kann – eine Verfassung stellt genau eine solche Kopplung zwischen dem Rechtssystem und dem politischen System dar<sup>12</sup> – aber er bekräftigt, dass die Geltung des Rechts keinesfalls von einer der genannten außerrechtlichen Geltungsgrundlage abhängt:<sup>13</sup>

Ob man in dieser Lage am Dachbegriff der »Positivität« des Rechts und am theoretischen »Positivismus« festhalten will, ist mehr oder weniger einer Frage des semantischen Taktierens. Wenn ja, dann müsste die

---

<sup>11</sup> Albert, Mathias (2002): *Zur Politik der Weltgesellschaft*, Weilerswil, S. 220f

<sup>12</sup> ebd., S. 219

<sup>13</sup> Luhmann (1995), S. 98f; s.a. Albert (2000), S. 218

Vorstellung einer autoritativen Setzung des Rechts, die Vorstellung einer hinter ihr stehenden (das Recht gleichsam nach oben transzendierenden) Geltungsquelle aufgegeben werden. Weder der Staat noch die Vernunft noch die Geschichte legitimieren das Recht. Es kann solche Theorien zwar geben, und es gibt sie nach wie vor. Aber wenn sie als Selbstbeschreibungen beschreiben werden, wird von ihnen ein Sich-Einlassen auf den Modus der Beobachtung zweiter Ordnung verlangt. Sie müssen lernen, sich selbst als Selbstbeschreibung eines sich selbst beschreibenden Systems zu reflektieren. Andernfalls werden sie anachronistisch (und es gehört zu den bedeutenden Leistungen der Rechtstheorie von Jürgen Habermas, dies allen Rückgriffen auf Naturgeschichte, Prinzipienmoral oder praktische Vernunft bescheinigt zu haben).<sup>14</sup>

LUHMANN schließt also definitiv aus, dass sich das Recht andernorts legitimiert, weil es als System selbstbezogen ist. Kopplungen (z. B. an das System *Politik*) können das System *Recht* zwar beeinflussen, aber diese Kopplungen sind nie so stark, dass von dort aus eine Legitimation ausgehen könnte, dass über diesen Weg das Recht recht wird.

Unten werden wir sehen, wie HABERMAS in seiner Rechtstheorie versucht, das Rechtssystem ohne die im Zitat genannten Rückgriffe so zu konstruieren, dass es dennoch rückgebunden ist an die Menschen und an ihre Moral. Und wir können sehen, dass hier erneut die alte Debatte zwischen LUHMANN und HABERMAS aufscheint. Vereinfachend und auf den diskutierten Zusammenhang fokussierend kann man sagen, dass LUHMANN durch und durch systemtheoretisch denkt, HABERMAS dagegen die verschiedenen Systeme als an die Menschen (in ihrer sogenannten Lebenswelt) rückgebunden versteht und darin eine Möglichkeit sieht, das Recht wieder an die Moral und demokratische Legitimationsprozesse zu binden.<sup>15</sup>

#### **4. Moralprinzip und Demokratieprinzip**

Genauer betrachtet sieht HABERMAS zwei Wege, über die das Recht moralisch rückgebunden wird: Einerseits kann auf die Verfassung eines Staates und die Menschenrechte als höchste Gesetze verwiesen werden, andererseits auf demokratische Rechtsgebungsprozeduren, die das Recht rechtfertigen, weil demokratisch gewählte Vertreter Gesetzesentwürfen mehrheitlich zustimmen müssen, damit sie Gesetz werden. Beide Ansätze, *Moralprinzip* und *Demokratieprinzip*, finden sich auch in der philosophischen Diskussion wieder: HABERMAS macht in seinem Buch *Faktizität und Geltung*<sup>16</sup>, mit dem er das Recht in seine *Theorie des kommunikativen Handelns*<sup>17</sup> einbaut<sup>18</sup>, einen Gegensatz zwischen den beiden Prinzipien aus, von denen er

---

<sup>14</sup> Luhmann (1995), S. 538; s..a Albert (2000), S. 220

<sup>15</sup> Horster, Detlef (1999): *Jürgen Habermas zur Einführung*, Hamburg, S. 32

<sup>16</sup> Habermas, Jürgen (1998): *Faktizität und Geltung*, 1. Auflage: 1992, Frankfurt/M.

<sup>17</sup> Habermas, Jürgen (1981): *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2. Bde., Frankfurt/M.

einerseits zeigen kann, dass sie sich noch heute an den Gräben der us-amerikanischen Politiklandschaft ablesen lassen (1) und die andererseits bereits bei KANT und ROUSSEAU eine Rolle gespielt haben (2).

(1) Die Gräben der politischen Landschaft in Deutschland und der anderen EU-Länder bewegen sich hauptsächlich entlang der Linie der sozialen Frage. Mehr soziale Sicherheit, mehr soziale Marktwirtschaft oder Sicherheit und Marktwirtschaft ohne „sozial“ ist die Frage, anhand der sich die Parteien seit dem Beginn der Industrialisierung ausrichteten. EDUARD HEIMANN zeigte in seiner *Sozialen Theorie des Kapitalismus* auf, wie sich *Kapital* und *Sozialpolitik* bekämpften, wie sie aufeinander bezogen und angewiesen waren.<sup>19</sup>

In den USA hingegen verläuft der politische Graben zwischen *Liberalen* und *Republikanern* und HABERMAS erkennt, dass in beiden Positionen jeweils eines der erwähnten Prinzipien besonders betont wird.<sup>20</sup> *Liberale* betonen tendenziell das *Moralprinzip*, sie postulieren „angeborene“ Menschenrechte als Ausdruck moralischer Selbstbestimmung. Sie „beschwören die Gefahr einer «Tyrannei der Mehrheit» und postulieren den Vorrang von Menschenrechten, die die vorpolitischen Freiheiten des Einzelnen gewährleisten und dem souveränen Willen des politischen Gesetzgebers Grenzen ziehen.“<sup>21</sup> *Republikaner* betonen tendenziell das *Demokratieprinzip*. Die Souveränität des Volkes ist Ausdruck der ethischen<sup>22</sup> Selbstverwirklichung. In spontaner Selbstorganisation gibt sich eine Gemeinschaft oder ein Volk durch den souveränen Willen ihre Gesetze selber. Das mag mit Grund sein, wieso in unseren Köpfen beim Wort *republican* immer ein pistolenschwingender Texaner auftaucht, der – falls gerade kein Sheriff für die Einhaltung der Gesetze sorgen kann – das gerne selber erledigt. Hier erscheinen die beiden Prinzipien, also das *Demokratieprinzip* und das *Moralprinzip* in einem Gegensatz. Weiter unten werden wir sehen, wie HABERMAS versucht, beide Standpunkte zu versöhnen. Zuvor betrachten wir noch, wie die beiden Positionen bereits bei KANT und ROUSSEAU eine Rolle spielen:

---

<sup>18</sup> Habermas, Jürgen (1998)

<sup>19</sup> Heimann, Eduard (1929/1980): *Soziale Theorie des Kapitalismus*, Frankfurt/M.; siehe dazu auch: Böhnisch, Lothar u.a. (1999): *Sozialpolitik*, Weinheim und München, S. 47f

<sup>20</sup> Habermas, Jürgen (1998), S. 129

<sup>21</sup> ebd., S. 130

<sup>22</sup> Ethik beschäftigt sich mit dem guten Leben eines Einzelnen oder einer Gruppe von Menschen. Demgegenüber beschäftigt sich Moral mit dem von einer überindividuellen Sichtweise betrachteten, „richtigen“ Standpunkt. Habermas, Jürgen (1998), S. 127, s.a. Ott, Konrad (2001), *Moralbegründungen zur Einführung*, Hamburg

(2) Der eher liberal argumentierende KANT (1724-1804) geht von vorgesellschaftlichen Rechten aus, die jedem Menschen „kraft seiner Menschheit“<sup>23</sup> zustehen, die „unverlierbar“<sup>24</sup> sind und sich legitimieren „aus moralischen Grundsätzen, also unabhängig von der politischen Autonomie der Staatsbürger“.<sup>25</sup> Es handelt sich hierbei um unhinterfragbare, moralische Grundsätze, die auch in einem „Naturzustand“ Geltung haben und die durch vernunftgeleitete Einsicht in die Menschen und die Welt kommen.

Wenn nicht etwas ist, was durch die Vernunft unmittelbare Achtung abnötigt (wie die Menschenrechte), so sind alle Einflüsse auf die Willkür der Menschen unvermögend, die Freiheit derselben zu bändigen.<sup>26</sup>

Es ist die Vernunft, die die Menschen „in Schach hält“ und nicht das Gesetz.<sup>27</sup> In KANTS Philosophie muss das „Oberhaupt“ des Staates beim Erteilen der Gesetzen genau den moralischen Vorstellungen des Volkes entsprechen. Das Oberhaupt ist nur ein Medium mit dessen Hilfe die Bürger die Gesetze über sich selbst einsetzen. „Hierzu ist aber kein anderer Wille als der des gesamten Volkes (da alle über alle, mithin ein jeder über sich selbst beschließt) möglich, denn nur sich selbst kann keiner unrecht tun.“<sup>28</sup> Oder andersrum: „Was ein Volk über sich selbst nicht beschließen kann, das kann der Gesetzgeber auch nicht über das Volk beschließen.“ KANT ergänzt also ein Moralprinzip, das bei ihm im Vordergrund steht – mit einem, dem Demokratieprinzip ähnlichen Prinzip, von Volkssouveränität.

„Insofern genießen die Grundsätze des Privatrechts schon im Naturzustand die Geltung moralischer Rechte; und ... In dieser Hinsicht ist die Souveränität des »zusammenstimmenden und vereinigten Willens« der Bürger durch moralisch begründete Menschenrechte eingeschränkt.“<sup>29</sup> bemerkt HABERMAS. Er findet an diesem Ansatz problematisch, dass Vernunft

---

<sup>23</sup> Habermas, Jürgen (1998), S. 130

<sup>24</sup> ebd., S. 131

<sup>25</sup> ebd., S. 131

<sup>26</sup> Kant, Immanuel (1793/1992): *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf*, Hamburg, S. 40

<sup>27</sup> „Hierwider kann nun nicht aufgebracht werden als: dass, obzwar die Menschen die Idee von ihnen zustehenden Rechten im Kopf haben, sie doch ihrer Herzenstätigkeit halber unfähig und unwürdig wären, danach behandelt zu werden, und daher eine oberste bloß nach Klugheitsregeln verfahrenende Gewalt sie in Ordnung halten dürfe und müsse. Dieser Verzweigungssprung ... ist aber von der Art, dass wenn einmal nicht vom Recht sondern von der Gewalt die Rede ist, das Volk auch die seinige versuchen und so alle gesetzliche Verfassung unsicher machen dürfe.“ Kant, Immanuel (1793/1992), S. 40

<sup>28</sup> ebd., S. 26

<sup>29</sup> Die Bindung der Volkssouveränität an die Menschenrechte hat KANT aber nicht als Einschränkung interpretiert, weil er davon ausging, dass niemand in Ausübung seiner staatsbürgerlichen Autonomie Gesetzen zustimmen könne, die gegen seine naturrechtlich verbürgte Privatautonomie verstoßen. Habermas, Jürgen (1998), S. 130



nicht als vorgesellschaftlich vorausgesetzt werden kann, sondern auf „entgegenkommende Sozialisationsprozesse“<sup>30</sup> angewiesen ist.

Bei dem eher in republikanischer Linie argumentierenden ROUSSEAU (1712-1778) geht das Volk, der „politische Körper“ einen Gesellschaftsvertrag ein, den *contract social*. Das Volk ist der wahre Souverän, der eine Regierung einberuft, die dem allgemeinen Willen folgen und für die öffentlichen Bedürfnisse sorgen soll. Der Wille des Volkes äußert sich in allgemeinen und abstrakten Gesetzen, wodurch ihm „von Hause aus jenes Recht auf gleiche subjektive Freiheiten *eingeschrieben* [ist], das KANT als moralisch begründetes Menschenrecht der politischen Willensbildung voransetzt.“<sup>31</sup> Allgemeine und abstrakte Gesetze schließen also bei Rousseau per se nicht-verallgemeinerungsfähige Interessen aus, wodurch die Menschenrechte immer schon im Volkswillen berücksichtigt sind. Bedingung für das Gelingen bei diesem Vorgehen ist, dass der politische Körper bei der Gesetzgebung tatsächlich *ein* einziger Körper ist, der von Einzelinteressen (oder Parteiinteressen) absieht und das allgemeine Interesse des gesamten Volkes verfolgt.<sup>32</sup> „Rousseau treibt die ethische Überforderung des Staatsbürgers, die im republikanischen Gemeinschaftskonzept angelegt ist, auf die Spitze“ lautet HABERMAS Kritik dazu;<sup>33</sup> soviel Nächstenliebe kann man sozusagen nicht verlangen. HABERMAS setzt gegen diese Haltung, dass das Recht für den Einzelnen eine entlastende Funktion hat, weil es nur die Einhaltung der Regeln verlangt, den Einzelnen aber gerade davon entlastet, alle anderen immer mitdenken zu müssen.

Sowohl KANT als auch ROUSSEAU abstrahieren von dem Problem pluralistischer Gesellschaften, in denen unterschiedlichste Interessen und unterschiedlichste moralische Vorstellungen integriert werden müssen.

---

<sup>30</sup> Habermas, Jürgen (1998), S. 146

<sup>31</sup> ebd., S. 131

<sup>32</sup> „Bekanntlich stellt Rousseau die gesellschaftsvertragliche Konstituierung der Volkssouveränität als einen gleichsam existentiellen Akt der Vergesellschaftung vor, durch den sich die vereinzelt und erfolgsorientiert handelnden Individuen in die gemeinwohlorientierten Bürger eines ethischen Gemeinwesens verwandeln. Als Glieder eines kollektiven Körpers verschmelzen diese zum Großprojekt einer Gesetzgebungspraxis, das mit den Einzelinteressen der den Gesetzen bloß unterworfenen Privatleute gebrochen hat.“ Habermas (1998), S. 132

<sup>33</sup> ebd., S. 132

## 5. Die Funktion des Rechts bei Habermas

HABERMAS sieht die Funktion des modernen Rechts genau darin, dass es in einer komplexen, pluralistischen Gesellschaft die moralischen Mindestanforderungen in einen festen, nämlich rechtlichen Rahmen bettet, an dem der Einzelne sich orientieren kann. Er

...erklärt, warum sich das moderne Recht insbesondere für die soziale Integration von Wirtschaftsgesellschaften eignet, die in sittlich neutralisierten Handlungsbereichen auf die dezentralisierten Entscheidungen interessegeleiteter, am je eigenen Erfolg orientierter Einzelsubjekte angewiesen sind.<sup>34</sup>

Andererseits versteht HABERMAS die Diskussion über das Recht als den Mechanismus, in dem eine Gesellschaft ihre moralischen Grundlagen diskutiert und klärt und sich darüber auch integriert. So fährt er fort:

Das Recht kann aber nicht nur den funktionalen Erfordernissen einer komplexen Gesellschaft, es muss auch den prekären Bedingungen einer Sozialintegration genügen, die sich über die Verständigungsleistungen kommunikativ handelnder Subjekte, d.h. über die Akzeptabilität von Geltungsansprüchen vollzieht.<sup>35</sup>

Zusammenfassend kann man also sagen:

Das moderne Recht verschiebt die normativen Zumutungen vom moralisch entlasteten Einzelnen auf die Gesetze, die die Kompatibilität der Handlungsfreiheiten sichern. Diese beziehen ihre Legitimität aus einem Gesetzgebungsverfahren, das sich seinerseits auf das Prinzip der Volkssouveränität stützt. Mit Hilfe der Rechte, die den Staatsbürgern die Ausübung ihrer politischen Autonomie sichern, muss die ... Entstehung von Legitimität aus Legalität erklärt werden.<sup>36</sup>

Gesetze werden bei HABERMAS also durch das Gesetzgebungsverfahren legitimiert. Und (staatsbürgerliche) Rechte sind es wiederum, die sichern, dass das Recht auch legitim ist.

Dem positiven Recht bleibt, über die Legitimitätskomponente der Rechtsgeltung, ein Bezug zur Moral eingeschrieben. Aber dieser Moralbezug darf uns nicht dazu verleiten, die Moral dem Recht im Sinne einer Normenhierarchie überzuordnen... Die autonome Moral und das auf Begründung angewiesene positive Recht stehen vielmehr in einem Ergänzungsverhältnis. Soziologisch betrachtet haben sich beide gleichzeitig aus jenem gesamtgesellschaftlichen Ethos ausdifferenziert, worin traditionales Recht und Gesetzesethik noch miteinander verschränkt waren. Mit der Erschütterung der sakralen Grundlagen dieses Gewebes aus Recht, Moral und Sittlichkeit setzen Differenzierungsprozesse ein.<sup>37</sup>

Jetzt können wir verstehen, wieso vorrechtliche, moralgeleitete Mechanismen der Konsensbildung durch das formale Recht abgelöst worden sind und das Recht sich als ein eigenes

---

<sup>34</sup> Habermas, Jürgen (1998), S. 110

<sup>35</sup> ebd.

<sup>36</sup> ebd.

<sup>37</sup> ebd., S. 137

System herausgebildet hat, das in der konkreten Anwendung eben gerade keinen Bezug zur Moral herstellt: Die Funktion des Rechts erfüllt seine Funktion gerade dadurch, dass es vom Einzelnen nur die Einhaltung formaler Regeln fordert und nicht nach der Moral fragt. Genau soweit würde auch LUHMANN HABERMAS folgen. HABERMAS verlangt aber eine Rückkopplung des moralischen Inhalt von Rechten an einen Legitimationsprozess.

Ein Beispiel soll hier der Illustration dienen: Gehe ich bei Rot über die Ampel, versagen vorrechtliche Sanktionsmechanismen: Die bösen Blicke der Spießer halten mich nicht von meinem Unterfangen ab. Will mir ein Polizist einen Strafzettel geben – die rechtlich vorgesehene Sanktion – könnte ich versuchen, mit ihm eine Diskussion darüber anzufangen, ob es tatsächlich moralisch verwerflich ist, die Straße zu überqueren, wenn weit und breit kein Auto kommt. Die Diskussion kann man als garfinkelsches Krisenexperiment verstehen, weil sie nur aufzeigen wird, dass dieses Verhalten nicht vorgesehen ist. Vielleicht wäre der Polizist als Privatperson meiner Meinung, aber nicht als Polizist, denn eine Vorschrift zwingt ihn, jedes unrechtmäßige Verhalten zu sanktionieren. Die moralische Diskussion über das Recht ist an dieser Stelle nicht vorgesehen – das Rechtssystem und der Polizist sind in der Anwendung des Rechts gegen moralische Einwände immun. Eine Änderung der Situation würde sich über eine Änderung der Straßenverkehrsordnung ergeben. Das beschließende Parlament könnte dabei als Ausfluss der Volkssouveränität verstanden werden.<sup>38</sup>

## **6. Diskursprinzip als Ergänzung zum Moral- und Demokratieprinzip**

Moralprinzip und Demokratieprinzip wurden als unterschiedliche Prinzipien identifiziert, aber sie setzen sich gegenseitig voraus: Eine demokratische Abstimmung setzt einen rechtlichen Rahmen voraus, innerhalb dessen die Abstimmung stattfindet; und die Schaffung dieses rechtlichen Rahmens setzt wiederum eine demokratische Legitimation voraus. Habermas sieht ihre Konstituierung als Kreisprozess, „in dem der Kode des Rechts und der Mechanismus für die Erzeugung legitimes Rechts, also das Demokratieprinzip [sich] gleichursprünglich konstituieren.“<sup>39</sup> Das Demokratieprinzip setzt aber des Weiteren

die Möglichkeit der rationalen Entscheidung praktischer Fragen schon voraus, und zwar die Möglichkeit aller in Diskursen (und verfahrensregulierten Verhandlungen) zu leistenden Begründungen, denen sich die Legiti-

---

<sup>38</sup> ... oder aber als ein eigenes System mit eigenen Systemrationalitäten.

<sup>39</sup> Habermas, Jürgen (1998), S. 155

mität von Gesetzen verdankt. Das Demokratieprinzip gibt deshalb keine Antwort auf die ... Frage, ob und wie politischen Angelegenheiten überhaupt diskursiv bearbeitet werden können.<sup>40</sup>

Deshalb führt HABERMAS in seiner Rechtstheorie ein – aus seiner Theorie des kommunikativen Handelns abgeleitetes – Diskursprinzip ein, das ein den anderen Prinzipien vorgängiges Prinzip darstellt. Mit Hilfe dieses Prinzips erklärt er dann vordemokratische, diskurstheoretisch begründete „Grundrechte“, wie

- das Recht auf das größtmögliche Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten aller,
- das Recht auf Einklagbarkeit von Rechten und der politisch autonomen Ausgestaltung des individuellen Rechtsschutzes,
- das Recht auf chancengleiche Teilnahme an Prozessen der Meinungs- und Bildungsfreiheit, worin Bürger ihre politische Autonomie ausüben und wodurch sie legitimes Recht setzen, sowie
- das Recht auf die Gewährung von Lebensbedingungen, die in dem Maße sozial, technisch und ökologisch gesichert sind, wie dies für eine chancengleiche Nutzung der bürgerlichen Rechte notwendig ist.<sup>41</sup>

Dieses Diskursprinzip gewährt also Grundrechte, die vor ihrer eigenen Institutionalisierung stehen und die die Basis für demokratische (Rechtgebungs-)Verfahren geben. Das Diskursprinzip soll dann „erst auf dem Weg der rechtsförmigen Institutionalisierung die Gestalt eines Demokratieprinzips annehmen, welches dann seinerseits dem Prozess der Rechtsetzung Legitimitätserzeugende Kraft verleiht.“<sup>42</sup> Das Demokratieprinzip ergibt sich erst aus „der Verschränkung von Diskursprinzip und Rechtsform.“<sup>43</sup>

So hat HABERMAS im Diskurs eine Letztbegründung gefunden, die in seiner Theorie des kommunikativen Handelns gründet. Ob HABERMAS dem Problem von Letztbegründungen, nämlich dem Problem entgehen kann, dass Letztbegründungen nicht begründet werden können und es dennoch immer Voraussetzungen dieser Letztbegründungen gibt, kann ich hier leider nicht entscheiden, aber ich vermute eher nicht. Seine Rechtsphilosophie stünde dann in der Tradition von KANT und ROUSSEAU, wenn sie auch elaborierter ist. Letzte Fragen werden uns wohl erhalten bleiben, nur werden sie immer etwas anders lauten.

---

<sup>40</sup> Habermas, Jürgen (1998), S. 142

<sup>41</sup> ebd., S. 155 - 157

<sup>42</sup> ebd., S. 154

<sup>43</sup> ebd., S. 154

## 7. Demokratisches Europa?

Ist das Recht recht? Darauf haben wir zwei moderne Antworten kennen gelernt. LUHMANN sieht das Recht als ein System was immer nur auf sich selbst verweist. HABERMAS erkennt auch den Systemcharakter des Rechts, aber er betont, dass das Recht legitimiert werden muss, durch demokratische Verfahren, die wiederum ihren Ursprung im Diskurs haben. Anhand eines Blickes auf neu entstehendes Recht können wir einen Einblick in die Tragweite der Diskussion bekommen. Als Beispiel verwenden wir die Diskussion um die Europäische Verfassung.<sup>44</sup> HABERMAS sieht sie als einen nötigen Schritt auf dem Weg zu einer immer weiter fortschreitenden, europäischen Integration.<sup>45</sup> Wie kann aber eine europäische Verfassung legitimiert werden? Reicht es, wenn ein Text von Experten zusammengestellt wird, wenn dann von Politikern in Machtspielen Details verhandelt werden und das Ergebnis von nationalen Parlamenten ratifiziert wird? Oder muss das europäische Volk in einem Referendum zustimmen oder gar den Text festlegen? Gibt es überhaupt ein Volk, das sich als europäisches identifiziert? HABERMAS diskutiert was man als europäisches Volk bezeichnen könnte: Eine europäische Bürgergesellschaft müsste durch ein starkes europäisches Parlament vertreten sein. Eine europaweite politische Öffentlichkeit müsste entstehen. (Es gibt jedoch bisher noch nicht einmal eine europaweit gelesene Tageszeitung.) Und es bedürfte – so HABERMAS – einer europaweit geteilten europäischen Kultur.<sup>46</sup>

Tatsächlich wird nun eine europäische Verfassung beschlossen werden, die die europäische Öffentlichkeit nicht voraussetzen kann und die so – mit Blick auf die oben erarbeitete Theorie – nicht den Diskurs für sich in Anspruch nehmen kann. In Deutschland wird es kein Referendum zur europäischen Verfassung geben, nur das Parlament wird die Verfassung ratifizieren. In der Referendums-Diskussion äußerte Außenminister JOSCHKA FISCHER, dass die Deutschen ja auch keine Erfahrung mit Referenden haben. Stimmt – selbst das deutsche Grundgesetz wurde nie vom Volke ratifiziert, sondern nur vom Parlamentarischen Rat beschlossen und von

---

<sup>44</sup> Andere wichtige Beispiele sind die entstehenden weltweiten Rechtsstrukturen durch OECD, WTO, Gats, Völkerrecht sowie die Diskussion um das MAI, um die lex mercatoria, um den internationalen Strafgerichtshof. Auch innerhalb der Länder entstehen neue Rechtsgebiete: Neue Eigentumsfragen entstehen durch die Möglichkeit weltweit Musik und Filme aus dem Internet runterzuladen oder Massenmails und Viren zu verschicken oder durch den Wunsch „der Industrie“ die Entschlüsselung von Genomen patentrechtlich schützen zu können.

<sup>45</sup> Zum folgenden siehe: Habermas, Jürgen (2001): *Warum braucht Europa eine Verfassung?* European University Institute. Robert Schuman Centre. (Vollständiger Text zum Hamburger Vortrag vom 26. Juni – Vortragsfassung in *Die Zeit* vom 29. Juni 2001) auch: [www.hamburg.de/fhh/aktuelle\\_meldungen/habermas.doc](http://www.hamburg.de/fhh/aktuelle_meldungen/habermas.doc), Zugang vom 20.11.2003

<sup>46</sup> Habermas, Jürgen (2001), S.15f

den Ministerpräsidenten der Bundesländer ratifiziert.<sup>47</sup> Auch das Grundrecht wurde also nur in einem rechtsimmanenten Akt durch andere Rechtsgebilde eingesetzt und nie direkt durch das Volk legitimiert. Bleibt zu hoffen, dass die europäische Verfassung – wenn sie schon nicht Sprachrohr des Volkes ist – wie das Grundgesetz dazu beiträgt, die gemeinsame Öffentlichkeit zu produzieren, die sie eigentlich voraussetzt.

---

<sup>47</sup> Weber, Jürgen (1983): Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Band 3: *Die Gründung des neuen Staates 1949*, 2. Auflage, München, S. 80

### III. Bibliographie

Albert, Mathias (2002): *Zur Politik der Weltgesellschaft*, Weilerswil

Böhnisch, Lothar / Arnold, Helmut / Schröer, Wolfgang (1999): *Sozialpolitik*, Weinheim und München

Habermas, Jürgen (2001): Warum braucht Europa eine Verfassung? European University Institute. Robert Schuman Centre. (Vollständiger Text zum Hamburger Vortrag vom 26. Juni – Vortragsfassung in Die Zeit vom 29. Juni 2001) auch: [www.hamburg.de/fhh/aktuelle\\_meldungen/habermas.doc](http://www.hamburg.de/fhh/aktuelle_meldungen/habermas.doc), Zugang vom 20.11.2003

Habermas, Jürgen (1998): *Faktizität und Geltung*, 1. Auflage: 1992, Frankfurt/M.

Habermas, Jürgen (1981): *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2. Bde., Frankfurt/M

Heimann, Eduard (1929/1980): *Soziale Theorie des Kapitalismus*, Frankfurt/M

Hoerster, Norbert (Hrsg.) (1997): *Klassische Texte der Staatsphilosophie*, München

Horster, Detlef (1999): *Jürgen Habermas zur Einführung*, Hamburg

Kant, Immanuel (1793/1992): *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. Zum ewigen Frieden: Ein philosophischer Entwurf*, Hamburg

Luhmann Niklas (1995), *Recht der Gesellschaft*, 1. Auflage: 1993, Frankfurt/M.

Luhmann, Niklas (1989): *Am Anfang war kein Unrecht*, in: *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Band 3, Frankfurt/M.

Marshall, Thomas H. (1992): *Bürgerrechte und soziale Klassen*, engl. Original: 1981, Frankfurt/M.

Ott, Konrad (2001), *Moralbegründungen zur Einführung*, Hamburg

Weber, Jürgen (1983): Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Band 3: *Die Gründung des neuen Staates 1949*, 2. Auflage, München