

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

## Das Recht als positiv-formalisierte Sprache des gesellschaftlich verbindlichen Sollens

### **This is the author's manuscript**

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/118053> since

*Publisher:*

Mohr Siebeck

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

## **Das Recht als positiv-formalisierte Sprache des gesellschaftlich verbindlichen Sollens**

Recht ist Sprache. Und Recht ist bindend. Aus diesen scheinbar belanglosen Feststellungen ergeben sich einige wichtige und durchaus kontroverse Fragen: Kann nämlich die Rechtssprache in sich selbst – d. h. ausschließlich von sich selbst ausgehend – die eigene Verbindlichkeit begründen? (1) Wenn nicht, auf welche außerrechtlichen Diskurse kann sie sich dann aber stützen? (2) Und, schließlich, wie gestaltet sich die Rechtsauffassung, wenn das Verhältnis der Rechtssprache zu außerrechtlichen Diskursen kommunikativ gedeutet wird? (3)

### *1. Versuche zur Begründung der Selbstreferenzialität der Rechtssprache – und ihre Defizite*

Will man die konzeptuellen Grundlagen der Verbindlichkeit der Rechtssprache untersuchen, sieht man sich zunächst mit der Frage konfrontiert, ob die Rechtssprache aus ihrer eigenen epistemologischen Struktur ihre Verbindlichkeit deduzieren bzw. begründen kann. Dabei ist zunächst eine Unterscheidung innerhalb des Begriffs der „Rechtssprache“ vorzunehmen. Unter „Rechtssprache“ verstehe ich hier einerseits den Zusammenhang von Rechtssätzen, die das Recht im engeren Sinne oder das „Rechtssystem“ ausmachen, andererseits aber auch den „Rechtsdiskurs“ als die gesamte sprachliche Kommunikation, die sich fachspezifisch, d. h. systematisch, dogmatisch und konzeptuell auf das Recht bezieht und zu dessen Interpretation sowie Fortentwicklung beiträgt. Wenn wir daher annehmen, dass die Rechtssprache auf sich selbst basiert bzw. sich selbst genügt, bedeutet dies, dass die Rechtssätze, aus denen das Rechtssystem besteht, ihren Ursprung und ihre Begründung innerhalb desselbigen Rechtssystems haben. Oder, falls davon ausgegangen wird, dass die Rechtsinterpretation und Rechtsfortentwicklung nicht ohne den Zugriff auf einen breiter aufgefassten Rechtsdiskurs zu verstehen sind, würde dennoch die Voraussetzung gelten, dass dieser Rechtsdiskurs ausschließlich auf das Rechtssystem bezogen und deshalb von den Diskursen benachbarter Disziplinen deutlich, um nicht zu sagen „hermetisch“ abgetrennt ist.

Um festzustellen, ob der Selbständigkeitsanspruch der Rechtssprache aufrecht zu erhalten ist, empfiehlt es sich, die zwei wahrscheinlich wich-

tigsten Rechtstheorien, welche die Selbständigkeit der Rechtssprache groß auf ihre Fahnen geschrieben haben, auf ihren Anspruch und ihre Stichhaltigkeit hin kurz zu prüfen.

### 1.1. Hans Kelsens „Reine Rechtslehre“

Die erste dieser zwei „Proben aufs Exempel“, die hier kurz analysiert werden sollen, wird uns von Hans Kelsens Rechtstheorie geliefert.<sup>1</sup> Nach seiner „reinen Rechtslehre“ besteht nämlich das Rechtssystem aus hypothetischen Sätzen bzw. aus „hypothetischen Urteilen“,<sup>2</sup> deren Geltung ohne jeglichen Rückgriff auf gesellschaftliche Realitäten oder auf ethische bzw. moralische Prinzipien<sup>3</sup> ausschließlich durch die Tatsache garantiert wird, dass die Rechtssätze gemäß der durch eine höhere Norm festgelegten Regeln produziert werden.<sup>4</sup> Im pyramidalen Rechtssystem des Rechtspositivismus ist daher die Geltung eines jeden Rechtssatzes in der Validität einer Norm begründet, die sich auf einer höheren hierarchischen Stufe befindet. Die Logik einer solchen Konzeption führt dennoch unausweichlich zu einem infiniten Regress, weshalb Kelsen, um diese konzeptuelle Falle zu vermeiden,<sup>5</sup> die seine ganze rechtstheoretische Konstruktion unterminieren würde, die Grundnorm als einen Grenzbegriff des Rechtssystems einführt.<sup>6</sup> Kelsen beschreibt diese fundamentalste Norm unter allen Rechtsnormen als „vorausgesetzt“,<sup>7</sup> d. h. als nicht-positiv oder besser: prä-positiv. Hinsichtlich des Inhalts der Grundnorm entfernt er sich sogar noch einen Schritt weiter von der Selbstreferenzialität des Rechtssystems, indem er behauptet, dass die Grundnorm im Prinzip jeglichen Inhalt erhalten kann, wobei die einzige Voraussetzung, die immer vorhanden sein muss, ihre Effektivität ist.<sup>8</sup> In Bezug auf Kelsens Theorie der Selbstreferenzialität des Rechtssystems kann man daher erstens feststellen, dass die Rechtsnormen letztendlich, da die Grundnorm kein positives Recht ist, ihre Geltung – nicht viel anders als beim Naturrecht – ebenfalls außerhalb des Rechts finden müssen, und zweitens dass ihre Geltungsgrundlage insofern signifikant dünner als in den naturrechtlichen moralitätsbezogenen Rechtstheorien ist, als sie auf die bloße Wirkungsfähigkeit der Machtverhältnisse reduziert wird.

---

<sup>1</sup> Zu Hans Kelsens Staats- und Rechtstheorie siehe, im fast unüberschaubar umfangreichen Panorama der Sekundärliteratur, Hauke Brunkhorst; Rüdiger Voigt (Hrsg.), Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen, Nomos, Baden-Baden 2008.

<sup>2</sup> Hans Kelsen, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Deuticke, Leipzig/Wien 1934, S. 22.

<sup>3</sup> Ebd., S. 12 ff.

<sup>4</sup> Ebd., S. 63 ff.

<sup>5</sup> Hans Kelsen, General Theory of Law and State, Harvard University Press, Cambridge/Ma. 1949 (1. Aufl. 1945), S. 115 ff.

<sup>6</sup> Hans Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Pan-Verlag Rolf Heise, Berlin-Charlottenburg 1928, S. 20.

<sup>7</sup> Kelsen (Fn. 2), S. 66 f.

<sup>8</sup> Kelsen (Fn. 5), S. 120.

## 1.2. Niklas Luhmanns autopoietisches Rechtssystem

Das zweite Exempel führt Niklas Luhmanns Systemtheorie des Rechts ins Feld. Nach Luhmanns Interpretation ist das Recht ein autopoietisches Subsystem der Gesellschaft,<sup>9</sup> dessen Funktion in der Stabilisierung der normativen Erwartungen besteht, die aus der Implementierung der Funktionen anderer gesellschaftlicher Subsysteme entstehen.<sup>10</sup> Obwohl das Problem der Rückkopplung des Rechtssystems an gesellschaftliche Funktionen insgesamt – und daher die Frage nach der sozialen Funktion des Rechts – in Luhmanns Theorie deutlich überzeugender geklärt wird als in Kelsens Rechtspositivismus, bleibt auch hier das Problem der als selbstverständlich vorausgesetzten Selbstreferenzialität des Rechtssystems weitgehend ungeklärt.

Dabei ist zunächst daran zu erinnern, dass laut Luhmann nicht nur alle sozialen Subsysteme ihre eigene Rationalität besitzen – eine Annahme, die weit über die Grenze der Systemtheorie hinaus akzeptiert wird –<sup>11</sup>, sondern auch – und hier liegt die wahre Pointe – dass die Existenz einer außer- sowie übersystemischen Rationalität vehement und radikal bestritten wird.<sup>12</sup> Drei Hauptdefizite ergeben sich jedoch aus dieser Grundannahme hinsichtlich der Selbstreferenzialität aller sozialer Systeme und deshalb auch des Rechtssystems. Das erste Defizit besteht in einem konzeptuellen Mangel hinsichtlich einer adäquaten Begründung des Rechts als „Sollen“, d. h. hinsichtlich der Rechtfertigung von dessen Verbindlichkeit. Wenn nämlich das Rechtssystem lediglich seine eigene Rationalität aufbieten kann, dann wird dessen Geltung auch ausschließlich auf seiner funktionalen Ratio fußen können. Es sind jedoch Zweifel daran berechtigt, ob funktionale Argumente allein, daher ohne jeglichen Verweis auf Werte, deontologische Kriterien, utilitaristische Erwägungen, Habitus-Einstellungen oder gar auf das egoistische Interesse von *rational choice*-Akteuren, die Begründung eines „Sollens“ bzw. wenigstens die Garantie der Normimplementierung liefern können. Das zweite Defizit besteht hingegen in einer allgemeinen epistemologischen Unzulänglichkeit des Ansatzes: In diesem Zusammenhang sei hier nur darauf hingewiesen, ohne ins Detail gehen zu können, dass die behauptete „operative Geschlossenheit“ sozialer Systeme<sup>13</sup> insofern signifikante erkenntnistheoretische Probleme aufwirft, als deren Interaktion sich als kaum oder zumindest nicht zufriedenstellend erklärbar erweist.<sup>14</sup> Schließlich – und damit sind wir beim dritten Defizit – kann die Theorie der Selbstreferenzialität des Rechtssystems Phänomene nicht angemessen be-

---

<sup>9</sup> Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1993, S. 143 f.

<sup>10</sup> *Ebd.*, S. 131.

<sup>11</sup> Selbst der theoretische Hauptantagonist von Luhmanns Systemtheorie, Jürgen Habermas, hat in seine Gesellschaftstheorie viele systemtheoretische Elemente eingebaut. Siehe: *Jürgen Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1988 (1. Aufl. 1981), 2. Bd., S. 171 ff.

<sup>12</sup> Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1997, S. 874.

<sup>13</sup> Luhmann (Fn. 12), S. 65 ff., 92 ff.; Luhmann (Fn. 9), S. 44.

<sup>14</sup> Diesbezüglich sei hier nur auf die epistemologisch umstrittene Konstruktion der „strukturellen Kopplungen“ verwiesen; vgl.: Luhmann (Fn. 12), S. 100 ff.

greifen, welche sich im Überschneidungsbereich verschiedener sozialer Subsysteme entfalten bzw. für ihre konzeptuelle Erfassung auf eine extra- und übersystemische Rationalität angewiesen sind, wie z. B. der Menschenrechtsschutz und die Frage nach globaler Gerechtigkeit.<sup>15</sup> Angesichts dieser Defizite und der Feststellung, dass sie nur durch den Verzicht auf den Anspruch zu beheben sind, dass die Ratio des Rechts sich selbst genügen kann, erweist sich die Selbstreferenzialität des Rechts auch aus der Perspektive von Luhmanns methodologischem und epistemologischem Ansatz als eine kaum zu haltende Annahme.

## 2. Außerrechtliche Geltungsgrundlagen des Rechts

Wird der Ansatz verworfen, nach der das Rechtssystem ausschließlich auf sich selbst basiert, stellt sich nun aber die Frage, auf welchen extrajuristischen Diskurs es verweisen kann, um die eigenen Inhalte zu begründen und die eigene Geltung zu rechtfertigen. Diesbezüglich sind einige historische und begriffliche Unterscheidungen vorzunehmen. Zu diesem Zweck kann es hilfreich sein, die unterschiedlichen Antworten auf die Frage nach der Geltungsgrundlage des Rechts auf eine allgemeine Theorie der Paradigmen sozialer Ordnung zu beziehen.<sup>16</sup> Aus dieser Perspektive erfolgt der Übergang von einer bestimmten Rechtsgeltungsgrundlage zu einer anderen im direkten Zusammenhang mit einer paradigmatischen Revolution im Bereich der Grundbegriffe, mit denen soziale Ordnung erklärt wird.

### 2.1. Das partikularistische Rechtsverständnis: die homogene Gemeinschaft als Geltungsgrundlage des Rechts

Gemäß des ältesten westlichen Paradigmas der sozialen, politischen und juristischen Ordnung wird Ordnung nur innerhalb *beschränkter* und relativ *homogener* Gemeinschaften für möglich gehalten. Aufgrund seiner zwei

---

<sup>15</sup> Das Problem wird deutlich, wenn selbst Autoren, die dem systemtheoretischen Ansatz nahestehen, bei der Auseinandersetzung mit der systemübergreifenden bzw. lebensweltlich erzeugten Definition und Implementierung von Menschenrechten auf Lösungen zurückgreifen, die aus systemtheoretischer Sicht epistemologisch nicht eindeutig gedeckt sind. Vgl.: *Andreas Fischer-Lescano*, Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft, in: "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 88, Heft 3, S. 349–378; *Andreas Fischer-Lescano*, Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, Velbrück Wissenschaft, Weilerswist 2005; *Marcelo Neves*, 2005, Die symbolische Kraft der Menschenrechte, in: "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 91, S. 159–187; *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix, in: *Winfried Brugger, Ulfried Neumann, Stephan Kirste* (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2008, S. . 440–472.

<sup>16</sup> Zur Definition des „Ordnungsparadigmas“ siehe: *Armin von Bogdandy, Sergio Dellavalle*, Universalism Renewed. Habermas' Theory of International Order in Light of Competing Paradigms, in: "German Law Journal", Vol. 10 (2009)/1, S. 5–29; *Sergio Dellavalle*, Hegels äußeres Staatsrecht: Souveränität und Kriegsrecht. Über eine schwierige Verortung zwischen universaler Vernunft und einzelstaatlichem Ethos, in: *Walter Pauly* (Hrsg.), Der Staat – eine Hieroglyphe der Vernunft. Staat und Gesellschaft bei Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Nomos, Baden-Baden, 2009, S. 177–198; *Sergio Dellavalle*, Dalla comunità particolare all'ordine universale. Vol. I: I paradigmi storici, ESI, Napoli 2011.

wesentlichen Merkmale können wir dieses Paradigma als *holistischen Partikularismus* bezeichnen. Im Rahmen des partikularistisch-holistischen Ordnungsparadigmas wird die letzte Legitimität des Rechts just in jenen extra-juristischen Elementen geortet, welche auch die Homogenität des begrenzten Gemeinwesens garantieren sollen. Solche Elemente erhalten dann unterschiedliche Ausprägungen infolge der sich entwickelnden historischen Begebenheiten sowie aufgrund der Antworten, die verschiedene Autoren auf die geschichtlichen Herausforderungen geben.

So lässt sich der über die mythologische Begründung des Rechts hinausgehende, vernunft- und argumentationsbasierte Versuch, die Geltungsgrundlage des Rechts an den ontologischen und axiologischen Fundamenten der sozialen Homogenität festzumachen, bis zu Platons politischer Philosophie zurückverfolgen. In seinem Dialog *Minos oder vom Gesetz* präzisiert er, dass das Gesetz weder einfach das „Festgesetzte“ ist,<sup>17</sup> noch den „Beschlüssen und Verfügungen“ des Staates gleichzusetzen ist.<sup>18</sup> Vielmehr ist das Gesetz, zumindest wenn es in seiner unverkürzten Reichweite verstanden wird, das „Entdecken dessen, was ist.“<sup>19</sup> Daher kommt das „wahre“ Gesetz in der Interpretation Platons nicht einfach den geltenden Normen gleich, sondern muss der Natur des gerechten politischen Gemeinwesens entsprechen. Somit wird die Frage nach der Geltungsgrundlage des Rechts auf die Klärung des authentischen Wesens des politischen Gemeinwesens zurückgeführt. In den *Nomoi* liefert uns Platon einen Hinweis auf die Beantwortung dieser Grundfrage: Ziel einer vollkommenen Gesetzgebung soll nämlich nicht die Selbstbehauptung des Staates nach außen, sondern „Freundschaft und Friede“ im Innern sein.<sup>20</sup> Zu diesem Zweck sollen das Gemeinwesen und die Gesetzgebung, auf die es sich stützt, auf die Verwirklichung der „gesamten Tugend“, d. h. nicht nur der „menschlichen“, sondern hauptsächlich der „göttlichen Güter“ zielen.<sup>21</sup> Vier dieser „göttlichen Güter“ erwähnt Platon: die „Einsicht“, die „mit Vernunft verbundene besonnene Haltung“, die „Tapferkeit“ und die „Gerechtigkeit“.<sup>22</sup> Gerade der Gerechtigkeit kommt bei Platon eine herausragende Rolle bei der Festlegung des Wesens der politischen Gemeinschaft und daher auch der mit diesem verwobenen Geltungsgrundlage des Rechts zu. Allerdings hat „Gerechtigkeit“ bei Platon – wie vor allem in der *Politeia* deutlich wird – eine signifikant andere Bedeutung als im heute überwiegenden Verständnis. Im gut geordneten sozialen und politischen Gemeinwesen beschreibt „Gerechtigkeit“ laut Platon jenen Zustand, in dem „jeder das Seinige verrichtet“,<sup>23</sup> wohingegen er mit „Ungerechtigkeit“ die Kondition bezeichnet, in der der „Tausch“ der Aufgaben und „Vieltuerei [...] der Stadt zum Verderben“ ge-

---

<sup>17</sup> Platon, *Minos*, in: *Platon, Werke*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1990, Bd. 8/2, 313b ff., S. 522 ff.

<sup>18</sup> *Ebd.*, 314b ff., 524 ff.

<sup>19</sup> *Ebd.*, 315a, S. 528 ff.

<sup>20</sup> Platon, *Nomoi – Gesetze*, in: *Platon, Werke* (Fn. 17), Bd. 8/1, 626b ff., S. 6 ff.

<sup>21</sup> *Ebd.*, 630d ff., S. 20 ff.

<sup>22</sup> *Ebd.*, 631c, S. 22 f.

<sup>23</sup> Platon, *Politeia*, in: *Platon, Werke* (Fn. 17), Bd. 4, IV, 433b, S. 322 f.

reichen.<sup>24</sup> In Platons politischer Philosophie wird die Rechtsgrundlage daher in die organisistische Aufgabenverteilung innerhalb der Gesellschaft gelegt, die den Inhalt eines gerechten Rechtssystems sowie dessen Rechtfertigung ausmacht.

Freilich stellt Platons Verständnis des Rechts als Formalisierung des holistischen *Corpus* ungemein hohe Ansprüche an die Bereitschaft der Einzelnen, sich mit den Werten, Interessen und Zielvorgaben ihrer Zugehörigkeitsgemeinschaft uneingeschränkt zu identifizieren. Solche hohe Erwartungen waren jedoch schon zu Platons Zeiten kaum aufrecht zu erhalten: Wie bereits Hegel scharf erkannte,<sup>25</sup> kommt Platons politische Philosophie einem sehnsuchtsvollen Blick zurück auf die – zweifelsohne idealisierte – Blütezeit der altgriechischen *Poleis* gleich. Auch wenn man annimmt, dass die von ihm angemahnte Identifikation von Einzelnem und Gemeinschaft je stattgefunden hat, kann dennoch kein Zweifel daran bestehen, dass ein solcher Zustand mit der Krise der altgriechischen Polis – vielleicht mit der partiellen Ausnahme der römischen Republik – für immer verloren war. Den Anbruch einer neuen Ära erkennend, führt daher bereits Aristoteles drei Neuheiten ein: Erstens wird Gerechtigkeit nicht mehr als der zentrale Wert des organisistischen Gemeinwesens, sondern *relational* als die sach- und vernunftgemäße, nicht diskriminierende Verteilung von Vor- und Nachteilen verstanden.<sup>26</sup> Zweitens besteht das Ziel des moralischen und politischen Handelns in der Realisierung nicht mehr von Gerechtigkeit, sondern von *Glückseligkeit* (Eudämonie).<sup>27</sup> Drittens wird der Lebenssinn des Menschen nicht mehr mit der politischen Arbeit im Dienste der Interessen des eigenen Gemeinwesens, sondern mit der „Tätigkeit *theoretischer* oder *betrachtender* Art“ identifiziert.<sup>28</sup> Gibt Aristoteles die emphatische und unmittelbare Gleichsetzung von Individuum und Gemeinschaft somit auf, ist seine politische Philosophie dennoch weiterhin vollständig dem organisistischen Gesellschaftsbild verpflichtet.<sup>29</sup> Infolgedessen sieht sich Aristoteles gezwungen, nach einer neuen sozialen Basis für das holistische Verständnis des Gemeinwesens zu suchen. Die neue ontologische Grundlage des sozialen und politischen *Corpus* übersetzt er schließlich in die historisch überaus erfolgreiche Metapher des Gemeinwesens als *erweiterter Familie*.<sup>30</sup> Die Familie wird damit zum vermittelnden Element zwischen Individuum und Gemeinwesen, wobei die neu erschaffene holistische Fiktion auch zum Fundament des Rechts erhoben wird. Laut Aristoteles hat nämlich das politische Recht „seine Stelle, wo eine Anzahl freier und gleichgestell-

---

<sup>24</sup> *Ebd.*, IV, 434b, S. 324 f.

<sup>25</sup> *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte. Berlin 1822/1823. Nachgeschrieben von Karl Gustav Justus von Griesheim, Heinrich Gustav Hotho und Friedrich Carl Hermann Victor von Kehler, hrsg. von Karl Heinz Ilting, Karl Brehmer und Hoo Nam Seelmann, Meiner, Hamburg 1996, S. 390.

<sup>26</sup> *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, in: *Aristoteles*, Philosophische Schriften, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1995, Bd. 3, V, 9, 1134a, S. 114 f.

<sup>27</sup> *Ebd.*, I, 5, 1097a f., S. 9 ff.

<sup>28</sup> *Ebd.*, X, 7, 1177a, S. 248.

<sup>29</sup> *Aristoteles*, Politik, in: *Aristoteles*, Philosophische Schriften (Fn. 26), Bd. 4, I, 2, 1253a, S. 5.

<sup>30</sup> *Ebd.*, I, 2, 1252b, S. 4.

ter Menschen zwecks vollkommenen Selbstgenügens in Lebensgemeinschaft stehen.“<sup>31</sup> Gleichzeitig wird diese Lebensgemeinschaft mit dem Gemeinwesen identifiziert, das aus mehreren Dorfgemeinden und daher – durch diese – aus einer Vielzahl von Familien besteht.<sup>32</sup> Aus den beiden Bedingungen ergibt sich als Schlussfolgerung, dass das Recht seine Geltung aus der angenommenen Homogenität der familistisch begründeten politischen Gesellschaft bezieht.

Die Autoren, die soziale Ordnung als notwendigerweise partikularistisch und holistisch konzipierten, stützten die Geltung des Rechts bis weit in die frühe Moderne hinein auf eine familistische Konzeption des Gemeinwesens. Relevant ist insbesondere der Einfluss dieser Auffassung auf Jean Bodins Idee der *république*: Zum einen ist nämlich die *république* die „gut geordnete Regierung mehrerer Familien,“<sup>33</sup> zum anderen ist „die Macht des Gesetzes“ der Macht der *république*, insofern diese souverän ist,<sup>34</sup> untergeordnet.<sup>35</sup> Da die Machtstruktur und Machtausübung innerhalb der Familie als Ursprung und Modell auch für das politische Gemeinwesen gelten,<sup>36</sup> rechtfertigen sich Rechtsetzung und Rechtausübung auch in der *république* auf Grund der konzeptuellen und genetischen Überlappung mit der Normsetzung im familiären Verband.

Allerdings dient die familistische Ortung der Rechtsgeltungsgrundlage bei Bodin nicht zuletzt der Rechtfertigung der absolutistisch-dynastischen Machtverhältnisse. Diese Haltung, die in Robert Filmer ihren kompromisslosesten, aber bereits rückwärtsgewandten Vertreter hatte,<sup>37</sup> war jedoch zusammen mit der unumkehrbaren Krise des *Ancien Régime* einem unvermeidlichen Untergang geweiht. Infolgedessen musste eine neue ontologische Grundlage für die holistisch geprägte Rechtsgeltung gefunden werden, welche schließlich beim Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert mit dem Nationenbegriff entwickelt wurde. Im nationalistisch geprägten politischen und rechtswissenschaftlichen Denken gilt das Recht nämlich dann, wenn es die im „Volksgeist“ verankerten Werte sowie die Interessen der Nation widerspiegelt. Von der politischen Romantik<sup>38</sup> und der historischen Rechtsschule ausgehend, hat diese Auffassung eine erhebliche Wirkung bis hin zu einflussreichen Staatsrechtslehrern der Bundesrepublik entfaltet.<sup>39</sup> Demzu-

---

<sup>31</sup> *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (Fn. 26), V, 10, S. 116.

<sup>32</sup> *Aristoteles* (Fn. 29), I, 2, 1252b, S. 4.

<sup>33</sup> *Jean Bodin*, *Six livres de la république*, Imprimerie de Jean de Tournes, Lyon 1579 (1. Aufl. 1576), I, I, S. 1.

<sup>34</sup> *Ebd.*, I, VIII, S. 85.

<sup>35</sup> *Ebd.*, I, VIII, S. 91 ff.

<sup>36</sup> *Ebd.*, I, II, S. 7.

<sup>37</sup> *Robert Filmer*, *Patriarcha, Or the Natural Power of Kings*, Richard Chiswell, London 1680.

<sup>38</sup> *Adam Müller*, *Die Elemente der Staatskunst*, Fischer, Jena 1922 (1. Aufl. 1809), I, IV, S. 76 ff.

<sup>39</sup> *Josef Isensee*, Nachwort. Europa – die politische Erfindung eines Erdteils, in: *Paul Kirchhof, Hermann Schäfer, Hans Tietmeyer*, *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, Berlin, Duncker & Humblot 1993, S. 103–138; *Paul Kirchhof*, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, in: *Josef Isensee, Paul Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band VII. Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Müller, Heidelberg 1993, S. 855–887. Für eine Kritik, vgl.: *Joseph H. H. Weiler*, 1995, *The State “über alles“*. Demos, Telos and the German Maastricht Decision, in: *Ole Due* (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Everling*, Nomos, Baden-Baden



folge floss das nationenbasierte Rechtsgeltungsverständnis auch in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein, insbesondere in die allbekanntesten und vielfach kritisierten Urteile über den Maastricht-<sup>40</sup> und den Lissabon-Vertrag.<sup>41</sup>

Mit der Erweiterung des politischen Radius über den kontinentalen Horizont hinaus und erst recht mit der Globalisierung und zunehmender weltweiter Verflechtung erwies sich jedoch die Tragweite des Nationalstaates als zu beschränkt. Damit die partikuläre Rechts- und politische Gemeinschaft über die Ressourcen verfügt, die für die Selbstbehauptung in einer globalen Arena notwendig sind, war die Entwicklung einer neuen, noch weiter reichenden Grundlage für die Homogenität des Gemeinwesens und für die darauf basierende Rechtsgeltung unumgänglich. Der entscheidende Schritt in diese Richtung wurde von Carl Schmitt unternommen. Mit der Entgegensetzung zwischen „Freund“ und „Feind“ führte er nämlich ein höchst flexibles Kriterium für die Herstellung von Kohäsion innerhalb des Gemeinwesens sowie für deren Abgrenzung gegen außen ein:<sup>42</sup> Indem der „Feind“ jede Gruppe sein kann, die die eigene Gemeinschaft existentiell bedroht,<sup>43</sup> und Kohäsion auf Grund geteilter Präferenzen oder präreflexiver Zugehörigkeit in so unterschiedlichen Gebieten wie Religion, Ideologie, ethnischer Verwandtschaft oder auch einfach materiellem Interesse erzeugt werden kann,<sup>44</sup> legt Schmitt den Grundstein, damit das Gemeinwesen seine Einflusssphäre in hegemonialer Absicht weit über die Grenzen der Nation ausdehnt. Gegen das rechtspositivistische Programm der Neutralisierung des Rechts<sup>45</sup> und insgesamt gegen die Idee des Rechtsstaates<sup>46</sup> wird die Geltungsgrundlage des Rechts hier auf die explizit „politische“ Dimension der partikulären Gemeinschaft im globalen Selbstbehauptungskampf zurückgeführt.<sup>47</sup>

Nach ihrer ersten Formulierung in der Gestalt von Schmitts Großraumtheorie<sup>48</sup> erlangte die hegemoniale Ausrichtung des partikularistisch-holistischen Ordnungsparadigmas in den letzten fünfzehn Jahren einen erneuten und wesentlich breiteren Erfolg durch die Theorie des „Kampfes der Kulturen“<sup>49</sup> und durch einige Strömungen des amerikanischen Neo-

---

1995, S. 1651–1688; *Sergio Dellavalle*, Una costituzione senza popolo? La Costituzione Europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituente”, Giuffrè, Milano 1992, S. 139 ff.

<sup>40</sup> BVerfGE 89, 155. Für die Kritik, siehe: *Weiler* (Fn. 39).

<sup>41</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. Juni 2009. Unter den zahlreichen kritischen Stimmen vgl. die Beiträge in: „German Law Journal“, Bd. 10/8.

<sup>42</sup> *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen [1932], Duncker & Humblot, Berlin 1963, S. 26 ff.

<sup>43</sup> *Ebd.*, S. 27.

<sup>44</sup> *Ebd.*

<sup>45</sup> *Carl Schmitt*, Das Zeitalter der Neutralisierung und Entpolitisierung [1929], in: *Schmitt* (Fn. 42), S. 89; *Carl Schmitt*, Über die neuen Aufgaben der Verfassungsgeschichte [1936], in: *Carl Schmitt*, Positionen und Begriffe, Duncker & Humblot, Berlin 1994 (1. Aufl. 1940), S. 265 f.

<sup>46</sup> *Carl Schmitt*, Neutralität und Neutralisierungen [1939], in: *Schmitt*, Positionen (Fn. 45), S. 333.

<sup>47</sup> *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, Duncker & Humblot, München/Leipzig 1928.

<sup>48</sup> *Carl Schmitt*, Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969, hrsg. von Günter Maschke, Duncker & Humblot, Berlin 1995; *Carl Schmitt*, Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europeum, Greven, Köln 1950.

<sup>49</sup> *Samuel P. Huntington*, The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order, Simon & Schuster, New York 2003 (1. Aufl. 1996).

Konservatismus.<sup>50</sup> Auf dem von Schmitt geebneten Weg wird das Recht auch hier nicht hauptsächlich als das System der Regeln interpretiert, die eine friedliche soziale Interaktion ermöglichen, sondern als ein Instrument im Dienste der Selbstbehauptung einer ideologisch basierten, weit über die einzelne Nation hinausreichenden Lebensgemeinschaft.

## 2.2. *Vom Partikularismus zum Universalismus: Recht als Ordnungsprinzip der universalen Gemeinschaft*

Mit dem Übergang vom Partikularismus zum Universalismus – d. h. in Folge einer ersten paradigmatischen Revolution – wird die Idee einer kosmopolitischen Ordnung konzipiert. Es waren zunächst die Stoiker, die die Auffassung eines universalen *Nomos* entwickelten, der auf einer die physische Natur sowie die Gesellschaft umfassenden allgemeinen *Logos* gestützt wurde.<sup>51</sup> Im Universalismus wird die Rechtsgeltung auf einer die juristische wie die außerjuristische Welt einschließenden Rationalität begründet, welche nicht mehr – wie im Partikularismus – in der exklusiven Spezifität der Kultur und Traditionen eines besonderen Gemeinwesens wurzelt, sondern einem allgemeinen, in allen Menschen und sozialen Gruppen vorhandenen Vernunftbegriff entspricht. Daher verweist im Universalismus die Geltungsgrundlage des Rechts überall auf die gleiche ontologische Basis, obwohl auch in den meisten universalistischen Auffassungen das Rechtssystem eines jeden Gemeinwesens eigene Merkmale aufweist. Dabei behält diese ontologische Basis immer noch einen *holistischen* Charakter, indem der Totalität (*Holon*) – nicht anders als im früheren Paradigma – ein Mehrwert gegenüber den Einzelnen, die sie ausmachen, zugesprochen wird. Beim *holistischen Universalismus* wird jedoch die ideengeschichtlich zentrale Neuigkeit eingeführt, nach der das Holon zumindest potentiell die ganze Menschheit umfasst.

Nach der philosophischen Vorarbeit der Stoiker wurde das universalistisch-holistische Ordnungsparadigma vom Christentum übernommen und kam in der Scholastik zwischen Hochmittelalter und Frühmoderne zu voller Blüte. Das hervorstechende Merkmal des scholastischen Rechtsdenkens besteht in der letzten Verortung der Rechtsgeltungsgrundlage in der christlichen Offenbarung. Schon Thomas von Aquin sah den letzten Ursprung des positiven Rechts (der *lex humana* oder *lex positiva*) im durch Naturrecht (*lex naturalis*) und *jus gentium* sowie durch die Lehre der Kirche vermittelten Gottesrecht (*lex divina*).<sup>52</sup> Diese Auffassung wurde später im Wirkungskreis der Schule von Salamanca zunächst von Francisco de Vitoria

---

<sup>50</sup> Siehe insbesondere die Arbeiten von *Jeremy A. Rabkin*: *Why Sovereignty Matters*, AEI Press, Washington D. C. 1998; *Worlds Apart on International Justice*, in: "Leiden Journal of International Law", Vol. 15 (2002), S. 835–857; *What We Can Learn about Human Dignity from International Law*, in: "Harvard Journal of Law & Public Policy", Vol. 27 (2003–2004), S. 145–168; *Recalling the Case for Sovereignty*, in: "Chicago Journal of International Law", Vol. 5 (2004–2005), S. 435–460.

<sup>51</sup> *Johannes von Arnim*, *Stoicorum veterum fragmenta*, Teubneri, Lipsiae 1905.

<sup>52</sup> *Thomas von Aquin*, *Summa theologica* [1265–1273], W. Benton-Encyclopedia Britannica, Chicago 1980, I–II, artt. 91 ff.

wieder aufgenommen<sup>53</sup> und schließlich von Francisco Suarez zu einer bewundernswerten Systematik ausgebaut.<sup>54</sup>

Die Rechtsauffassung dieser ersten christlich-mittelalterlichen und später dann christlich-katholischen Variante des universalistisch-holistischen Ordnungsparadigmas war jedoch von Anfang an mit einem gravierenden Defizit behaftet. Indem nämlich die *lex humana* direkt mit der *lex divina* zusammenhängt, wird die Gemeinschaft der Rechtsgenossen *optimo jure* mit der Religionsgemeinschaft gleichgesetzt. Da die Nicht-Christen sich deshalb außerhalb des Schutzsystems des Rechts befinden, folgt aus der unmittelbaren Deduktion vom Menschenrecht aus dem Gottesrecht die implizite – und häufig genug auch explizite – Rechtfertigung der Diskriminierung und sogar der Verfolgung der Angehörigen anderer Religionsgemeinschaften und nicht-christlicher Völker. Somit wird der neu eröffnete weite Horizont einer alle Menschen umfassenden Ordnung gleichzeitig wieder in dem Sinne beschränkt, dass ihr zwar alle potentiell beitreten können, andernfalls jedoch ausgeschlossen bleiben. Nicht zuletzt als Antwort auf die Wahrnehmung dieser Unzulänglichkeit und teilweise auch infolge religionsinterner Diskurse wandten sich durch die Reformation beeinflusste Rechtsphilosophen gegen die Verankerung der letztgültigen Grundlage des positiven Rechts im Gottesgesetz<sup>55</sup> und legten die konzeptuellen Voraussetzungen für eine nicht-religiöse Basis der universalistisch-holistischen Ordnungsidee.<sup>56</sup> Um die Rechtsgeltungsgrundlage in einer zumindest in den Absichten religiös ungebundenen natürlichen Vernunft zu verankern, greift diese zweite Variante des holistischen Universalismus – wie sie von Hugo Grotius explizit zum Ausdruck gebracht wird –<sup>57</sup> auf die stoische οικήωσις, nämlich auf die Annahme einer naturgegebenen Geselligkeit aller Menschen zurück. Es ist gerade diese universale Geselligkeit, die im ausschließlich naturrechtlich begründeten Rechtsdenken des universalistisch-holistischen Ordnungsparadigmas durch das Recht zur Geltung kommt und geschützt werden muss. Die Auffassung, nach der die Grundlage der sozialen Ordnung sowie der allgemeinen Rechtsgeltung aus einem die gesamte Menschheit umspannenden Ganzen besteht, hat die Entwicklung des modernen Völkerrechts sowohl in seinen philosophischen Grund-

---

<sup>53</sup> *Francisco de Vitoria*, Relecciones Teológicas, hrsg. von Luis G. Alonso Getino, La Raza, Madrid 1934; *Francisco de Vitoria*, Vorlesungen, Kohlhammer, Stuttgart 1997. Vgl. auch: *Francisco de Vitoria*, Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás, hrsg. von Vicente Beltrán de Heredia, Salamanca 1932 ff.;

<sup>54</sup> *Francisco Suarez*, De legibus, ac Deo legislatore [1612], in: *Francisco Suarez*, Selections from three Works, Clarendon Press, Oxford 1944, S. 1 ff.

<sup>55</sup> Die „laizistische“ Wende im reformierten Rechtsdenken setzte sich nur allmählich infolge der theologisch begründeten Trennung des Naturrechts von der *lex divina* durch. Im ersten Jahrhundert nach der Reformation überwog nämlich noch die Idee eines unumgänglichen, sogar gebotenen Einflusses des Religiösen auf Recht und Politik, obwohl dieser Einfluss sich eher auf eine vom Glauben zusammengeschweißte Gemeinschaft als auf eine ontologisch-metaphysische Theologie wie in der katholischen Tradition gründete. Vgl. diesbezüglich insbesondere *Théodore de Bèze*, Du droit des magistrats sur leur subjects [1575], EDHIS, Paris 1977, S. 3 ff., und – wenn auch auf eine moderatere und differenziertere Weise – *Johannes Althusius*, Politica methodice digesta [1614], Harvard University Press 1932, „Preface“ [1614], Kap. IX.

<sup>56</sup> Vgl. insbesondere: *Alberico Gentili*, De jure belli libri tres [1612], Clarendon Press, Oxford 1933.

<sup>57</sup> *Hugo Grotius*, De Jure Belli ac Pacis [1646], William S. Hein & Co., Buffalo (New York) 1995, „Prolegomena“, 6.

lagen<sup>58</sup> als auch in seinen rechtstheoretischen und rechtspositiven Ausformungen<sup>59</sup> entscheidend geprägt. Seit den späten Zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts<sup>60</sup> hat die Theorie der „Einen Menschheit“ die ontologische und axiologische Grundlage für die völkerrechtliche Konzeption der „internationalen Gemeinschaft“ geliefert – einer Auffassung nämlich, die, wenn auch hauptsächlich im deutschen Sprachraum beheimatet, bis heute weit über die deutschsprachige Rechtstheorie hinaus wirkungsmächtig ist.<sup>61</sup> Dank der in der Annahme einer gesamten Menschheit mit geteilten Werten und Interessen verankerten Rechtsgeltungsgrundlage konnte die Theorie der „internationalen Gemeinschaft“ einen entscheidenden Beitrag zur Etablierung eines verbindlichen Schutzes allgemeiner Menschenrechte sowie zugunsten der Übertragung von Souveränität auf supranationale und überstaatliche Normensysteme und Institutionen leisten.

### 2.3. Vom holistischen zum individualistischen Universalismus: die Rechtsordnung als Schutzgarantie individueller Rechte

Durch die zweite paradigmatische Revolution vom Holismus zum *Individualismus* – und daher mit dem Aufkommen des individualistisch-universalistischen Ordnungsparadigmas – wird der Fluchtpunkt des sozialen Lebens vom Ganzen des Gemeinwesens zu den Individuen verlegt, die dieses Gemeinwesen als ein Ergebnis reflexiver Akte bilden.<sup>62</sup> Im individualistisch-universalistischen Paradigma stützt sich daher die Rechtsgeltung nicht mehr auf eine ontologisch objektivierte Vernunft, sondern auf den Willen der Individuen, welche die *societas civilis* begründen. Auch in diesem Fall sind allerdings Unterschiede aufgrund der verschiedenen Hauptmerkmale der individualistisch aufgefassten Vernunft festzustellen. Insofern die Rationalität – wie bei Hobbes – als eine wesentlich mathematische Fähigkeit des Individuums verstanden wird, Vorteile gegen Nachteile für

---

<sup>58</sup> *Samuel Pufendorf*, *De jure naturae et gentium libri octo* [1672], Hein, Buffalo (NY) 1995, II, II, VII; *Samuel Pufendorf*, *De officio hominis et civis libri duo* [1673], Oxford University Press, New York 1927, I, VIII; *Christian Wolff*, *Institutiones juris naturae et gentium*, Halle/Magdeburg 1750, IX, I, V.

<sup>59</sup> Es sei hier diesbezüglich nur an des Werk von *Johann Caspar Bluntschli*, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten*, Beck'sche Buchhandlung, Nördlingen 1868, erinnert, in dem der Autor explizit auf die „gemeinsame Menschennatur“ verweist, die „alle Völker zur Einen Menschheit verbindet“ (S. 54).

<sup>60</sup> *Alfred Verdross*, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Wien/Berlin 1926.

<sup>61</sup> *Hermann Mosler*, *The International Society as a Legal Community*, Sijthoff & Noorhoff, Alphen aan den Rijn 1980; *Bruno Simma*, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, in: *The Hague Academy of International Law*, *Collected Courses*, Vol. 250/VI, Nijhoff, The Hague 1994, S. 217 ff.; *Christian Tomuschat*, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, in: *The Hague Academy of International Law*, *Collected Courses*, Vol. 281, Nijhoff, The Hague 1999; *Andreas L. Paulus*, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, Beck, München 2001; *Mehrdad Payandeh*, *Internationales Gemeinschaftsrecht*, Springer, Heidelberg 2010.

<sup>62</sup> *Thomas Hobbes*, *De Cive* [1642], Royston, London 1651; *Thomas Hobbes*, *Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, Crooke, London 1651; *John Locke*, *Two Treatises of Government* [1690], Awnsham-Churchill, London 1698; *Jean-Jacques Rousseau*, *Du contract social, ou principes du droit politique* [1762], Garnier-Flammarion, Paris 1966.

den Einzelnen abzuwägen,<sup>63</sup> finden das Recht sowie die auf dem *pactum unionis* gegründete Herrschaft ihre außerjuristische Rechtfertigung im Schutz der negativen Freiheit ebendieser Individuen.<sup>64</sup> Somit werden nämlich jene Bereiche, in denen die Einzelnen ihre rationale Fähigkeiten einsetzen, um den größten Vorteil auszumachen und zu verfolgen, von den ungünstigen bis schädlichen Externalitäten abgeschirmt, welche sich aus einer ungeordneten Interaktion ergeben würden. Anders bei Kant, der den Geltungsgrund des Rechts in dessen wesentlichem Verhältnis zur Moralität sucht:<sup>65</sup> Beide bezwecken nämlich die Verwirklichung der Autonomie als das höchste Ziel menschlichen Handelns, wobei die Moralität die Autonomie als Ausdruck von dessen inneren Beweggründen ansieht, während das Recht sie im Bereich des äußerlichen, die allgemeinen Interessen der Gesellschaft berührenden Interaktionen zu realisieren versucht.<sup>66</sup> Dadurch erhält das Recht bei Kant schon vom Ansatz her jene transzendente Universalität der Geltung, die bei Hobbes' instrumentellem Rationalitätsbegriff noch fehlte.

In Kants Konzeption erfüllt das Verhältnis zwischen Recht und Moralität drei wichtige Aufgaben: a) Es liefert ein Kriterium für Rechtsgeltung (ein Gesetz, welches das Autonomie-Prinzip verletzt, kann auch effektiv sein, darf aber dennoch nie volle normative Geltung beanspruchen); b) es bildet eine konzeptuelle Basis sowohl für Kritik am geltenden Recht als auch für dessen Weiterentwicklung (auf der Grundlage des Autonomie-Prinzips ist es nämlich berechtigt, ein Gesetz in Frage zu stellen, welches das selbige Prinzip verletzt, und für dessen Abschaffung bzw. Änderung zu plädieren); c) es präzisiert die soziale Funktion des Rechts (ein auch mit vollständiger normativer Geltung ausgestattetes Rechtssystem übernimmt die Funktion, den Schutz der Autonomie im sozialen und politischen Bereich zu garantieren). Diese Aufgaben werden jedoch in Kants Philosophie auf dem Weg eines subjektivistischen Mentalismus erfüllt, auf dessen Grundlage für möglich erklärt wird, dass jedes einzelne Individuum ausschließlich aufgrund seiner mentalen Fähigkeiten und Aktivitäten zum transzendentalen und universalistischen Moralgesetz und daher auch zum Recht als dessen äußerlicher und gesellschaftlich relevanter Parallelerscheinung gelangen kann. Somit wird aber die spezifisch intersubjektive Dimension menschlicher Sozialität ausgeblendet und der nach Recht und Moral handelnde Mensch gerät zum abstrakten Solipsisten.

---

<sup>63</sup> *Hobbes*, *De Cive* (Fn. 62), I, II, I.

<sup>64</sup> *Ebd.*, II, XIII, II; II, XIII, IV; II, XIII, VI.

<sup>65</sup> *Immanuel Kant*, *Die Metaphysik der Sitten* [1797], in: *Kant*, Werkausgabe, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1977, Bd. VIII, S. 318.

<sup>66</sup> *Immanuel Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* [1785], in: *Kant*, Werkausgabe (Fn. 65), Bd. VII, S. 65; *Immanuel Kant*, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* [1793], in: *Kant*, Werkausgabe (Fn. 65), Bd. XI, S. 150; *Immanuel Kant*, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* [1795], in: *Kant*, Werkausgabe (Fn. 65), Bd. XI, S. 204; *Immanuel Kant*, *Der Streit der Fakultäten* [1798], in: *Kant*, Werkausgabe (Fn. 65), Bd. XI, S. 364; *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten* (Fn. 65), § 46, S. 432.

#### 2.4. Vom subjektivistischen Mentalismus zur Intersubjektivität: die Verankerung der Rechtsgrundlage in der gesellschaftlichen Kommunikation

Eine erneute Verankerung des Rechts in den gesellschaftlichen Verhältnissen stand im Mittelpunkt von Hegels Rechts- und politischer Philosophie.<sup>67</sup> Von zentraler Bedeutung ist hierbei sein Geistesbegriff, in dem die Idee einer historisch und sozial situierten Kommunikationsgemeinschaft auf eine Weise angelegt wird, die ihresgleichen in der früheren Philosophiegeschichte sucht.<sup>68</sup> Der Übergang – und daher die paradigmatische Revolution – zu einem postindividualistischen und postsubjektivistischen Ordnungsbegriff wird jedoch von Hegel insofern zurückgenommen, als er nach dem weitgehend intersubjektiven Ansatz der Jugendschriften<sup>69</sup> in seiner späten Zeit zur Subjektphilosophie zurückkehrt.<sup>70</sup> Wenn daher seine Philosophie nach dem Kantischen Mentalismus das Recht durchaus in die Gesellschaft zurückführt, wird diese Gesellschaft aufgrund der Tilgung intersubjektiver Elemente dennoch als ein Ganzes verstanden, das über die gesellschaftliche Kommunikation hinaus beansprucht, eine Wahrheit an und für sich zu verkörpern.

In Folge der Wiedereinführung der Subjektphilosophie beim späten Hegel verlagert sich die effektive und bahnbrechende Grundlegung der konzeptuellen Voraussetzungen einer paradigmatischen Revolution vom individualistischen Ordnungsparadigma zu postsubjektivistischen Ordnungsauffassungen um fast ein Jahrhundert später. Diese Entwicklung nimmt einerseits mit der zeitlichen Verwurzelung des Seins durch Heideggers Existentialontologie,<sup>71</sup> andererseits – und mit einer für die hier besprochene Frage noch relevanteren Wirkung – mit der linguistischen Wende durch Wittgens-

---

<sup>67</sup> Näheres in: *Sergio Dellavalle*, Freiheit und Intersubjektivität. Zur historischen Entwicklung von Hegels geschichtsphilosophischen und politischen Auffassungen, Akademie-Verlag, Berlin 1998. Vgl. auch: *Charles Taylor*, Hegel and Modern Society, Cambridge University Press, Cambridge 1979; *Vittorio Hösle*, Hegels System, Meiner, Hamburg 1987; *Miguel Giusti*, Hegels Kritik der modernen Welt, Königshausen & Neumann, Würzburg 1987; *Armin von Bogdandy*, Hegels Theorie des Gesetzes, Alber, Freiburg/München 1989; *Steven B. Smith*, Hegel's Critique of Liberalism: Rights in Context, University of Chicago Press, Chicago 1989; *Allen W. Wood*, Hegel's Ethical Thought, Cambridge University Press, Cambridge 1990; *Geminello Preterossi*, I luoghi della politica, Guerini, Milano 1992; *Michael O. Hardimon*, Hegel's Social Philosophy: The Project of Reconciliation, Cambridge University Press, Cambridge 1994.

<sup>68</sup> *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1821], in: *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Werke in zwanzig Bänden, hrsg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1970 f., Bd. 7; *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III [1830], in: *Hegel*, Werke in zwanzig Bänden (Fn. 68), Bd. 10, § 483 f., S. 303 ff.

<sup>69</sup> Siehe insbesondere Hegels Abhandlung des "Kampfes um Anerkennung" in den vor der *Phänomenologie des Geistes* verfassten Jenaer Schriften: *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, System der Sittlichkeit [1802–1803], in: *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie, hrsg. von Georg Lasson, Meiner, Leipzig 1923, S. 413 ff., 451 ff.; *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Jenaer Systementwürfe I [1803–1804], hrsg. von Klaus Düsing und Heinz Kimmerle, in: *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Gesammelte Werke, Meiner, Hamburg 1968 ff., Bd. 6, S. 307 ff.; *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Jenaer Systementwürfe III [1805–1806], hrsg. von Rolf-Peter Horstmann, in: *Hegel*, Gesammelte Werke (Fn. 69), Bd. 8, S. 214 ff., 236 ff., 247 ff.

<sup>70</sup> *Jürgen Habermas*, Der philosophische Diskurs der Moderne, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1988 (1. Aufl. 1985), S. 34 ff.; *Axel Honneth*, Kampf um Anerkennung, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1992, S. 20 ff.

<sup>71</sup> *Martin Heidegger*, Sein und Zeit [1927], Niemeyer, Tübingen 1986, § 45 ff., § 72 ff.

teins spätes Werk über Sprachphilosophie ihren Lauf.<sup>72</sup> Da sie die sprachliche Dimension gesellschaftlicher Phänomene hervorhebt, legt insbesondere die linguistische Wende die Voraussetzungen, um das Recht als Ausdruck intersubjektiver Kommunikation zu interpretieren. Allerdings – wie am Anfang bereits angemerkt – ist Recht nicht nur ein Teil der gesellschaftlich stattfindenden sprachlichen Kommunikation, sondern ist aufgrund seiner bindenden Kraft eine ganz besondere Sprache, die erhebliche Potentiale zur sozialen Gestaltung, aber auch gewaltige Gefahren birgt. Will man daher die universalistische – und deswegen implizit moralische – Komponente des Rechts nicht auf dem Altar einer angeblich wertneutralen Kommunikation opfern, dann bedarf es mehr als nur einer kontextbezogenen Sprachtheorie empiristischer oder neohegelianischer Prägung. Notwendig ist vielmehr ein moralisch unverkürztes und universalistisches Sprachverständnis: Ein solches wurde als Folge der paradigmatischen Revolution vom individualistischen Ordnungsparadigma zur postsubjektivistischen Ordnungsauffassung als kommunikatives Ordnungsparadigma konzipiert.

## 2.5. *Von empiristischen und normativen Sprachtheorien: Zur universalistischen Qualität der Sprache als Grundlage einer kommunikationsbasierten Rechtstheorie*

In den vorlinguistischen Auffassungen, welche in den vorigen Abschnitten cursorisch dargestellt wurden, erhält die Rechtsgeltungsgrundlage ihre Universalität auf dem Weg ontologischer bzw. mentalistischer Annahmen<sup>73</sup>. Im postontologischen und postmetaphysischen Rechtsdenken, in dem das Recht in seiner Qualität als Sprache anerkannt wird, kann aber diese nicht ursprünglich gegebene und mühevoll erkämpfte Universalität<sup>74</sup> nur dann in ihrer vollständigen Reichweite beibehalten werden,<sup>75</sup> wenn in der Sprache

---

<sup>72</sup> Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, in: *Ludwig Wittgenstein*, Werkausgabe, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1984.

<sup>73</sup> Siehe *supra*, 2.2. – 2.4.

<sup>74</sup> Wie oben dargestellt wurde, ist nämlich die Annahme einer universalistischen Rechtsgeltungsgrundlage ein relativ neues Phänomen sowie eine keineswegs garantierte Errungenschaft, welche sich erst mit der paradigmatischen Revolution vom Partikularismus zum Universalismus gegen viele und sich immer neu entflammende Widerstände durchsetzen konnte.

<sup>75</sup> Freilich hat nicht alles Recht universale Geltung. Dennoch sind auch spezifische Rechtsordnungen, deren Geltung auf ein Gebiet oder auf einen Rechtsbereich limitiert ist, insofern *universalisierungsfähig*, als ihre Bestimmungen mit universell geltenden Normen kompatibel sind bzw. deren Grundprinzipien in sich tragen. Dies geschieht u. a. a) durch eine genetische und axiologische Derivation der Normen mit limitiertem Geltungsbereich aus einem höher angesetzten Gottesrecht oder Menschheitsrecht; b) durch die Hervorhebung der Formalität legitimer Rechtsnormen, wodurch die Gefahr einer nur kontextualisierten, an materiellen Interessen einer spezifischen sozialen Gruppe gebundenen Rechtsgeltung ausgeschlossen wird; c) durch die hier vertretene Annahme eines immanenten normativ-universalistischen Anspruchs der Rechtsprache. Zu Lösung a), vgl.: *Suarez*, *De legibus* (Fn. 54) sowie Fn. 57–61. Zu Lösung b), vgl.: *Martti Koskenniemi*, *The Gentle Civilizer of Nation: The Rise and fall of International Law 1870–1960*, Cambridge University Press, New York 2001, S. 500 ff.

über die empirische (a) oder inferentielle (b) Dimension hinaus auch eine normative Ebene (c) erkannt wird.<sup>76</sup>

a) Zu Beginn des modernen Zeitalters führte Descartes eine „kopernikanische Revolution“<sup>77</sup> in der Erkenntnistheorie durch, indem er den Wahrheitsanspruch auf die kognitiven Fähigkeiten des Subjekts basierte.<sup>78</sup> Wahr und über allen berechtigten Skeptizismus erhaben ist nach seinem Verständnis nur jenes Wissen, das dadurch zustande kommt, dass die Gegenstände, die sich dem subjektiven Erkenntnisorgan stellen, gemäß einer methodologisch korrekten Anwendung der subjektiven Kategorien und Erkenntnisfähigkeiten geordnet werden.<sup>79</sup> Insofern vor diesem Horizont die praktische Vernunft einer postkonventionellen und kognitivistischen Deutung treu bleibt, wird die Subjektivität im modernen Denken zum einzigen Schiedsrichter sowohl des theoretischen Wahrheitsgehaltes einer Aussage als auch des praktischen Richtigkeits- und Geltungsanspruches einer Handlung bzw. einer Norm erhoben.<sup>80</sup>

Der Vorteil einer gesellschaftlichen und interaktionsbezogenen Verwurzelung der theoretischen und praktischen Vernunft, die durch die linguistische Wende herbeigeführt wurde, birgt jedoch das Risiko des erkenntnistheoretischen Skeptizismus sowie der handlungstheoretischen Kontextabhängigkeit. Eine erste Antwort auf diese Gefahr wird in der Tradition der empirischen Sprachtheorie gegeben und findet in den Werken von Donald Davidson eine beispielhafte Darstellung. Dem Verlust an Bodenhaftung im Rahmen des postontologischen und postmentalistischen Sprachverständnisses begegnet Davidson mit einer Rückkehr zu einem Objektivismus, der Anschluss an eine nicht nur prä-intersubjektive, sondern sogar prä-subjektivistische Epistemologie sucht. Dabei verfolgt er eine doppelte Strategie: Zum einen nimmt er Abstand vom Cartesianischen Subjektivismus, indem er behauptet, dass selbst der Zweifel eine Form der Wahrheitsvorstellung voraussetzt, welche auf einer *natürlichen* Erkenntnis der Wirklichkeit sowie von deren Gegenständen basiert.<sup>81</sup> Durch diesen Verweis auf eine prä-reflexive Wirklichkeitserkenntnis nimmt Davidson eine Position ein, die aufgrund der angenommenen unmittelbaren und naturgegebenen Osmose zwischen unserem Erkenntnisorgan und der Welt, die er „Holismus“ nennt, unverkennbare Elemente der vorcartesianischen Epistemologie in

---

<sup>76</sup> Zu den Voraussetzungen eines universalistischen Verständnisses von Normen vgl.: *Sabrina Zucca-Soest*, Zur Universalität von Normen, in: *Stephan Ast, Julia Hänni, Klaus Mathis, Benno Zabel* (Hrsg.), Gleichheit und Universalität. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), ARSP-Beiheft, Stuttgart 2012.

<sup>77</sup> Der Begriff geht auf Norberto Bobbio zurück, der ihn allerdings eher auf Thomas Hobbes' Neugründung der politischen Philosophie anwendet. Vgl. *Norberto Bobbio*, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, S. 45 ff., 121 ff.

<sup>78</sup> *René Descartes*, *Meditationes de Prima Philosophia*, Amsterdam 1641; Reclam, Stuttgart 1986, S. 78 ff.

<sup>79</sup> *René Descartes*, *Discours de la Méthode*, Ian Maire, Leyde 1637; Reclam, Stuttgart 2001, S. 30 ff.

<sup>80</sup> Der Subjektivismus sowohl der Erkenntnistheorie als auch der praktischen Philosophie in der Moderne findet seine Apotheose zum einen in Kants Konstrukt des „ich denke“, zum anderen in seiner Autonomie-Theorie. Vgl.: *Immanuel Kant*, *Kritik der reinen Vernunft* [1781], in: *Kant*, Werkausgabe (Fn. 65), Bd. III, S. 134 ff.; Fn. 66.

<sup>81</sup> *Donald Davidson*, *Problems of Rationality*, Clarendon, Oxford 2004, S. 3 ff., 15 ff.



sich trägt. Kohärenterweise geht Davidson so weit zu behaupten, dass gerade infolge dieser angenommenen Osmose die empirische Erkenntnis keine spezifische epistemologische Begründung bräuchte.<sup>82</sup>

Allerdings erkennt Davidson – eher von einem methodologischen denn von einem ontologischen oder hermeneutischen Standpunkt her –, dass die Erkenntnis nicht solipsistisch zustande kommt, sondern gesellschaftlich durch die intersubjektive Kommunikation vermittelt ist.<sup>83</sup> Hier dockt seine zweite Strategie zur Konsolidierung seiner objektivistischen Wende an, indem er eine Kommunikationstheorie entwickelt, die insofern als „prä-intersubjektiv“ gelten kann, als sie ohne die in normativ unverkürzten kommunikativen Interaktionen eingelassene gegenseitige Anerkennung<sup>84</sup> sowie ohne die Interpretation der Gesellschaft als sich-selbst-verstehender und erklärender Kommunikationsgemeinschaft auszukommen beansprucht. Aus der Perspektive von Davidsons Kommunikationstheorie ist die Interaktion zwischen Sprecher und Interpreten nicht auf den Austausch von Gründen oder auf die Implementierung der normativen Grundlagen gesellschaftlichen Zusammenlebens ausgerichtet, sondern konzentriert sich eher – in einem triangulationsähnlichen Modus – auf den Vergleich der Reaktionen auf die Stimuli, die sich für beide Interaktionsteilnehmer aus einem äußerem Gegenstand ergeben. Die sprachvermittelte Kommunikation führt daher zum gegenseitigen Verständnis, wenn die sprachliche Reaktion auf die Stimuli so geschieht, dass sie für den Gegenpart interpretierbar ist.<sup>85</sup> Dabei ist die Vergleichbarkeit und deshalb auch Interpretierbarkeit der individuellen Reaktionen durch die geteilte und „angeborene“ Einbettung in eine gemeinsame *common language* garantiert.<sup>86</sup>

Durch den Verweis auf den externen Gegenstand mag Davidsons sprachtheoretischer Empirismus die Gefahr des erkenntnistheoretischen Skeptizismus, der sich infolge der linguistischen Wende am Horizont abgezeichnet hatte, abgewendet haben, nicht aber das Risiko des axiologischen Relativismus. Zwar sind nach seiner Auffassung die ethischen Werte durchaus „objektiv“, aber nur, weil sie als „natürlich“ gegeben innerhalb der gesellschaftlichen Bezugsgruppe betrachtet werden.<sup>87</sup> Das Substrat an ethischen Überzeugungen spielt daher in der praktischen Philosophie die gleiche Rolle, die in der Erkenntnistheorie durch die „objektive“ Außenwelt übernommen wird. Weder erhalten dadurch allerdings die Werte universale Gültigkeit, noch wird ein Geltungskriterium festgelegt, aufgrund dessen bestehende Werte kritisch überprüft werden können. Mit dem durch die empirische Sprachtheorie erarbeiteten konzeptuellen Instrumentarium kann schließlich das Recht – obwohl dies weder von Davidson noch von anderen Autoren, die seine epistemologischen Voraussetzungen teilen, expliziert wird – nur als ein gegebenes Konvolut geltender gesellschaftlicher Normen

---

<sup>82</sup> Donald Davidson, *Subjective, Intersubjective, Objective*, Clarendon, Oxford 2001, S. 39 ff.

<sup>83</sup> Davidson, *Problems of Rationality* (Fn. 81), S. 18.

<sup>84</sup> Zur gegenseitigen Anerkennung als Voraussetzungen einer unverkürzten Intersubjektivität vgl.: Honneth, *Kampf um Anerkennung* (Fn. 70).

<sup>85</sup> Davidson, *Subjective, Intersubjective, Objective* (Fn. 82), S. 107 ff.

<sup>86</sup> *Ebd.*, S. 120 f.

<sup>87</sup> Davidson, *Problems of Rationality* (Fn. 81), S. 39 ff.

mit bindender Kraft angesehen werden. Somit wird es anderen „objektiven“ Phänomenen der Außenwelt gleichgesetzt, ohne dass ihm ein überkontextueller und normativ geladener Geltungsanspruch zuerkannt werden könnte.

b) Die Aufrechterhaltung eines unreduzierten, d. h. universalisierungsfähigen Geltungsanspruchs eines sprachtheoretisch eingelassenen Rechts setzt zunächst ein Sprachverständnis voraus, in dem gelingende Kommunikation nicht aus der Konvergenz und gegenseitigen Interpretierbarkeit der Reaktionen von Sprecher und Interpreten auf eine geteilte äußere Welt besteht, sondern als eine Praxis angesehen wird, in der Gründe und Argumente für die jeweiligen Aussagen ausgetauscht werden. Dies tut Robert Brandom in seiner eindrucksvollen Sprachtheorie, deren Aufgabe darin besteht, die „impliziten“ Regeln einer inferentiellen Semantik, welche in unserer sprachlichen Kommunikation durch den Austausch von Gründen und Argumenten zustande kommt, „explizit“ zu machen.<sup>88</sup> Nur unter den Umständen einer argumentationsbasierten theoretischen und praktischen Kommunikation wird der Reichweite der linguistischen Wende adäquat Rechnung getragen. Ist somit die Skylla der Tilgung gesellschaftlicher Dimensionen aus dem Verständnis des theoretischen und praktischen Wissens umschifft, bleibt immer noch die skeptizistische Gefahr, die aus der Charybdis der Verneinung des „Universalitätsanspruches der Wahrheit“<sup>89</sup> hervorgeht.<sup>90</sup> Ihr begegnet Brandom, indem er ein epistemologisches Kontinuum sowie eine ontologische Überlappung zwischen „Fakten“ (*facts*), „Konzepten“ (*concepts*), „wahren Aussagen“ (*true claims*) und „Normen“ (*norms*) erstellt.<sup>91</sup> Insofern Konzepte inferentiell artikuliert werden, d. h. nicht als bloße Repräsentation von Gegenständen gelten, sondern immer im Zusammenhang mit anderen argumentationsbasierten Aussagen angesehen werden, bilden sie die Brücke, die Fakten und wahre Aussagen zusammenbringt. Sowohl Fakten, die Objekte betreffen, als auch wahre Aussagen über die gleichen Objekte sind nämlich konzeptuell und damit inferentiell strukturiert. Daraus ergibt sich die ontologische Überlappung zwischen den Fakten der Welt und unseren Aussagen mit Wahrheitsanspruch über die Welt – „facts are just true claims“, behauptet lapidar Brandom –,<sup>92</sup> die sich in einer objektivistischen Erkenntnistheorie sowie in einem begriffsidealistischen Kommunikationsverständnis konkretisiert.<sup>93</sup> Die neohegelianischen Resultate von Brandoms Philosophie sind daher von Anfang an deutlich angelegt.<sup>94</sup>

---

<sup>88</sup> Robert Brandom, *Making It Explicit*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1998 (1. Aufl. 1994), insbesondere S. 132 ff., 618 ff.

<sup>89</sup> Jürgen Habermas, *Wahrheit und Rechtfertigung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2004, S. 153.

<sup>90</sup> Der Verzicht auf den Universalitätsanspruch der Wahrheit bringt auch im praktischen Bereich die Unmöglichkeit mit sich, Solidaritätspflichten jenseits der eigenen „partikulären“ Gruppe zu begründen. So beispielsweise: Richard Rorty, *Objectivity, Relativism, and Truth. Philosophical Papers I*, Cambridge University Press 1991, S. 21ff. Für eine Kritik: Habermas, *Wahrheit und Rechtfertigung* (Fn. 89), S. 266 ff.

<sup>91</sup> Brandom, *Making It Explicit* (Fn. 88), S. 622.

<sup>92</sup> *Ebd.*

<sup>93</sup> Habermas, *Wahrheit und Rechtfertigung* (Fn. 89), S. 138 ff.

<sup>94</sup> Die herausragende Bedeutung, die Hegel für Brandoms Denken spielt, wird aus dem Inhalt seiner neuesten Vorlesungsreihen und Konferenzen sowie aus den laufenden Forschungsprojekten überaus deutlich; siehe die Texte in: <http://www.pitt.edu/~rbrandom> (zuletzt abgerufen am 9.11.2011).

Indem Kontinuität zwischen Aussagen mit Wahrheitsanspruch und Fakten hergestellt wird, erhält die Erkenntnis eine Grundlage in der Welt – wenigstens in jener Welt, die wir kennen können –, die jeglichen erkenntnistheoretischen Skeptizismus verbannt. Brandom geht aber noch ein Stück weiter und weitet – was für die hier untersuchte Frage von zentraler Relevanz ist – die ontologische Überlappung auch auf den praktischen Bereich aus.<sup>95</sup> Moralische und ethische Normen teilen nämlich aus seiner Perspektive den gleichen Status wie deskriptive Sätze mit Wahrheitsanspruch: Alle machen Regeln „explizit“, die in den Fakten der Welt ihre objektive Basis haben.<sup>96</sup> Der so vorausgesetzte epistemologische Objektivismus entwertet jedoch die direkte Interaktion zwischen den Kommunikationsteilnehmern, da diese die Berechtigung zu ihren Aussagen – zwar auf einem koordinierten, aber dennoch unabhängigen Weg – letztendlich aus der objektiven Welt der Fakten beziehen.<sup>97</sup> Dadurch werden Normen zu weltimmanenten Regeln, die zwar im Prinzip universalisierungsfähig sind, aber dennoch jene spezifische Dimension des Praktischen verfehlen, die in der konstruktivistischen Natur von moralischen und ethischen Handlungsregeln besteht. Nicht in der Welt sind nämlich die Regeln des Handelns zu suchen, sondern ausschließlich in der argumentationsbasierten Kommunikation der Diskursteilnehmer. Nur auf dieser Grundlage kann das Recht als legitimes System von Verhaltensregeln und nicht lediglich als ein quasi-natürlicher und bereits weltimmanenter „Fakt“ konzipiert werden.

c) Im hauptsächlich von Karl-Otto Apel<sup>98</sup> und Jürgen Habermas<sup>99</sup> erarbeiteten kommunikativen Ordnungsparadigma erhält die sprachliche Interaktion ihre universalistische normative Dimension hingegen ausschließlich „kommunikationsintern“ und zwar insbesondere durch die Modalität, wie „Kommunikation“ definiert wird. In der Tat besteht eine wesentliche Annahme des kommunikativen Paradigmas darin, dass sprachliche Interaktion, um überhaupt zu funktionieren, d. h. damit Inhalte erfolgreich durch Sprache ausgetauscht werden, eine Kondition erfüllen muss: Alle Interaktionsteilnehmer müssen nämlich reziprok annehmen, dass der Sprecher a) bemüht ist, *wahre* Aussagen zu tätigen, also seine Aussagen auf Faktenwissen zu stützen; b) *wahrhaftig* handelt, d. h. ehrliche Absichten hat und überzeugt ist, dass die Wahrheitsbedingungen seiner Aussagen erfüllt sind; c) Richtigkeitsansprüchen genügt, indem er akzeptiert, dass seine Aussagen in einer „intersubjektiv geteilten sozialen Welt Anerkennung“ finden müssen.<sup>100</sup> Wird die Erfüllung dieser dreifachen Kondition als Voraussetzung

---

<sup>95</sup> Für eine Anwendung von Brandoms sprachphilosophischem Ansatz auf die Theorie juristischer Argumentation vgl.: *Matthias Klatt*, *Making the Law Explicit. The Normativity of Legal Argumentation*, Hart, Oxford 2008.

<sup>96</sup> *Brandom*, *Making It Explicit* (Fn. 88), S. 624.

<sup>97</sup> *Habermas*, *Wahrheit und Rechtfertigung* (Fn. 89), S. 176 ff.

<sup>98</sup> *Karl-Otto Apel*, *Transformation der Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1973.

<sup>99</sup> *Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns* (Fn. 11); *Jürgen Habermas*, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1983; *Jürgen Habermas*, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1984.

<sup>100</sup> *Habermas*, *Vorstudien und Ergänzungen* (Fn. 99), S. 598 f.; *Jürgen Habermas*, *Nachmetaphysisches Denken*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1988, S. 73, 76 ff., 105 ff., 123 ff.; *Habermas*, *Wahrheit und Rechtfertigung* (Fn. 89), S. 110 ff.

gelingender Kommunikation erachtet, ergibt sich ein wichtiges Korollar. Zwischenmenschliche Interaktion genügt nämlich den in ihr angelegten Voraussetzungen nur dann vollständig, wenn sie die Form des kommunikativen Handelns annimmt. Interaktion kann deshalb erst dann als „Kommunikation“ bezeichnet werden, wenn sie auf Konsens zielt. Strategische Interaktion – d. h. die Interaktion, welche die dreifache Kondition nicht vollständig erfüllt und nicht auf Konsens, sondern auf die Maximierung des eigenen Vorteils zielt – gilt gemäß dieses Verständnisses nicht als eigentliche „Kommunikation“, was nicht nur mit ihrem verminderten normativen Gehalt zusammenhängt: Vielmehr gehen die Vertreter des kommunikativen Paradigmas davon aus, dass selbst strategische Interaktion nur funktioniert, insofern sie von den normativen Annahmen unverkürzter Kommunikation sozusagen parasitär profitieren kann.<sup>101</sup>

Indem das kommunikative Paradigma Sprache nicht lediglich funktional, instrumentell, objektivistisch oder kontextuell interpretiert, sondern sie normativ aufwertet und in ihrer universalistischen Dimension deutet, erhält auch das Recht – gerade in dessen grundlegender Qualität als Sprache – auf dieser paradigmatischen Grundlage die Möglichkeit, als normativ gehaltvolle und zumindest potentiell universalistisch geltende Kommunikationsform verstanden zu werden.<sup>102</sup>

### *3. Das Recht aus der Perspektive des kommunikativen Paradigmas*

Auf der Grundlage des Gesagten ist es nun möglich, die Hauptelemente einer kommunikativ verstandenen Rechtsauffassung zu schildern.

#### *a) Recht als Regelsystem zwischenmenschlicher Interaktion*

Vom Standpunkt des kommunikativen Paradigmas aus gesehen, ist die Gesellschaft die Summe unterschiedlicher Formen der Interaktion. Diese braucht Regeln, damit sie in geordneten Bahnen verläuft, d. h. friedlich, kooperativ und effektiv ist. Interaktionsregeln bilden das Rechtssystem im engeren Sinne, werden aber kommunikativ und konsensorientiert im breiter gefassten Rechtsdiskurs erarbeitet. Somit wird das Rechtssystem als die Formalisierung der diskursiv entwickelten Interaktionsregeln verstanden, wobei diese gerade durch die Formalisierung ihre kontextgelöste Bindungskraft entfalten. Durch den Rechtsdiskurs im weiteren Sinne erhält die Rechtssprache – sowie auch das Rechtssystem als ihr verbindlicher Teil – ihren Anschluss an extrajuristische Diskurse und Rationalitäten.

Staatliche, supranationale und internationale Dimensionen öffentlichen Rechts regeln eine jeweils spezifische Form sozialer Interaktion und zeich-

---

<sup>101</sup> Habermas, *Nachmetaphysisches Denken* (Fn. 100), S. 68 ff., 134 f.

<sup>102</sup> Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1992; Karl-Otto Apel, *Diskurs und Verantwortung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1990 (1. Aufl. 1988), S. 15 ff.; Karl-Otto Apel, *Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik*, in: Karl-Otto Apel, Matthias Kettner (Hrsg.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wirtschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1992, S. 29 ff.

nen sich durch spezifische Diskurse, eigene Ziele, unterschiedliche Prozeduren der Normenproduktion und besondere Legitimationsmechanismen aus. Abgesehen von diesen Besonderheiten sind die Normensysteme mit einander verschränkt, und zwar nicht allein rechtlich,<sup>103</sup> sondern auch durch die Rolle, welche die kommunikative Vernunft durch ihre Auswirkung auf die funktionalen Subsysteme und auf deren normativen Horizont spielt. In dieser Hinsicht garantiert das Rechtssystem nach dem kommunikativen Verständnis nicht nur die Stabilisierung normativer Erwartungen innerhalb der funktionalen sozialen Subsysteme – wie es in der Systemtheorie interpretiert wird –, sondern ist auch Vehikel kommunikativer Rationalität an der Schaltstelle zwischen Lebenswelt und funktionalen Systemen. Darin verdeutlicht sich auch die gesellschaftliche Funktion des Rechts.<sup>104</sup>

#### b) *Postunitarisches Rechtsverständnis*

Obwohl die Vorstellung einer allgemeinen Verbindung zwischen den Normen sowie zwischen den verschiedenen Ordnungen aufrechterhalten wird, betont die kommunikativ verstandene Rechtsauffassung die Pluralität der Rechtsordnungen. Das kommunikative Paradigma revidiert die traditionelle Auffassung, das Recht müsse ein unitarisches und hierarchisches Normensystem schaffen. Die Koordination zwischen den Ordnungen wird nicht mehr, wie bei den historischen Ordnungsparadigmen, durch die Einheit einer vertikalen Autoritätskette garantiert, sondern durch den Einsatz einer allen Akteuren gemeinsamen kommunikativen Vernunft. Infolgedessen macht die kommunikative Rationalität nicht an den funktionalen Barrieren sozialer Systeme Halt: Das kommunikative Ordnungsparadigma hält vielmehr den Anspruch auf eine universale Vernunft aufrecht. Gleichzeitig hält es auch am zentralen Versprechen der politischen Moderne fest, die Individuen von den Ketten präreflexiver Bindungen zu befreien. Dabei haben die Exponenten des kommunikativen Paradigmas vom postmodernen Denken und von der Systemtheorie gelernt: Ihr Rationalitätswurf ist nicht mehr monolithisch, sondern differenziert, und sie haben das monologische Denken des Kantischen Mentalismus dadurch überwunden, dass Intersubjektivität und Historizität dem Vernunftgebrauch zugrunde gelegt wurden.

Im traditionell unitarischen Rechtsverständnis ist Rechtshierarchie immer eng mit Souveränität<sup>105</sup> und Autorität verwoben: Nach dieser Interpretation ist eine Rechtsnorm dann hierarchisch überlegen, wenn sie von einer

---

<sup>103</sup> Aus der Überwindung der einst festen Trennung zwischen dem nationalen Staatsrecht und dem internationalen öffentlichen Recht ist die Perspektive des Konstitutionalismus jenseits des Nationalstaates bzw. die Theorie der „Konstitutionalisierung des Völkerrechts“ entstanden. Vgl. diesbezüglich: *Jeffrey L. Dunoff, Joel P. Trachtman* (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge/New York 2009; *Jan Klabbers, Anne Peters, Geir Ulfstein* (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford/New York 2011 (1. Aufl. 2009). Kritisch gegenüber der Interpretation des „postnationalen Rechts“ im Sinne eines international erweiterten Konstitutionalismus: *Nico Krisch*, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford/New York 2010.

<sup>104</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung (Fn. 102), S.90 ff., 571 ff.

<sup>105</sup> Zur Souveränität in der „postnationalen Konstellation“ vgl. die Beiträge von *Timothy Endicott* und *Jean L. Cohen* in: *Samantha Besson, John Tasioulas* (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford/New York 2010, S. 245 ff., 261 ff.

souveränen Autorität erlassen wird. Die unitarisch-hierarchische Rechtsauffassung ist jedoch weder in der Lage, dem Phänomen der horizontalen Rechtsdifferenzierung adäquat Rechnung zu tragen, noch kann sie die in einer universalistischen Ordnungsvorstellung zentrale Priorität des Völkerrechts ohne Verweis auf die Chimäre des Weltstaats begründen.<sup>106</sup> Indem es Recht als das System derjenigen Regeln interpretiert, die im Rahmen eines jeweiligen Interaktionszusammenhangs gelten, vermag das kommunikative Paradigma hingegen, die horizontale Ausdifferenzierung normativer Systeme theoretisch zu akzeptieren und konzeptuell zu unterstützen.

### c) *Legitimität*

Der kommunikativen Interpretation folgend ist Recht im Allgemeinen legitim, wenn es in Folge von Prozessen gesetzt wird, die adäquate repräsentative, deliberative und partizipative Elemente aufweisen. Dabei ist dennoch festzuhalten, dass die Prozesse, die auf den verschiedenen Ebenen die Konstituierung und Ausübung von öffentlicher Macht sowie das den jeweils spezifischen Interaktionen Ordnung gebende Recht legitimieren sollen, unausweichlich unterschiedliche Gestalten annehmen. Der Legitimitätsbegriff ist daher so zu erweitern, dass er auch auf Phänomene der Ausübung öffentlicher Macht jenseits des Nationalstaates applizierbar ist,<sup>107</sup> ohne dabei auf die epistemische Zentralität von Beteiligung und reflexiver Zustimmung von Seiten der Rechtsadressaten zu verzichten. In diesem Zusammenhang ist insbesondere der Vorschlag einer „kosmopolitischen Demokratie“ mit seinen Varianten und seiner gesamten Stichhaltigkeit in Betracht zu ziehen.<sup>108</sup>

### d) *Normativität*

---

<sup>106</sup> Das Ziel der *civitas maxima* als der unvermeidliche Gipfel des unitarischen universalistischen Rechtsverständnisses schimmert auch in Kelsens Rechtstheorie durch; vgl.: *Kelsen*, Reine Rechtslehre (Fn. 2), S. 134 f.; *Hans Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts [1928], Scientia, Aalen 1981 (1. Aufl. 1920), S. 249 f.; *Hans Kelsen*, Law and Peace in International Relations [1942], Hein, Buffalo (NY) 1997, S. 144; *Hans Kelsen*, Peace through Law, University of North Carolina Press, Chapel Hill 1944, S. 5 ff. Für einen jüngeren Versuch, Kants Ideal der Weltrepublik neu zu beleben, vgl.: *Otfried Höffe*, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, Beck, München 1999.

<sup>107</sup> Zur demokratischen – und in einigen Perspektiven auch post-demokratischen – Legitimität politischer Macht jenseits des Nationalstaates vgl.: *Steven Wheatley*, The Democratic Legitimacy of International Law, Hart, Oxford/Portland 2010; die Beiträge von *Allen Buchanan*, *John Tasioulas*, *Thomas Christiano* und *Philip Pettit* in: *Besson/Tasioulas*, The Philosophy of International Law (Fn. 105), S. 79 ff., 97 ff., 119 ff., 139 ff.; *Anne Peters*, Dual Democracy, in: *Klabbers/Peters/Ulfstein*, The Constitutionalization of International Law (Fn. 103), S. 263 ff.; *Samantha Besson*, Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism, and Democracy, in: *Dunoff/Trachtman*, Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance (Fn. 103), S. 381 ff. Zur Legitimität internationaler Gerichte siehe: *Armin von Bogdandy*, *Ingo Venzke*, Zur Herrschaft internationaler Gerichte, in: „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“, Bd. 70 (2010)/1, S. 1–49.

<sup>108</sup> *Daniele Archibugi*, The Global Commonwealth of Citizens: Toward Cosmopolitan Democracy, Princeton University Press, Princeton 2008; *Jürgen Habermas*, Die postnationale Konstellation, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1998, S. 156 ff.; *Jürgen Habermas*, Kommunikative Rationalität und grenzüberschreitende Politik: eine Replik, in: *Peter Niesen*, *Benjamin Herborth* (Hrsg.), Anarchie der kommunikativen Freiheit, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2007, S. 430 ff.; *Jürgen Habermas*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgemeinschaft [2008], in: *Brugger/Neumann/Kirste*, Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert (Fn. 15), S. 360 ff.

Am Legitimitätsgehalt des Rechts orientiert sich auch eine erste Komponente von dessen normativer Qualität, so dass Rechtsnormativität von der reinen Effektivität abgekoppelt und an der demokratischen Qualifikation der Rechtsetzungsprozesse festgemacht wird. Da die souveräne Autorität im kommunikativen Rechtsverständnis durch das Prinzip der Legitimität als Quelle geltenden Rechts ersetzt wird, kann darüber hinaus das Kriterium normativer Priorität von der Ausübung effektiven Zwangs losgelöst werden. Die normative Relevanz von Rechtssätzen ist darüber hinaus – als deren zweite Komponente – von der unterschiedlich hohen Inklusivität abhängig, die das Rechtsetzungsverfahren sowie die Gruppe der Rechtsadressaten charakterisiert. Auf der inklusivsten Ebene weist das Völkerrecht daher auch bei fortbleibend schwachen – wenn auch nicht unbedingt ineffektiven – Rechtsdurchsetzungsmechanismen den höchsten normativen Rechtsgehalt auf.<sup>109</sup>

Insofern normative Priorität auf der ausschließlichen Grundlage höherer Legitimität bzw. Inklusivität begründet wird, ist das Ergebnis eine Pluralität von Rechtssystemen sowie von rechtsprechenden Institutionen, die – wengleich von unterschiedlicher normativer Relevanz – in keinem autoritativ-hierarchischen Verhältnis zueinander stehen und deren Beziehungen durch Inter-Legalität<sup>110</sup> und Dialog geregelt werden.

#### e) *Gerechtigkeit*

Aus der kommunikativen Perspektive ist Recht nur dann legitim, wenn es unter gleichberechtigter Beteiligung aller Rechtsadressaten zustande kommt. Darüber hinaus ist eine unkompromittierte Teilnahme an der Rechtsetzung immer nur dann möglich, wenn alle Interaktionsteilnehmer über die Ressourcen verfügen, welche die wesentlichen Bedingungen für den Zugang zum gesellschaftlichen Leben ermöglichen sollen. Aus diesem Grund ist Teilnahme immer untrennbar mit Teilhabe verbunden. Deswegen hat das Recht, kommunikativ verstanden, immer die Aufgabe, wenn es legitim sein will, reflexiv nicht nur als die formale Garantie für die Beteiligung am politischen Diskurs zu fungieren, sondern auch für die konkrete Einhaltung von soliden und inklusiven Gerechtigkeitsstandards zu sorgen.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Zu den Prinzipien eines „Neuen Globalen Rechts“ siehe: *Rafael Domingo*, *The New Global Law*, Cambridge University Press, Cambridge/New York 2010.

<sup>110</sup> Zum Begriff der „Inter-Legalität“, vgl.: *Andreas Fischer-Lescano*, *Gunther Teubner*, *Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt etatistischer Rechtseinheit*, in: *Mathias Albert*, *Rudolf Stichweh* (Hrsg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit. Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2007, S. 42 f.

<sup>111</sup> *Thomas Pogge*, *World Poverty and Human Rights*, Polity Press, Cambridge 2008 (1. Aufl. 2002); *Anartya Sen*, *The Idea of Justice*, Penguin Books, London 2010 (1. Aufl. 2009).