

Normative Positivität.

Sollen aus Freiheit in der Rechtsphilosophie M. C. Köhlers¹

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1:	2
Einleitung	2
A Köhler, Michael: Recht und Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2017 (RuG)	4
I Ausgangspunkt und Intentionen: „Sollen“ als Rechtsbegriff	4
II Rechtliche Perspektive (anwendungsorientiert).....	5
III Perspektive: Begründung von Rechtszwang aus Freiheit	7
B „Recht und Gerechtigkeit“ und das Forschungsprogramm „Normative Ordnungen“	7
I Rechtsordnung = Zwangsordnung.....	8
II Normative Ordnungen werden interdisziplinär als „Rechtfertigungsordnungen“ untersucht: ..	8
III RuG als „Rechtfertigungsnarrativ“	9
IV Der Forschungsgegenstand: „Normative Ordnung“	9
V Freiheitliche Grundlegung für rechtliche normative Ordnungen	10
VI Defizit aktueller wissenschaftlicher Praxis	10
C Materielles und Prozedurales.....	10
I Materielle Rechte und Verfahrensrechte (notwendige Ergänzung)	11
II Prozedurale Normativität.....	11
Kapitel 2:	11
Sollen in der Rechtsphilosophie Immanuel Kants	11
A „ <i>VERBINDLICHKEIT ist die Notwendigkeit einer freien Handlung unter einem kategorischen Imperativ der Vernunft.</i> “	12
B Abgrenzung zum Pflichtbegriff	13
C Begriff der Notwendigkeit	13
I Formallogischer Begriff der Notwendigkeit	14
II Die „Realnotwendigkeit“	14
III Die Notwendigkeit in der praktischen Philosophie	15
D Sollen/Verbindlichkeit in der Metaphysik der Sitten/Rechtslehre.....	16
E Möglichkeiten und Grenzen – der freiheitliche Sollensbegriff bei Kant als kritisches Prinzip	17
Kapitel 3:	18
Sollen aus Freiheit in M. C. Köhlers „Recht und Gerechtigkeit“	18
Kapitel 4	22

¹ Im dankbaren und ehrenden Gedenken an den Hamburger Strafrechts- und Rechtsphilosophielehrer Michael C. Köhler, verst. in Hamburg am 02.08.2022. Bezug: Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie verwirklichter Freiheit“, Tübingen 2017. Im Folgenden: „RuG“.

Vermischtes	22
A Die (Un-)Geschichtlichkeit des Sollens aus Freiheit	22
I Faktum der praktischen Vernunft und der praktischen Urteilskraft	22
II Ein Sollens-Begriff in unterschiedlichen geschichtlichen Gestalten	22
B Zur Normativitätsforschung heute: Rainer Forst (I.), Christoph Menke (II.) und Christoph Möllers (III.)	23
I Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen	23
II Christoph Menke: „Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität“	33
III Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen“	39
C Was fehlt: Eine Kritik der reinen praktischen -juridischen- Urteilskraft	50
I Symbol der reinen praktischen Vernunft mit objektiver praktischer Realität	50
II Die Kritik der Urteilskraft Kants enthält keine Kritik der praktischen Urteilskraft	51
II Kritik der praktischen Vernunft. Von der Typik der reinen praktischen Urteilskraft	52
III Kritik der praktischen Vernunft. Anerkennung, Achtung vor dem moralischen Gesetz und moralisches Interesse als „Triebfedern“ der reinen praktischen Vernunft	54
IV Die Kritik der praktischen Vernunft enthält keine Kritik der praktischen Urteilskraft	55
V Notwendige Ergänzung und Ausblick	56

Kapitel 1:

Einleitung

Vom positiven Recht ist die Rede, wenn das Recht in einer normativen Ordnung gültig ist. Inhaltlich wird das geltende (positive) Recht geprägt durch die Kultur einer Rechtsgemeinschaft, welche wiederum Resultat u.a. der sprachlichen, sozialen, technischen, ökonomischen, geographischen und historischen Bezüge der Rechtsgemeinschaft ist. Die Geltung des Rechts setzt einen rechtswissenschaftlichen Apparat voraus, welcher die nachvollziehbare Anwendung von rechtlichen Sollenssätzen auf Sachverhalte begrifflich ermöglicht. Schließlich setzt die Geltung des Rechts als positives Recht voraus, dass es tatsächlich angewandt und durchgesetzt wird.²

In RuG wird dieser traditionelle Begriff der Positivität des Rechts aufgenommen und immanent unterschieden in (1.) die formelle Positivität, welche sich auf die äußerliche, abstrakt-sprachförmige Gesetztheit der rechtlichen Handlungsregel bezieht. Voraussetzung der formellen Positivität einer Rechtsregel sei das Faktum eines subjektiven Willensaktes, mit welchem die

² Diese Erläuterung dürfte wesentliche und unverändert relevante Grundgedanken des § 3 der Grundlinien des Rechts von G. W. F. Hegels zutreffend (vollständig und richtig) aufnehmen, 1. Aufl. Berlin 1821, Frankfurt am Main 1976, S. 34.

Norm gegenüber einem Adressaten geltend gemacht werde.³ Unterschieden wird davon (2.) die empirische (inhaltliche) Positivität, welche das positive Recht als konkrete Sollensordnung aus dessen natürlicher und kultureller Gegebenheit versteht.⁴ Dies zweite Element des Positivitätsbegriffs ist wissenschaftlicher Gegenstand der Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und der Rechtsanthropologie usw., - kurz: der Rechtstatsachenforschung.⁵

RuG fügt der formellen und der empirisch/inhaltlichen Bedeutung eines einheitlichen Positivitätsbegriffs eine dritte Komponente hinzu, welche in einem anspruchsvollen Rechtsbegriff und einer ebenso anspruchsvollen freiheitlich-normativen Handlungstheorie gründet. Ergänzender Geltungsgrund des Rechts sei die vorpositive Identität des Rechts mit den normativen Voraussetzungen, welche eine freiheitliche Rechtssubjektivität begründen und begrenzen („*vorpositives Identitätsprinzip*“⁶). Diese dritte und den einheitlichen Positivitätsbegriff notwendig ergänzende Komponente ist mit Rücksicht auf die hier einleitend nur angedeuteten begrifflichen Voraussetzungen als (3.) normative Positivität zu kennzeichnen.

Das vorpositive Identitätsprinzip verweist auf einen Begründungszusammenhang, in welchem die Begriffe des Sollens, der Verbindlichkeit und der Normativität die Stelle einnehmen, in welcher der Handelnde als freiheitliches Subjekt in der Reflexion auf die normativen Grundlagen eigenen Handelns praktisch wird, oder -was in rechtlicher Perspektive dasselbe ist-: sich als Rechtssubjekt konstituiert und als solches im Achtungs- und Anerkennungsverhältnis erkennbar wird.

Was dies bedeutet, wird vor dem Hintergrund der im 2. Kapitel referierten Grundbegriffe zur Metaphysik der Sitten Kants entwickelt und auf der Grundlage der im 3. Kapitel aufgenommenen begrifflichen Entfaltung des Normativitätsbegriffs in „Recht und Gerechtigkeit“ weiter vertieft. Im 4. Kapitel werden einige weitere Aspekte von „Sollen aus Freiheit“ erörtert, insbesondere wird der subjektiv-freiheitliche Normativitätsbegriff aus „Recht und Gerechtigkeit“ in ein Verhältnis gebracht zu drei Stimmen aus der Literatur, welche die aktuelle Normativitätsdiskussion mitprägen. Sollen aus Freiheit wird in der praktischen Vernunft begrifflich verankert. Abschließend wird das Bedürfnis nach einer Kritik der reinen praktischen Urteilskraft ausformuliert, welche -soweit erkennbar- in der kritischen Philosophie Kants noch nicht erarbeitet ist (Viertes Kapitel, „C“). Ohne ein gesichertes Verständnis einer reinen praktischen Urteilskraft ist der vollständige Begriff eines Sollens aus Freiheit nicht entwickelt. Dies gilt insbesondere für den eigenständigen Teilbereich „Recht“ der praktischen Urteilskraft, das positive Recht und die Besonderheiten des rechtlichen Sollens.

„Normativität“, „Verbindlichkeit“ und „Sollen“ werden im Folgenden synonym verwandt. Dies bedeutet nicht, dass begriffliche Unterscheidungen nicht möglich wären. Es ist durchaus denkbar, dass in anderen Zusammenhängen diese Begriffe voneinander sorgfältig abzugrenzen sein könnten. Diese begrifflichen Unterscheidungen und Abgrenzungen sind jedoch im Kontext

³ RuG S. 109 unten.

⁴ RuG S. 109.

⁵ RuG S. 112.

⁶ RuG S. 109.

der folgenden Erwägungen, welche ein Sollen aus Freiheit aus rechtlicher Perspektive fokussieren, nicht geboten. Diese Unterscheidungen trügen vorläufig nichts aus.

A Köhler, Michael: Recht und Gerechtigkeit, 1. Aufl. 2017 (RuG)

I Ausgangspunkt und Intentionen: „Sollen“ als Rechtsbegriff

Zwei Fragen sind im vernünftigen Denken aufgegeben: „1. Was kann ich wissen?“ und „2. Was soll ich thun?“⁷. Mit diesen Fragen ist das Denken auf die theoretische und die praktische Philosophie hin ausgelegt.

Der Begriff des Sollens und die Möglichkeit eines Sollens aus Freiheit stehen im Kontext der zweiten Frage. Es geht um die Idee, den normativen Begriff und um die Möglichkeit einer verwirklichten normativen Subjektivität aus Freiheit. Kurz: Gegenstand der Untersuchung ist die Bedeutung des Verbs „soll“ in der zweiten Frage.

Subjekt der Frage -das Fragende- ist ein in der praktischen Vernunft bestimmtes „Ich“⁸. Objekt der Frage ist ein durch die theoretische Vernunft bestimmtes „Was“, das Erfragte als das Gesollte. Verbunden sind in der Frage Subjekt und Objekt durch das Verb „soll“. Vorverständlich ist im weiteren Verb der Frage, dem „Tun“, das Subjekt der Frage, das „Ich“, im eigenen Tun und Handeln ausgerichtet auf das Objekt, das „Was“. Die subjektive Objektorientierung als durch praktische (Selbst-)Bestimmung vermittelte Relation zwischen „Ich“ und „Was“ ist beschlossen im Verb „soll“.

Wie ist es möglich, das „Ich“, das „Tun“ des „Ich“ und das auf das „Ich“ als Adressaten bezogene „soll“ unter einem vernunftbestimmten Begriff der Freiheit zu denken? Schließlich: welche *rechtliche* Bedeutung vom „Was“ ergibt sich aus dem so strukturierten Nachvollzug der Frage, auf welches das „Ich“ durch das „soll“ relational ausgerichtet wird?⁹

Diese weiteren Fragen werden aus der -hier ausschließlich interessierenden- Sicht einer das positive Recht anwendenden rechtlichen Praxis verengt als *Rechtsfragen*

⁷ KdrV, AA III S.522. Die 3. Frage: „Was darf ich hoffen?“ und die 4. Frage: „Was ist der Mensch?“ bleiben hier unerwähnt. Die Grundfrage, was zu tun sei, wird von Köhler zugespitzt auf die hier interessierende Frage nach dem rechtlichen Handeln: „Die Leitfragen der Willensorientierung lauten daher: „Was soll ich tun?“, d.h., was ist aus dem einsichtigen Grund menschlicher Existenz gut zu tun, und in einem relativ eigenständigen Sinne auch: „Was ist Recht?“, Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 34.

⁸ Zum Subjekt -das „Ich“- und zum Objekt -das „Nicht-Ich“- als ontologische und deontologische Grundbegriffe siehe RuG S.30

⁹ Grundlegend zur Begriffsbildung Norm, normative Ordnung, gesolltes Verhalten, normative Geltung und normative Wirksamkeit Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, Nachdruck Wien 1983, S. 3-24. Diese beschreibenden Begriffe als Theorie des positiven Rechts (a.a.O. S. 1) erklären und erfassen indes den normativen Gehalt des Sollens-Begriffs nicht.

gestellt. RuG ordnet die Rechtswissenschaft „als praktische Prinzipienwissenschaft“ der Moralphilosophie zu¹⁰. Begründungsgang und Methode in RuG orientieren sich an der Rechtsphilosophie von Immanuel Kant und den rechtsphilosophischen Systemintentionen von Georg W. F. Hegel¹¹. Der im RuG-Inhaltsverzeichnis angezeigte Denkweg von einer grundlegenden Subjektivität aus Freiheit im begrifflichen Weltverstehen und in subjektiver Praxis, Erarbeitung des Rechtsbegriffs (auch) als Teil einer Lehre vom objektiven Geist, des Menschenrechts aus Freiheit im idealen und im positiven Sinn, über die Begründung des Privatrechts und dessen Vermittlung in derivativen Erwerbsformen (Vertrag), die Einordnung der Gerechtigkeitsformen im privatrechtlichen Verhältnis und die daraus entwickelte Verpflichtung, in einen rechtlichen Zustand zu treten, usw. -hin zu einer universalen Gerechtigkeitssystematik in inter- und transnationaler Perspektive- dieser Denkweg ist modifizierend-eigenständig angelehnt an die Grundmuster, welche bei Kant in der Metaphysik der Sitten, bei Fichte in den Grundlagen des Naturrechts und bei Hegel in den Grundlinien der Philosophie des Rechts angelegt sind.

Der Begriff vom Sollen aus Freiheit ist einer der Schlüssel(begriffe), welche den Zugang zu diesem Denkweg eröffnen.

II Rechtliche Perspektive (anwendungsorientiert)

- 1 Praxis ist (nur) das Handeln, welches unter selbst gesetzten Regeln steht. Das Vermögen, der Willkür die Regeln zu geben, nach selbst gesetzten Regeln (Maximen) unabhängig zu handeln, ist der Wille¹².

(Erkenntnis-)Grund des Willens ist

- die Möglichkeit zur Unabhängigkeit von den Ursache-/Wirkungs-Zusammenhängen der ersten Natur und
- die Möglichkeit, durch eigene, d.h. (nur) von der Vernunft gegebene Regeln das eigene Handeln zu bestimmen
- d. i. die „Zweite Natur“, die freie Willkür¹³, die gesetzgebende Vernunft¹⁴.

- 2 „Der Boden des Rechts ist überhaupt das GEISTIGE und Ausgangspunkt der WILLE,

¹⁰ RuG S.10 mit weiteren Nachweisen, dort Fußnote 27.

¹¹ RuG Vorwort S.1.

¹² MdS S.27.

¹³ MdS S.6: „Die Freiheit der Willkür ist jede Unabhängigkeit ihrer Bestimmung durch sinnliche Antriebe; dies ist der negative Begriff derselben. Der positive ist: das Vermögen der reinen Vernunft, für sich selbst praktisch zu sein.“

¹⁴ PdG, S.277; RuG „Natur, Leben, Handeln - Selbstbewusstsein, Vernunft, Wille“ S.27 ff; „Selbstbestimmung des Willens, Kritik der moralischen Zweideutigkeit“, S. 36ff; Selbstbestimmung und praktisches Gesetz - Ethik und Recht“, S.42ff.

welcher frei ist, (...)“, § 4 GdPR. Das Gebiet des Rechts ist die Freiheitsverwirklichung im äußeren Verhältnis der Personen zueinander, nämlich *„das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als Facta aufeinander (unmittelbar, oder mittelbar) Einfluss haben können.“*¹⁵.

Als praktisches Prinzip ist der freiheitliche Rechtsbegriff ein eigenständiger Teil der freiheitlichen Morallehre, welche zudem die Ethik umfasst, deren Gegenstand die Übereinstimmung der Maxime (der subjektiven Handlungsregel) mit der allgemeinen Gesetzgebung der Vernunft ist (Moralität der Handlung, Tugendlehre). *„Die Besonderheit des Rechts besteht aber darin, dass es im Respekt über den auf legitime Weise unterschiedlichen ethischen und pragmatischen Lebenskonzepten der Individuen, Gruppen, Kulturen, Nationen eine der Handlungsstruktur entsprechende Systematik abstrakt-äußerer Regeln von zwingender Allgemeingültigkeit bestimmt. Dadurch bildet es eine zwar von der Ethik des Willens unterschiedene, eigenständige, aber dennoch auf allgemeiner Selbstbestimmung beruhende Zwischenebene von Normativität.“*¹⁶

Die „Ethik des Willens“ hat ihren Grund in der vernunftbestimmten, durch den kategorischen Imperativ geformten Regelbildung (Maximen) des Handelnden. Dem gegenüber ist für die Rechtlichkeit einer Handlung die Maximensetzung neutral, was im zwischenmenschlichen Rechts- und Achtungsverhältnis den Raum für unterschiedliche Lebensperspektiven offenhält. Indes: -rechtlich zu handeln- ist eine unter dem kategorischen Imperativ notwendige Maxime und somit eine subjektiv-allgemeine Anforderung der praktischen Vernunft.

An diesen offenen und freiheitlichen Rechtsbegriff und an dessen Auslegung in RuG schließen eine Heteronomie- und eine Teleologiekritik (insbes.: „Werte“) an¹⁷. Dies ist hier nur anzudeuten, nicht auszuführen.

- 3 Rechtliche Praxis ist jedes Handeln, welches *„im äußeren und zwar praktischen Verhältnis“* einer Person gegen andere Personen die äußeren Bedingungen allgemeiner Freiheitsverwirklichung achtet. Auf das Wissen der handelnden Person von diesen Bedingungen, auf die Moralität, die Tugend oder die Verdienstlichkeit der Handlung kommt es für die rechtliche Beurteilung nicht an. Rechtliche Praxis ist nicht nur institutionell im Rechtsstab gebundenes rechtliches Handeln (in Gesetzgebung, Verwaltung, Justiz und Anwaltschaft z. B. hochentwickelter Industrienationen) -dort freilich insbesondere-, sondern das Tun oder Lassen überhaupt, auch in naturzuständlichen Verhältnissen oder unter Rechtsordnungen, welche sich in ihrer Rationalität, Objektivität und Wirkmacht noch nicht vollständig ausgeprägt und ausdifferenziert haben.¹⁸

¹⁵ MdS S. 33.

¹⁶ RuG S. 5-6.

¹⁷ RuG S.119 ff und verstreut.

¹⁸ RuG S.109/110 (Erörterung des Begriffs der „formellen Positivität“ des Rechts).

- 4 Aus (1.) der Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft in der Moralwissenschaft und (2.) der Eigenständigkeit rechtlicher Praxis in der moralischen Praxis folgt ein eigenständiger rechtlicher Normativitätsbegriff innerhalb eines umfassenderen Begriffs von Normativität. Sollen aus Freiheit ist im Recht bezogen und begrenzt auf das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen andere Personen („*rechtliches Anerkennungsverhältnis*“¹⁹).

III Perspektive: Begründung von Rechtszwang aus Freiheit

Sollen aus Freiheit -begrenzt auf das rechtliche Anerkennungsverhältnis- ist gerichtet auf die Durchsetzung (Verwirklichung) des Anerkennungsverhältnisses in konkreten kulturellen, sittlichen und sozialen Bezügen. Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden²⁰. Der Rechtszwang ist der perspektivische Fluchtpunkt jeder rechtlichen Reflexion, welcher nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Möglichkeiten, unter denen die Verwirklichung des Rechts als eines freiheitlichen äußeren Verhältnisses der Personen gedacht werden kann, ausnahmslos entfielen.

Jedes Verständnis von einer rechtlichen Normativität, einer rechtlichen Verbindlichkeit und eines rechtlichen Sollens aus Freiheit ist deswegen auf die Möglichkeit, die Wirklichkeit und die Notwendigkeit des Rechtszwangs auszulegen.

B „Recht und Gerechtigkeit“ und das Forschungsprogramm „Normative Ordnungen“

RuG steht in einem weniger inhaltlichen, aber jedenfalls zeitgenössischen Kontext zu einem Forschungsprogramm an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, welches die „*implizite und explizite Normativität*“ und die vielfältigen Dimensionen und Erscheinungsformen dieser Normativität in ihrer empirisch wirksamen Faktizität in lebensweltlichen Praktiken, geteilten Konventionen, Institutionen und Herrschaftsordnungen in den Blick nimmt.²¹

„Normative Ordnungen“ sind Gegenstand umfassender Erkenntnisbemühungen, von denen die grundlagenorientierte rechtswissenschaftliche Untersuchung nur eine unter

¹⁹ RuG S.123, 127.

²⁰ MdS S.35, Einleitung in die Rechtslehre § D: „*Der Widerstand, der dem Hindernisse einer Wirkung entgegengesetzt wird, ist eine Beförderung dieser Wirkung und stimmt mit ihr zusammen. Nun ist alles, was Unrecht ist, ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen; der Zwang aber ist ein Hindernis oder Widerstand, der der Freiheit geschieht. Folglich: wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d. i. unrecht) ist, so ist der Zwang, der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammen stimmend, d. i. recht: mithin ist mit dem Rechte zugleich eine Befugnis, den, der ihm Abbruch tut, zu zwingen, nach dem Satze des Widerspruchs verknüpft.*“

²¹ Forst, Rainer; Günther, Klaus: Normative Ordnungen, 1. Aufl. 2021, S. 9.

mehreren ist. Zu nennen sind u. a. die rechtspositivistisch orientierten Untersuchungsaspekte der analytischen Ethik und Rechtstheorie²², die logisch widerspruchsfreie Darstellung möglicher Rechtsordnungen in der „Reinen Rechtslehre“ Hans Kelsens²³, normlogische (deontologische) Ansätze und rechtsoziologische Betrachtungen²⁴.

RuG ist einleitend zu einigen Aussagen des Frankfurter Forschungsprogramms in ein Verhältnis zu setzen (vertiefend: siehe unten 4. Kapitel, „B“).

I Rechtsordnung = Zwangsordnung

„Das Recht bedeutet vorläufig eine vom ethisch guten Handlungszweck (...) unterschiedene objektive Regel für das äußere, interpersonale, besonders das gesellschaftliche Handeln mit zwingender Verbindlichkeit: der eine kann vom anderen ein Verhalten (Unterlassen, Tun) verlangen, wozu dieser letztlich unter Zwang verpflichtet ist. So begegnet es den Personen als faktisch gegebene, geltende Ordnung - als gesetztes, positives Recht (...).“²⁵

Rechtliche normative Ordnungen werden als Zwangsordnungen ausgezeichnet: „(...) die als Recht bezeichneten Gesellschaftsordnungen [sind] Zwangsordnungen menschlichen Verhaltens. Sie gebieten ein bestimmtes menschliches Verhalten, indem sie an das entgegengesetzte Verhalten einen Zwangsakt knüpfen, der gegen den sich so verhaltenden Menschen (oder seinen Angehörigen) gerichtet ist.“²⁶ Kennzeichnend für normative Ordnungen sind räumlich (auf einem bestimmten Gebiet), sachlich (auf bestimmte Inhalte) und personell (auf bestimmte Adressaten bezogene) Sollenssätze. Die normative Ordnung ist dann und nur dann eine rechtlich-normative Ordnung, wenn diese Sollenssätze (1.) auf das rechtliche Anerkennungsverhältnis bezogen und (2.) mit der Befugnis zu zwingen verbunden sind. Aus rechtlicher Sicht wäre zu präzisieren, dass Normsysteme legislative Geltungszusammenhänge durch die Herstellung von Bezügen unterschiedlicher Normebenen (vertikal) untereinander ordnen nach einem einheitsbildenden Kriterium.²⁷ Zu ergänzen ist, dass diese systematische Ordnungsfunktion auch innerhalb einer Normebene (horizontal) wirksam ist.

II Normative Ordnungen werden interdisziplinär als „Rechtfertigungsordnungen“ untersucht²⁸:

²² Hart, Dworkin, Tugendhat.

²³ Kelsen, Hans: „Reine Rechtslehre“, Wien 2. Aufl. 1960, Nachdruck 1983.

²⁴ pars pro toto Luhmann, Niklas „Rechtssoziologie“, „Soziale Systeme“ und „Das Recht der Gesellschaft“.

²⁵ RuG 3-4.

²⁶ Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, Nachdruck Wien 1983, S. 34/35.

²⁷ Zum Begriff des normativen Systems mit weiteren Nachweisen Sander, Florian: „Repräsentation und Kompetenzverteilung. (...)“, Berlin 2005, S. 51 f.

²⁸ Forst, Rainer u. a. (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, Einleitung, S. 11.

- Normative Ordnungen seien der Erlaubnisrahmen (moralisch und/oder rechtlich) personalen Verhaltens (Rechtfertigung = Erlaubnis) und:
- Normative Ordnungen beständen (regelmäßig) mit dem (kritisierbaren) Geltungsanspruch, gerechtfertigt zu sein²⁹.

Diese Untersuchung sei als kritische Theorie auf eine Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse angelegt³⁰. Diese Kritik folge -grosso modo- fünf Gesichtspunkten:

- Kritische sozialwissenschaftliche Analyse der Herrschaftsverhältnisse einschließlich der diese bedingenden kulturellen und ökonomischen Strukturen;
- kritische Analyse (diskurstheoretisch und genealogisch) der Rechtfertigungen und Rechtfertigungsnarrative, Identifizierung nicht zu rechtfertigender, illegitimer Verhältnisse und der Bedingungen, welche diese Verhältnisse stabilisieren;
- historisch-soziologische Untersuchung der tieferen Ursachen unzureichender Institutionen und Praktiken;
- Frage „*in konstruktiver Absicht*“ nach der Grundstruktur einer Rechtfertigung, welche den Anforderungen fundamentaler Gerechtigkeit genüge und universal in sozialer Praxis als „autonom zu entwickelnde normative Ordnung“ realisiert werden könne;
- Reflexiver Zugang/Umgang mit den eigenen kritisch-theoretischen Beurteilungskriterien, welche ihrerseits normativ zu rechtfertigen und kritisierbar seien. Medium der rechtfertigenden Vernunft sei die kritische und öffentliche Vernunft³¹.

III RuG als „Rechtfertigungsnarrativ“

Mit den begrifflichen Mitteln des Sprachraums einer wissenschaftlichen Praxis, welche im Kern sozialwissenschaftlich, nur in den Randbereichen philosophisch/rechtswissenschaftlich „Normative Ordnungen“ in den Blick nimmt, ist RuG zu beschreiben als ein Rechtfertigungsnarrativ, welches einer konkreten Rechtsordnung (z. B.: der Gesamtheit der in der Bundesrepublik Deutschland und in ihren Bundesländern geltenden Gesetze) zu unterlegen wäre. Dazu ergänzend unten B_V.

IV Der Forschungsgegenstand: „Normative Ordnung“

Die wissenschaftliche Praxis, welche „Normative Ordnungen“ untersucht, sei

²⁹ Forst, Rainer u. a. (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, Einleitung, S.12.

³⁰ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen; Berlin 2015 (2. Aufl. 2018), S. 32.

³¹ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen; Berlin 2015 (2. Aufl. 2018), S. 32-33.

grundsätzlich inklusiv und interdisziplinär angelegt. Gegenstand der Forschung seien die „*Pluralität, historischen Genesen, die Geltungsansprüche, die Operationsweisen, die Machtstrukturen und -techniken, die Konflikte und Kämpfe in und um normative Ordnungen sowie deren Stabilität, Krisen und Transformationen*“³².

Die Anschlussfähigkeit von RuG an dieses wissenschaftliche Programm kann einstweilen dahinstehen. Jedenfalls könnte RuG als eine gut begründete Antwort auf die - in kritisch-theoretischer Absicht- aus dieser wissenschaftlichen Praxis heraus gestellte Frage nach der Grundstruktur einer Rechtfertigung gelesen und verstanden werden können, welche den Anforderungen fundamentaler Gerechtigkeit genügt und universal in sozialer Praxis als „autonom zu entwickelnde normative Ordnung“ realisiert werden kann.

V Freiheitliche Grundlegung für rechtliche normative Ordnungen

Mit RuG ist kein Rechtfertigungsnarrativ für Normative Ordnungen überhaupt vorgetragen, sondern nur für rechtliche Normative Ordnungen (merke: Plural). Dies dürfte nur eine kleinere Teilmenge der real-existierenden Normativen Ordnungen ausmachen. Unter dem Gesichtspunkt der im freiheitlichen Rechtsbegriff angelegten Heteronomie- und Teleologiekritik ist die Gerechtigkeitssystematik von RuG grundsätzlich inhaltslos. Insbesondere: RuG ist gegenüber den kulturellen, sittlichen und sozialen Besonderheiten bestehender oder werdender Normativer Ordnungen tolerant/neutral. Kriterium für die Rechtlichkeit der Verhältnisse nach RuG ist die Verwirklichung äußerer Freiheit in allseitig-subjektiver Perspektive. Dies entspricht der 3. Komponente des Positivitätsbegriffs, der normativen Positivität. Einzelheiten sind in RuG in privatrechtlichen, in öffentlich-rechtlichen, in international-rechtlichen und transnational-rechtlichen Verhältnissen entfaltet und ausformuliert.

VI Defizit aktueller wissenschaftlicher Praxis

Soweit erkennbar, wird in der wissenschaftlichen Praxis, welche „Normative Ordnungen“ untersucht, (etwas überraschend) der Begriff des Sollens/der Normativität nicht aus Freiheit hergeleitet, entwickelt und gefasst. Dies gilt erst recht für einen eigenständigen rechtlichen Sollens-Begriff aus Freiheit.

C Materielles und Prozedurales

³² Forst, Rainer u. a. (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, Einleitung, S.9.

I Materielle Rechte und Verfahrensrechte (notwendige Ergänzung)

Innerhalb der Lehre vom positiven Recht sind materielle Rechte und Verfahrensrechte zu unterscheiden. Materielle Rechte sind die in einer Rechtsordnung, also in konkreten kulturellen, sittlichen und sozialen Bezügen einer Person ursprünglich und abgeleitet zugeschriebenen (geltenden) Möglichkeiten, sich als Person zu anderen Personen in ein konkretes Verhältnis äußerer Freiheit zu setzen. Verfahrensrechte sind die Rechte, aufgrund derer die materiellen Rechte erörternd und/oder streitig in geregelten Interaktionen durchgesetzt werden können. Verfahrensrechte sind gerichtet auf eine rechtlich bindende Entscheidung (Benehmen, informelle Abstimmung, Vertrag/Vergleich, Beschluss, Urteil usw.).

II Prozedurale Normativität

Die prozeduralen Aspekte des rechtlichen Normativitätsbegriffs richten sich auf die Verfahrensbedingungen, unter denen die äußere Freiheit des Einzelnen im Verhältnis zu anderen Personen verwirklicht werden kann. Ein umfassender Begriff rechtlicher Normativität nimmt die materiellen und die prozeduralen Aspekte rechtlicher Personalität in den Blick. Die prozeduralen Aspekte der Normativität sind auf die Verfahren gerichtet, welche auf die Begründung materieller Rechte zielen (z. B.: Vertrag, Gesetzgebung), und auf die Verfahren, welche der Durchsetzung (Verwirklichung) materieller Rechte im interpersonalen Anerkennungsverhältnis dienen (z. B.: Erkenntnisverfahren, Vollstreckungsverfahren).

Kapitel 2:

Sollen in der Rechtsphilosophie Immanuel Kants

M. C. Köhler legt in RuG die Karten bereits im Vorwort auf den Tisch. Der Denkweg beruhe auf der Rechtsphilosophie Immanuel Kants und bezöge sich auf Systemintentionen in der Rechtsphilosophie G. W. F. Hegels. *„Der (...) entwickelte Grundansatz nimmt gültige Einsichten der praktischen Philosophie auf; er geht namentlich aus von der Rechtsphilosophie Kants und bezieht hegelsche Systemintentionen ein.“*³³ Diese Standortbestimmung rechtfertigt die einleitende Beschäftigung mit den Grundbegriffen der Metaphysik der Sitten.

³³ RuG, Vorwort (ohne Paginierung), S. 1.

Bei Erscheinen der Rechtslehre Kants als erster Teil der Metaphysik der Sitten im Jahr 1797 liegen die Kritik der reinen Vernunft (A: 1781; B: 1787), die Kritik der praktischen Vernunft (1788) und die Kritik der Urteilskraft (1790) bereits einige Jahre vor. Die Begriffsbildung in der praktischen Philosophie war nach einigen Mehrdeutigkeiten in den vorgängigen Texten mit der Metaphysik der Sitten und dort insbesondere mit der Rechtslehre abgeschlossen. Maßgeblich für den Begriffsgebrauch in der praktischen Philosophie Kants ist der Definitionsteil in den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre (Einleitung in die Metaphysik der Sitten)³⁴.

Zu unterscheiden ist ein allgemeiner Begriff des Sollens, welcher für die Tugendlehre und die Rechtslehre gleichermaßen gilt, und ein spezifisch rechtlicher Begriff des Sollens, welcher ausschließlich die Rechtslehre betrifft.

A *„VERBINDLICHKEIT ist die Notwendigkeit einer freien Handlung unter einem kategorischen Imperativ der Vernunft.“³⁵*

Diese Definition rückt den Begriff der „Notwendigkeit“ in den Fokus der Untersuchung des Sollensbegriffs. Mit „Notwendigkeit“ ist ein Verhältnis der freien Handlung zum Gesetz der Freiheit, dem kategorischen Imperativ, angedeutet. Das Sollen/die Verbindlichkeit sind nicht das Gesetz oder die Handlung, sondern Handlung und Gesetz werden im Begriff der Verbindlichkeit/des Sollens in eine Beziehung zueinander gesetzt, nämlich in die Beziehung der „Notwendigkeit“.

In der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten ist die Bedeutung von -Sollen- als einer Verhältnisbestimmung klarer gefasst:

„Alle Imperativen werden durch ein Sollen ausgedrückt, und zeigen dadurch ein Verhältnis eines objektiven Gesetzes der Vernunft zu einem Willen an, der seiner subjektiven Beschaffenheit nach dadurch nicht notwendig bestimmt wird (eine Nötigung).“³⁶

³⁴ MdS, AA VI, S.221 ff, Vorbegriffe zur Metaphysik der Sitten, Untertitel: *„als einer universellen praktischen Philosophie“*. Was es bedeutet, dass eine freie Handlung und die dieser Handlung zu Grunde liegende Maxime unter einem kategorischen Imperativ der Vernunft zu fassen sei, behandelt Zaczyk, Rainer: *„Das Unrecht der versuchten Tat“*, Berlin 1989, S. 130 ff (mit einer entkräftenden Besprechung des Formalismus-Einwands Hegels auf S. 143 ff und der Bedenken Adornos [Negative Dialektik, 2. Aufl. Frankfurt am Main 1980, S. 212,222], der kategorische Imperativ sei entmaterialisiert und verfestige bestehende soziale Herrschafts- und Unterdrückungszustände); v. Freier, Friedrich: *„Kritik der Hegelschen Formalismusthese“*, Kant-Studien 1992, S. 304 ff [309 ff]; Süchting, Gerald: *„Eigentum und Sozialhilfe“*, Berlin 1995, S. 102 ff; Maatsch, Asmus: *„Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtspflichtverstoß“*, Berlin 2001, S. 128 ff; Anders, Ralf Peter: *„Untreue zum Nachteil der GmbH“*, Heidelberg 2012, S. 279 ff; Gierhake, Katrin: *„Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht“*, Berlin 2013, S. 80 ff (auf S. 83 die „Denknotwendigkeit“ des kategorischen Imperativs und des praktischen Begriffs der Freiheit betonend); Helmers, Gunnar: *„Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts“*, Berlin 2016, S. 60 ff (mit einer ausführlichen Untersuchung genau des Punktes, in welchem die theoretische Vernunft praktisch wird, oder anders: des Übergangs vom Sein zum Sollen, S. 80-101). Diese Auslegungen zum kategorischen Imperativ und dessen zutreffende Verteidigung gegen einige Einwände und Bedenken können hier vorausgesetzt werden.

³⁵ MdS, AA VI, S.222.

³⁶ GMdS, B S.37

- auch wenn in dieser früheren Erläuterung die begriffliche Trennung zwischen dem Willen, von welchem die Gesetze ausgehen und welcher die praktische Vernunft selbst ist, und der zur freien Handlung geeigneten, indes bestimmungsbedürftigen Willkür noch nicht aufgenommen ist. Diese begriffliche Abgrenzung ist 1797 in den Vorbegriffen zur Metaphysik der Sitten erreicht.³⁷

Als „Verhältnis“ zum praktischen Gesetz ist die Verbindlichkeit/das Sollen ein praktischer Begriff, welchem keine Anschauung unterlegt werden kann. Es ist als Denkbestimmung eine praktisch-vernünftige Konstruktion.³⁸

B Abgrenzung zum Pflichtbegriff

„PFLICHT ist diejenige Handlung, zu welcher jemand verbunden ist. Sie ist also die Materie der Verbindlichkeit, und es kann einerlei Pflicht (der Handlung nach) sein, ob wir zwar auf verschiedene Art dazu verbunden werden können.“³⁹

Pflicht ist die Handlung, welche dadurch gegenüber anderen Handlungen ausgezeichnet ist, dass diese Handlung gesollt ist, oder (in gleichem Sinn): dass die Person zu ihr verbunden ist. Das Sollen ist die Form der Handlung. Die der Formbestimmung „Sollen“ entsprechende Handlung ist die Pflicht.

Als moralische Pflicht: Die Regelsetzung in der zweiten Natur des Handelnden.

Als rechtliche Pflicht: Handeln in Übereinstimmung (faktischer Achtung, Anerkennung) mit der äußeren Freiheit Anderer.

C Begriff der Notwendigkeit

Im § 41 der Rechtslehre gibt Kant den Hinweis, dass seine Rechtslehre als Besitzlehre nach der Möglichkeit, oder Wirklichkeit oder Notwendigkeit des Besitzes der

³⁷ MdS, AA VI, S. 226.

³⁸ Das Sollen aus Freiheit ist als reiner Verstandesbegriff ein Schema mit objektiver praktischer Realität, welchem keine Anschauung unterlegt werden kann. Das „Sollen“ kann begrifflich dies Schema praktischer Vernunftschlüssigkeit und die daraus resultierende Notwendigkeit nur symbolisch darstellen. Den Normativitätsbegriff kann nur die reine praktische Vernunft denken und ihm kann keine sinnliche Anschauung unterlegt werden. Mit dem sprachlichen Symbol „Sollen“ und dem diesem zugrunde liegenden Schluss-Schema, dessen Resultat die Notwendigkeit einer Handlung unter dem Gesetz ist, wird im begrifflichen Symbol eine sinnliche Anschauung analogisch dargestellt, mit welcher die Kategorien der praktischen Urteilskraft als regelndes Verfahren bloß in der Form der Reflexion, nicht dem Inhalte nach bezeichnet werden. Formulierungen angelehnt an Kant, Immanuel, Kritik der Urteilskraft, § 59, AA V, S. 351. Vertiefend dazu unten im 4. Kapitel „C“.

³⁹ MdS, AA VI, S.222.

Gegenstände nach Gesetzen eingeteilt werden könne⁴⁰. Diese (an den Kategorientafeln orientierte) begriffliche Systematik in der Erwerbslehre Kants wurde bei M. C. Köhler leitend für die Strukturierung des Gerechtigkeitsbegriffs in RuG. An dem 3-stufigen Aufbau ist die Gliederung des übergreifenden Gerechtigkeitsbegriffs in die beschützende, die wechselseitig erwerbende und die austeilende Gerechtigkeit orientiert.

I Formallogischer Begriff der Notwendigkeit⁴¹

„p \leftarrow q“

„p“ ist notwendige Bedingung von „q“ und steht zu diesem in einem Verhältnis der Replikation, wenn bei Vorliegen von „q“ zwingend auf das Vorliegen von „p“ (rück-)geschlossen werden kann. Damit ist ein formales, bloß logisches Verhältnis zwischen p und q ausgedrückt, ohne dass etwas über die Existenz oder Nichtexistenz von p oder q ausgesagt würde („ \leftarrow “ wird in der formallogischen Notation „Replikator“ genannt).

II Die „Realnotwendigkeit“

Der notwendig als wirklich anzunehmende Gegenstand ist der seiner materialen Bedingung nach nicht aktuell erfahrene, aber zwingend aus gemachten Erfahrungen nach den Gesetzen der Erfahrung erschließbare Gegenstand. Die Notwendigkeit und damit die reale Existenz dieses anzunehmenden Gegenstands ist aus der Verknüpfung allen Seins der 1. Natur von Ursache und Wirkung zu schließen.

„Hieraus folgt: dass das Kriterium der Notwendigkeit lediglich in dem Gesetze der möglichen Erfahrung liege: dass alles, was geschieht, durch ihre Ursache in der Erscheinung a priori bestimmt sei. Daher erkennen wir nur die Notwendigkeit der Wirkungen in der Natur, deren Ursachen uns gegeben sind, und das Merkmal der Notwendigkeit im Dasein reicht nicht weiter, als das Feld möglicher Erfahrungen, (...)“⁴²

Zusammengefasst: -das Notwendige ist das als unseiend Undenkbare-.⁴³ Diese ontologische Bestimmung lässt sich in die Begriffswelt der praktischen Vernunft übersetzen. Ohne die notwendige Handlung ist die Wirklichkeit praktischer Vernunft und individueller Freiheit nicht denkbar. Dazu im Folgenden.

⁴⁰ MdS/RL § 41 1. Satz, AA VI S. 305/306. dazu Süchting, Gerald: Die Modalkategorien in der Privatrechtstheorie, in: Eigentum und Sozialhilfe, Berlin 1995, S. 82 ff.; 88 ff., 148 ff., 169 ff.

⁴¹ Herberger/Simon Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt am Main, 1. Aufl. 1980, S. 48 ff.

⁴² KdrV, AA III 194,

⁴³ Heidegger, Martin: Die Frage nach dem Ding, Gesamtausgabe Frankfurt/Main 1984, Bd. 41, S. 242.

III Die Notwendigkeit in der praktischen Philosophie

Die Modalkategorien Möglichkeit, Wirklichkeit und Notwendigkeit werden in der praktischen Philosophie übersetzt in die Kategorien des -Erlaubten-, der -Pflicht- und der -vollkommenen Pflicht-⁴⁴, sind dort Kategorien aus Freiheit und ergänzen damit -in der praktisch-vernünftig geprägten zweiten Natur des Subjekts- die Kategorien der ersten Natur (Möglichkeit, Wirklichkeit und Notwendigkeit) in der theoretischen Philosophie. Bezeichnet ist damit eine Kausalität aus Freiheit der für sich selbst praktischen reinen Vernunft.

- 1 Begrifflich noch nicht abschließend ausgearbeitet und noch nicht auf dem Definitionsniveau der Metaphysik der Sitten formuliert Kant in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Übergang zur Metaphysik der Sitten):

„Die praktische Notwendigkeit, nach diesem Prinzip zu handeln, d.i. die Pflicht, beruht gar nicht auf Gefühlen, Antrieben und Neigungen, sondern bloß auf dem Verhältnis zu einander, in welchem der Wille eines vernünftigen Wesens jederzeit zugleich als GESETZGEBEND betrachtet werden muss, weil es sie sonst nicht als Zweck an sich selbst denken könnte.“⁴⁵

Notwendigkeit „*beruht*“ auf dem Verhältnis zwischen der zur inneren/äußeren Handlung fähigen Willkür, welche sich in der Handlung und im Selbstvollzug unter subjektive Handlungsregeln (= Maximen) stellt. In der Metaphysik der Sitten wird der Begriff der Verbindlichkeit/des Sollens mit dem Begriff der praktischen Notwendigkeit gleichgesetzt.⁴⁶ Grundlage des Sollens ist das Verhältnis zwischen der Maximen setzenden Willkür zum gesetzgebenden Willen = zur praktischen Vernunft, welcher im kategorischen Imperativ das konstituierende Prinzip gegeben ist, oder -was dasselbe ist- beruht auf dem Verhältnis zwischen der Maxime und den praktischen Gesetzen, welche die praktische Vernunft der freien Willkür für ein Handeln aus Freiheit aufgibt.

- 2 Die notwendige Handlung unter dem praktischen Gesetz heißt „vollkommene Pflicht“.⁴⁷ Vollkommene Pflichten sind „*nach dem objektiven Verhältnis des Gesetzes zur Pflicht*“ nur Rechtspflichten.⁴⁸ Zu unterscheiden sind Rechtspflichten gegen sich selbst und Rechtspflichten gegen andere. Zwangsbewehrte Rechtspflichten sind nur unter Wesen

⁴⁴ KpV AA V S. 66, dazu Süchting, Gerald: Die Modalkategorien in der Privatrechtstheorie, in: Eigentum und Sozialhilfe, Berlin 1995, S. 87.

⁴⁵ GMdS, B S.76.

⁴⁶ MdS, AA VI, S.222.

⁴⁷ KpV A S. 117, dazu Süchting, Gerald: Die Modalkategorien in der Privatrechtstheorie, in: Eigentum und Sozialhilfe, Berlin 1995, S. 87.

⁴⁸ MdS B S.49, AA VI S. 240.

denkbar, welche wechselseitig Rechte und Pflichten haben (= Menschen).⁴⁹

- 3 Allgemein wird mit dem Begriff der Notwendigkeit einer Handlung unter dem praktischen Gesetz der Vernunft deren Gesolltheit als Pflicht ausgedrückt. Modalkategorial wird die einzelne Handlung ins Verhältnis zur praktischen Vernunft gesetzt und dort unter dem Begriff der Notwendigkeit als vollkommene oder unvollkommene Pflicht erkannt.

Zusammengefasst: -das praktisch Notwendige ist dasjenige, was nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die zweite Natur des Menschen entfiel-.⁵⁰

D Sollen/Verbindlichkeit in der Metaphysik der Sitten/Rechtslehre

Das rechtliche Sollen ist vom Verhältnis der subjektiven Maximenbildung zur praktischen Gesetzmäßigkeit (= Gegenstand der Tugendlehre) nach dem eigenständigen Gegenstandsbereich des Rechts zu unterscheiden. Dieser Gegenstandsbereich ist die äußere Handlung (nicht die Maxime) des Subjekts, wie diese Einfluss nehmen kann auf die äußere (in der Gegenständlichkeit verwirklichte) Freiheit eines anderen Subjekts.

Das allgemeine Rechtsgesetz lautet: handle äußerlich so, dass der freie Gebrauch Deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne.⁵¹ „Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann.“⁵² Was mit „bestehen kann“ gemeint ist: im äußeren Verhältnis ist die freie Willkür der anderen zu achten und die eigene äußere Handlung als Möglichkeitsbedingung für die äußere Existenz der freien Willkür anderer in einem wechselseitigen Zwangsverhältnis auszulegen. Denn der Begriff des Rechts bezieht sich nur auf das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern deren Handlungen als soziale Faktizität einander beeinflussen können.⁵³ Gegenüber der eigenen oder fremden Handlungsmaxime (also der Regel, welche der Handlung subjektiv zu Grunde liegt) ist das allgemeine Rechtsgesetz neutral.

Dies bedeutet grundsätzlich: nach dem allgemeinen Rechtsgesetz können Handlungsmaximen nicht beurteilt oder bewertet (erlaubt oder verboten) werden. Dies gilt auch für die notwendige Maxime, nach welcher rechtlich zu handeln sei. Dies ist der

⁴⁹ MdS B S.49, AA VI S. 241.

⁵⁰ Formulierung angelehnt an oben Fußnote 31, Heidegger, Martin: Die Frage nach dem Ding, Gesamtausgabe Frankfurt/Main 1984, Bd. 41, S. 242.

⁵¹ MdS B S.49, AA VI S. 230-231.

⁵² MdS B S.49, AA VI S. 230.

⁵³ MdS B S.49, AA VI S. 230.

Gegenstand der Tugendlehre.

Dies bedeutet weiter: Auch grundböse Wesen können zueinander in ein stabiles Rechtsverhältnis treten:

„Das Problem der Staatserrichtung ist, so hart wie es auch klingt, selbst für ein Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben) auflösbar und lautet so: "Eine Menge von vernünftigen Wesen, die insgesamt allgemeine Gesetze für ihre Erhaltung verlangen, deren jedes aber insgeheim sich davon auszunehmen geneigt ist, so zu ordnen und ihre Verfassung einzurichten, dass, obgleich sie in ihren Privatgesinnungen einander entgegen streben, diese einander doch so aufhalten, dass in ihrem öffentlichen Verhalten der Erfolg eben derselbe ist, als ob sie keine solche böse Gesinnungen hätten.“⁵⁴

Strukturell gleich dem Begriff der Verbindlichkeit/des Sollens, welcher für die Tugendlehre gilt, ist im Begriff des rechtlichen Sollens ein *Verhältnis* zwischen subjektiver Disposition und Gesetz ausgedrückt. Dies Verhältnis bezieht sich aber nicht auf die *Maxime* in deren Relation zum kategorischen Imperativ, sondern -spezifisch rechtlich- auf das Verhältnis der äußeren Handlung zum allgemeinen Rechtsgesetz: handle äußerlich so, dass der freie Gebrauch Deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne.⁵⁵

E Möglichkeiten und Grenzen – der freiheitliche Sollensbegriff bei Kant als kritisches Prinzip

Die begriffliche Einschränkung des rechtlichen Sollens auf das äußere Verhältnis der Menschen ist grundlegend für einen aufgeklärten Rechtsbegriff, welcher sich neutral zum subjektiven -z.B. religiösen und politischen- Bekenntnis verhält, solange dieses sich in seinen Äußerungen mit dem allgemeinen Rechtsgesetz deckt. Ebenso neutral verhält sich dieser Sollensbegriff zu den unterschiedlichen persönlichen Perspektiven, Ausrichtungen, Auslegungen und Verständnissen von der je eigenen Lebenswelt – auch an dieser Stelle lassen sich unter dem allgemeinen Rechtsgesetz keine Vorschriften gewinnen bis auf die, sich dazu neutral zu verhalten. Gleiches gilt für die eigene Glücksvorstellung und die Art und Weise der Glücksverfolgung, die konkret vorpositiv gegebene Verfügungs- und Gestaltungsmacht des Individuums über die eigenen Verhältnisse.

Unter diesem rechtlich scharf abgegrenzten Sollensbegriff bei Kant lässt sich der verfassungsrechtlich fundierte Rechtsbegriff äußerer und innerer Handlungsfreiheit -in privatrechtlicher Perspektive: der Rechts- und Geschäftsfähigkeit, der Privatautonomie

⁵⁴ Kant, Zum ewigen Zum ewigen Frieden, AA VIII, S. 366.

⁵⁵ MdS B S.49, AA VI S. 230-231.

und der (Selbst-)Verbindung unter Verträge- auslegen, entwickeln und vollständig fassen. Aus diesem Verständnis lässt sich der Rechtsbegriff der Handlungsfreiheit abgrenzen von einem ethischen oder technischen Begriff menschlicher Freiheit.

Als kritischer Begriff ist die Idee eines rechtlichen Sollens aus Freiheit bei Kant gegen jede freiheits- oder gleichheitswidrige (Rechts-)Zwangsordnung, gegen jeden freiheits- oder gleichheitswidrigen Zustand zu wenden, z. B. in der Form einer gut begründeten Heteronomiekritik, wie sie an verschiedenen Stellen in RuG ausgearbeitet wird. Strukturen rechtswidriger Machtverhältnisse, Befehls- und Gehorsamsstrukturen, i. e.: unangemessen benachteiligender Dauerschuldverhältnisse oder verfestigter Entrechtungen/Benachteiligungen in privatrechtlichen Beziehungen können auf der Grundlage klar konturierter Begriffe erkannt, beschrieben, von *rechtlichen* Sollens-Verhältnissen unterschieden und wertend beurteilt werden.

Kapitel 3:

Sollen aus Freiheit in M. C. Köhlers „Recht und Gerechtigkeit“

Der begriffliche Rahmen der theoretischen und praktischen Philosophie bei Kant, i. e. der Metaphysik der Sitten, ermöglicht ein intertextuell vertieftes Verständnis von rechtlicher Normativität in „Recht und Gerechtigkeit“.

In der Einleitung zu RuG wird der Begriff des Sollens in ein notwendiges Verhältnis (1) zur Positivität und (2) zur Richtigkeit des Rechts gesetzt und die Begründungsperspektive des Rechtszwangs in den Blick genommen: *„Das Recht betrifft das menschliche Handeln, insofern es nicht durchgängig von Erfahrungsgesetzen festgelegt, sondern selbstbewusst-frei durch Normen des „Sollens“ oder -vorgreifend- Freiheitsgesetze bestimmbar ist, die daher in der logischen Form „präskriptiver“ oder „praktischer“ Sätze auftreten: „Was soll ich tun?“, oder: es ist „gut“ oder „recht“, dieses oder jenes zu tun, zu unterlassen. Das Recht bedeutet vorläufig eine vom ethisch guten Handlungszweck (...) unterschiedene objektive Regel für das äußere, interpersonale, besonders das gesellschaftliche Handeln mit zwingender Verbindlichkeit: der eine kann vom anderen ein Verhalten (Unterlassen, Tun) verlangen, wozu dieser letztlich unter Zwang verpflichtet ist.“*⁵⁶

Verbindlichkeit und Sollen seien subjektiv-autonom zu begründen oder gar nicht: *„Das Prinzip der Rechtsgesetzlichkeit ist, da sie sich auf frei handelnde, Alternativen erwägende Subjekte bezieht, grundverschieden von der Erfahrungsgesetzlichkeit. Es kann kein naturanaloges,*

⁵⁶ Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 3-4, mit einem Hinweis auf den § 4 S. 1 der Grundlinien der Philosophie des Rechts Hegels.

transzendentes, „extern“ Behauptetes sein, etwa eine göttliche Offenbarung, eine objektive Idee wie nach der älteren Naturrechtslehre oder bloß herrschaftliche Setzung; denn diese enthalten, da der Einsicht freier Subjekte äußerlich, keinen Verbindlichkeitsgrund.“⁵⁷ Auch eingeübte Sittlichkeit, Konsens („das machen wir schon immer so“) und die empiristische Konstruktion eines Gesellschaftsvertrags begründeten Recht und Rechtszwang nicht hinreichend, denn von einem Sein könne nicht auf ein Sollen geschlossen werden.⁵⁸

Die zweite Natur des Menschen, das begrifflich und regelhaft sich selbst steuernde Subjekt, welches sich gestaltend und entscheidend in die Welt setzt, ist eingelassen in die erste Natur des Menschen, welche naturgesetzlich und nach empirischen Kausalitätszusammenhängen nachvollziehbar, auch unter den Bedingungen einer gesellschaftlich-kulturell festgelegten Lebenswelt, kontingent gesetzt ist. *„Dagegen besteht das Welt gestaltende Handeln eines Subjekts im (praktischen) Selbstbewusstsein, von sich aus regelhaft/gesetzmäßig den strebend vorgestellten „Gegen-stand“/Wirklichkeitszustand hervorzubringen und zwar nach eigenartig wertenden Normen des „Sollens“ - der Wille.“⁵⁹ Der Wille wird von Köhler mit der kritischen Selbstreflexion auf normative Handlungsprinzipien und der Fähigkeit zur normativen Schlussfolgerung (praktische Urteilskraft) aus dieser Reflexion in eins gesetzt.⁶⁰ „Der eigentümlich normative Bezug von Wille und Handlung gründet im Schlussverfahren der (praktischen) Vernunft, dass auf sinnerfüllte Lebensführung aus ist und sich in der Selbstorganisation des Zwecksetzens und -realisierens vollzieht.“⁶¹*

Diese Einheit theoretischer und praktischer Subjektivität begründen eine normativ-praktische Wirklichkeit, welche die erste Welt der prinzipiell durchgängigen und in alle Richtungen unendlichen Kausalität überformt und jede kausale Prädestination und Determination auf eine Vorläufigkeit reduziert, welche den abschließenden auto-normativen Bestimmungen des handelnden Subjekts durch subjektive praktische Vernunft unterliegt. *„Als Einheit verbürgendes Prinzip des Willens erweist sich, im Vollzug kritisch-systematischer Ordnung subjektiver Handlungsgrundsätze (Maximen) gemäß der Logik objektivierender Regeln/Gesetze (Imperative), die unbedingt-„kategorische“, allgemein-gesetzliche, jedes Subjekt als zwecksetzend-gesetzgebend anerkennende Selbstbestimmung - in „praktischer Einsicht“ oder „praktischer Vernunft“. Dieses Prinzip schlägt sich (...) in einer Systematik allgemein anerkannter Grundsätze ethischer (auch religiöser) Autonomie und rechtlicher wie auch politischer Freiheit nieder. In dessen unmittelbarer Wirkmacht als sich durchsetzende Vernunftschlüssigkeit -als konkret allgemeine Selbstbestimmung- erweist sich die Freiheit des Willens, d.h. seine eigene normative Determinationsform, die auf empirisch-kausalgesezliche Verläufe nicht gänzlich zurückgeführt*

⁵⁷ Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 7.

⁵⁸ Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 7.

⁵⁹ Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 31.

⁶⁰ Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 31, dort Fn. 9.

⁶¹ Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 34.

werden kann, sondern als eigentümliche Seite normativ-praktischer Wirklichkeit jene überformend und vorläufige Bestimmtheiten aufhebend einbezieht, (...).⁶² - Unter diesen Voraussetzungen sind Handlung und Zurechnung, also menschliche Praxis, zu denken.

Dies entspricht cum grano salis den Vorbegriffen zu einer Metaphysik der Sitten bei Kant, denen nach „die Tat“ eine Handlung sei, sofern sie unter Gesetzen der Verbindlichkeit stehe, aus welchen der Handelnde in der Handlung nach der Freiheit seiner Willkür betrachtet werde.⁶³

Für die Entwicklung des Rechtsbegriffs⁶⁴ ist in RuG die Unterscheidung (1) der formellen Positivität⁶⁵ des Rechts von (2) der inhaltlichen oder empirischen Positivität⁶⁶ des Rechts grundlegend. Bereits die formellen und die inhaltlich/empirischen Geltungsbedingungen des Rechts stehen in einem Spannungsverhältnis und erfordern einen steten Vergleich des formell geltenden Rechts mit den faktisch-lebensweltlichen Bedingungen, unter denen die Geltung einer Rechtsregel behauptet wird.

Mit der formellen Positivität und der inhaltlich/empirischen Positivität des Rechts sind die Geltungsaspekte positiven Rechts und eines rechtlichen Sollens nicht vollständig angegeben. Als 3. Komponente des vollständigen Positivitätsbegriffs kommt in RuG die normative Positivität hinzu, welche in ein ergänzendes Verhältnis zur formellen und empirischen Positivität tritt.

Aus einer grundlagenorientierten Kritik des Gesetzespositivismus heraus wird in RuG der Rechts- und Normativitätsbegriff rückgebunden an einen geisteswissenschaftlich entwickelten Begriff freiheitlicher Subjektivität: *„Die Kritik des Rechtspositivismus muss zugleich dessen produktive Seiten erfassen. So resultieren die empirischen Elemente und die objektiv äußere Gesetztheit des Rechts als solche aus dem Regelungsgegenstand weltbezogenen Handelns und dem Erfordernis, dass verschiedene Willkürsubjekte in ihren gegenständlich-empirischen Lebensverhältnissen und -zielen koexistieren „sollen“ - (...) Aber das substantiell Normative des Rechts als ein „Sollen“, das sich von einem bloß empirischen Faktum äußerer Gesetztheit unterscheidet, also seine kategoriale Gesetzlichkeit für selbstbewusst-freie Personen, wird im Rechtspositivismus und im Normlogismus entweder verfehlt, unterbestimmt oder aber in Annäherungen und Konvergenz auf eine Weise bestätigt, die den positivistischen Ansatz selbst aufhebt.“*⁶⁷

Auf dieser Grundlage lässt sich von der (1) formellen Positivität und der (2) inhaltlich/empirischen Positivität des Rechts -und des Sollens- die (3) normative Positivität⁶⁸ unterscheiden.

Diese normative Positivität von Recht und Sollen wird in RuG im Kapitel *„Das freiheitliche*

⁶² Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 34.

⁶³ MdS; AA VI, S. 223.

⁶⁴ RuG S. 108 ff.

⁶⁵ RuG S. 109 ff.

⁶⁶ RuG S. 112 ff.

⁶⁷ RuG S. 113.

⁶⁸ Der Begriff einer normativen Positivität wird von Köhler nicht verwendet und wird hier eingeführt.

*Recht in seiner Eigenständigkeit - Begründung und Grundbegriffe*⁶⁹ in theoriegeschichtlichen Bezügen hergeleitet und ausgearbeitet. Zugrunde liegt eine anspruchsvolle Handlungstheorie, welche die freiheitliche Selbstbestimmung des Handelnden von Anfang an in den Blick nimmt und utilitaristische, deterministische oder objektiv-teleologische Verkürzungen subjektiver Handlungsmächtigkeit kritisch abweist: „*Gleichwohl ist die Rechtsverbindlichkeit nicht eine der Selbstbestimmung des Subjekts überhaupt äußere (heteronome) wie nach dem objektiv-teleologischen (theologischen) Grundansatz bzw. seiner Formalisierung im Rechtspositivismus, Rechtsformalismus, Systemtheorie. Auch resultiert sie nicht bloß aus einer subjektiven Selbsterhaltungspflicht, die sich pragmatisch und strategisch auf andere Subjekte erweitert, wie dies in der empiristischen Rechtstheorie seit Hobbes - hin zum Regelutilitarismus angenommen wird. Vielmehr gründet sie im dargelegten subjektiv-objektiven (kategorischen) Vernunftschluss zum äußeren Dasein freier Subjekte - meiner selbst und des anderen, und darauf beruhenden Handlungsnormen: Objektive Implikation selbstbestimmten äußeren Daseins. Denn in der Ursprungssituation jeden Handelns selbst liegt vernunft- und existenznotwendig, sich und den anderen nicht bloß als verfügbaren Gegenstand vorauszusetzen, sondern als Regelungssubjekt im ebenso selbstberechtigten, wie selbstpflichtigen, wechselseitig allgemeingültigen Bezug auf gemeinsame Normen der äußeren Freiheit aller. Daher ist auch die Rechtspflicht moralisch (d. h. freiheitsgesetzlich) selbst auferlegt, gilt nach selbst gegebenem Gesetz (...). Da also das objektive Recht die konkrete Selbstobjektivierung der Rechtssubjekte ist, bestimmt es sich gleichursprünglich subjektiv-rechtlich und -pflichtig. Jede Form verfahrensmäßig organisierten Rechtszwangs bringt diesen Schlusszusammenhang zur Geltung.*“⁷⁰

Etwas undeutlich werden in RuG die Begriffe „Rechtspflicht“ und rechtliche „Verbindlichkeit“ zusammengelegt, auf den ersten Blick sogar synonym verwandt. „*Die Grundbegriffe des subjektiven Rechts und der Verbindlichkeit (Pflicht) bestehen in ihren ersten persönlichkeitsrechtlichen Ausprägungen geradezu darin, objektiv allgemeingültig sich und andere Personen zu bestimmtem Handeln bzw. Unterlassen verpflichten zu können, also das objektive Recht inhaltlich zu entwickeln.*“⁷¹ Die von Kant in der Einleitung zur Metaphysik der Sitten getroffene begriffliche Unterscheidung zwischen (1) der Verbindlichkeit, welche die Notwendigkeit einer Handlung unter dem Gesetz ist, und (2) der Pflicht, welche die Handlung ist, zu welcher der Handelnde unter dem Gesetz verbunden ist, scheint vordergründig in RuG nicht fortgeführt zu werden. Die Bedeutungen von Pflicht, Imperativ und Gebot werden in RuG nicht sonderlich trennscharf übereinandergelegt: „*Das Pflichtmoment differenziert sich gemäß dem affirmativen Gehalt des rechtlichen Anerkennungsverhältnisses aus. Unter dem Oberbegriff des Imperativs hat es deshalb logisch primär die Qualität des Rechtsgebotes („es sei, soll sein“), produktiv Handlungsfreiheiten einzuräumen – (...).*“⁷²

Diese vordergründig mehrdeutige Begriffsverwendung in RuG ist auslegend im Textverständnis weiter aufzuklären. In RuG ist an anderer Stelle die Verbindlichkeit/Normativität unterschieden von deren inhaltlicher Entsprechung, der Pflicht: „*Verbindlichkeit bedeutet, dass der*

⁶⁹ RuG S. 119-129

⁷⁰ RuG S. 128.

⁷¹ RuG S. 129

⁷² RuG S. 128.

*subjektive Wille in seinen wie auch immer sonst konzipierten Maximen der objektiven Norm, im weitesten Sinne: dem praktischen Gesetz, unterworfen ist. Inhaltlich entspricht der Verbindlichkeit die Pflicht.*⁷³ Dies von Köhler angedeutete inhaltliche Entsprechungsverhältnis zwischen Pflicht und Verbindlichkeit ist in der Begriffsbildung Kants in der Einleitung zur Metaphysik der Sitten wiederzufinden. 8Rechts-)Pflicht ist als äußere Handlung der Inhalt, welcher vom rechtlichen Sollen unter dem praktischen Gesetz -als gesollte Handlung- überformt ist.

Es gibt also einige gute Anhaltspunkte dafür, dass die in der Metaphysik der Sitten angelegten Unterscheidungen von „Verbindlichkeit“ und „Pflicht“ in RuG aufgenommen und weiterentwickelt werden.

Kapitel 4

Vermischtes

A Die (Un-)Geschichtlichkeit des Sollens aus Freiheit

I Faktum der praktischen Vernunft und der praktischen Urteilskraft

Sollen/Verbindlichkeit als *Notwendigkeit* einer Handlung unter dem Gesetz ist ein Faktum der praktischen Vernunft in Verbindung mit der praktischen Urteilskraft. Die Erarbeitung eines kritischen und kritisierbaren Sollens-Begriffs aus einer umfassenderen Konzeption von freiheitlicher Subjektivität ist das Resultat der sich entwickelnden Geistesgeschichte (Aufklärung).

II Ein Sollens-Begriff in unterschiedlichen geschichtlichen Gestalten

Dem Normativitätsbegriff in seinen geschichtlichen Gestalten wurden unterschiedliche Bedeutungen zugeordnet. Diese unterschiedlichen Gestalten/Bedeutungen weisen zurück auf einen vorpositiv geltenden Bedeutungskern von Sollen und Verbindlichkeit. Die Geschichtlichkeit und Wandelbarkeit des Sollensbegriffs bedeutet nicht, es gäbe in ihm überhaupt keine Grundsätze jenseits des positiven Rechts und der aus dem positiven Recht resultierenden Verbindlichkeit in seiner Zeit.⁷⁴ Es ist ein und derselbe

⁷³ RuG S. 128 oben.

⁷⁴ Zazcyk, Rainer, Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin 1989, S. 178 ff [179], zum Rechtsbegriff und dessen Geschichtlichkeit; zum selben Thema vertiefend: Süchting, Gerald, Geschichtlichkeit des

Sollensbegriff, welcher in unterschiedlichen geschichtlichen Zuständen unterschiedliche geschichtliche Gestalten annimmt als konkrete, situativ bedingte und situativ begriffene Normativität. Dies schließt die normative Rückwirkung der konkreten Vergemeinschaftung und der damit verbundenen spezifischen Konstitution von Rechtsgütern und -werten ein (Recht der Objektivität).⁷⁵ In ihm wird die Triebfeder (Notwendigkeit) der geschichtlichen konkreten Ausgestaltung der Verhältnisse äußerer Freiheit in intersubjektiven Verhältnissen als freiheitlich-zweckgerichtete Kraft erfasst.

Subjekt des Wandels und des Sollens ist der einzelne Mensch als konkret-einzelnem Träger der (1) individuell und (2) die Gattung bestimmenden Rechtsvernunft. Der Wandel des Begriffs vom Sollen und der Inhalte des Sollens (Pflichten) in der Geschichte sind somit nicht entkoppelt, sondern abgeleitet von der geschichtlichen Situation des Einzelnen. Der Wandel und die Geschichtlichkeit ist folglich ein *Prädikat* des Subjekts, welches allein aus praktischer Vernunft in konkreter lebensweltlicher Situation freiheitlich Sollens-produktiv ist. Die Wandelbarkeit der begrifflichen Leistung der praktischen Vernunft im Verstehen von Verbindlichkeit/Sollen ist dem Begriff des Sollens *akzidentuell*, jedoch nicht die Substanz von Subjekt, Recht und Sollen.⁷⁶

B Zur Normativitätsforschung heute: Rainer Forst (I.), Christoph Menke (II.) und Christoph Möllers (III.)

I Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen⁷⁷

- 1 Forsts Erkenntnisinteresse ist auf die philosophische und sozialwissenschaftliche kritische Analyse gesellschaftlicher Rechtfertigungsordnungen ausgerichtet.⁷⁸ Im Anschluss an die sog. klassische Frankfurter Schule (Adorno, Horkheimer) versteht er kritische Theorie als Verbindung philosophischer und sozialwissenschaftlicher Praxis, diese wiederum verbunden mit einem normativ-emanzipatorischem Interesse, welches

Rechts bei Friedrich Carl vom Savigny, Rechtstheorie Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Sonderheft Ungarn 1995, S. 365 ff; ergänzend: die Geschichtlichkeit des Rechtsbegriffs und dessen ungeschichtlicher Kern, welcher als kritisches Prinzip aus einer Metaphysik der Sitten gewonnen ist, verweist auf einen geschichtlichen Sollens-Begriff mit dessen ungeschichtlichem Kern, dass nämlich ein rechtliches Sollen stets und immer in einem notwendigen begrifflichen Zusammenhang mit dem Menschenrecht der Freiheit steht.

⁷⁵ Zazyk, Rainer, Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin 1989, S. 171 ff, Beispiele für Rechtsgüter, zu deren Konstitution die individuelle Subjektivität nicht in der Lage ist, sondern welche der freiheitlichen Vergemeinschaftung der Einzelnen bedürfen und diese bedingen: Rechtsgut Umwelt (S. 173), Rechtsgut Beweisfunktion im Rechtsverkehr (S. 174), Rechtsgut wahrheitsgemäße Tatsachenfeststellung in rechtlich geordneten Verfahren (S. 175).

⁷⁶ Zazyk, Rainer, Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin 1989, S. 179.

⁷⁷ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018

⁷⁸ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 9.

nach der historisch möglichen -und normativ geforderten- rationalen Form einer allgemein gerechtfertigten gesellschaftlichen Ordnung frage und zugleich danach, weshalb eine solche Ordnung angesichts der Herrschaftsverhältnisse in einer Gesellschaft nicht entstehe.⁷⁹

Kennzeichnend für die kritische Theorie von Rechtfertigungsordnungen sei es, dass sie ihre eigenen deskriptiven und normativen Maßstäbe explizit ausformuliere und ihrerseits verflüssige, der kritikresistenten Institutionalisierung („Reifizierung“) und unreflektierten Verstetigung wissenschaftlicher Begriffsbildung entgegenwirke. Damit werde der Grundsatz der Selbstkritik auf sich selbst angewendet. Jede normative Begriffsbildung sei an die diskursive Kritik und Neubestimmung durch die Normunterworfenen zurückgebunden. Fest stehe allein der Grundsatz der Kritik selbst, welcher nichts anderes sei als der Grundsatz der Rechtfertigung und Begründungsbedürftigkeit. Das Medium für Rechtfertigung und Begründung sei die rechtfertigende Vernunft als kritische und öffentliche Vernunft. Dieser Grundsatz der Begründungsbedürftigkeit sei transzendental und den konkreten sozialen Verhältnissen vorgelagert, zugleich sozial immanent und historisch kontingent in den Lebenswelten, in denen die Menschen, welche sich am Diskurs beteiligen, gesetzt sind. Wo der Grundsatz der Rechtfertigung und Begründungsbedürftigkeit gelebt und angewandt werde, seien Räume der gesellschaftlichen Rechtfertigung geöffnet und Fortschritt im Geiste der Emanzipation sei zumindest möglich, vielleicht wirklich.⁸⁰

Auf der Grundlage einer deskriptiven und normativen kritischen Theorie von Rechtfertigungsordnungen sei es möglich, emanzipatorische von nicht emanzipatorischen Entwicklungen in einer Gesellschaft zu unterscheiden und Errungenschaften bzw. gesellschaftliche Lernprozesse als gesellschaftlichen Fortschritt zu erkennen.⁸¹ Die normative Perspektive bezöge sich dabei auf einen ahistorischen Fluchtpunkt. Rechtfertigungsordnungen würden deskriptiv als historisch verfügbare soziale Tatsachen analysiert, zudem normativ als Ordnungen mit dem Anspruch auf Rechtfertigung. Damit seien bestimmte historische und/oder gesellschaftliche Zustände für die Kritik geöffnet für das Medium der rechtfertigenden Vernunft. Diese Vernunft werde dabei nicht zur suprahistorischen Macht erhoben, sondern sie sei historisch verwendbar als individuelle oder gesellschaftliche Überzeugung von dem, was als vernünftig galt und gilt. Aus dieser Perspektive lasse sich ein Begriff des gesellschaftlichen Fortschritts im emanzipatorischen Interesse bestimmen.⁸² Unhistorisch sei das Prinzip der Kritik, das Rechtfertigungsbedürfnis und die rechtfertigende Vernunft als ständige prozedurale Aufgabe.

⁷⁹ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 9.

⁸⁰ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 33.

⁸¹ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 16-17.

⁸² Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 18.

Das sei „*eher kantisch als aristotelisch gedacht und nahe an Marx*“ - und setze keine materiale Wertethik („Theorie des guten Lebens“) voraus.⁸³

Die Absicht sei die Wiedergewinnung politischer Autonomie des Einzelnen, welche mit einer Überwindung des entfremdet-entkoppelten Verhältnisses zwischen dem Einzelnen und den gesellschaftlichen Strukturen, in welche der Einzelne gesetzt ist, zu erreichen sei. Der Prozess der Vergemeinschaftung des Individuums wirke die Freiheit des Einzelnen gefährdend auf diesen zurück, die Resultate (Forst benennt diese im Rückgriff auf Horkheimer, Traditionelle und kritische Theorie, Zeitschrift für Sozialforschung 6, 1937, S. 245 [259]: „*Verschwendung von Arbeitskraft und Menschenleben, mit seinen Kriegszuständen und dem ganzen sinnlosen Elend als unabänderliche Naturgewalt, als übermenschliches Schicksal*“) der Vergemeinschaftung (Familie, Arbeit, Wirtschaft, Staat) seien dem Individuum entfremdet und es könne sich tendenziell nicht mehr als (Mit-)Autor der Normen/Rechtfertigungsordnungen erkennen und verstehen, denen der Einzelne unterworfen sei.⁸⁴

Schlüsselbegriffe einer kritischen Theorie von Rechtfertigungsordnungen seien

- Gerechtigkeit
- Macht
- Demokratie und
- Menschenrecht.⁸⁵

Diese Begriffe seien von den praktisch-philosophischen Bedeutungen zu entkleiden („*entreifizieren*“) und in ihrem gesellschaftlichen Prozesscharakter zu verstehen.⁸⁶

Politische und soziale Gerechtigkeit sei ein selbst geregelter, individuell-kollektiver Prozess der Vergemeinschaftung, gerichtet auf die Herstellung sozialer und politischer Verhältnisse, welche nicht nur „*reziprok-allgemein gerechtfertigt werden können, sondern selbst auf dem Wege der Rechtfertigung etabliert werden und darauf abzielen, eine Grundstruktur der Rechtfertigung zu realisieren*“.⁸⁷ Für die Evaluierung gesellschaftlich wirksamer Normen, Wertvorstellungen und Rechtfertigungsordnungen böte sich allein der diskursive Begründungsmodus an, der darauf abziele, reziprok-allgemein nicht zurückweisbare Normen auszumachen, und dafür die Grundlage fundamentaler Gerechtigkeit, einer Grundstruktur der Rechtfertigung unter Freien und Gleichen,

⁸³ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 14.

⁸⁴ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 24.

⁸⁵ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 19-24.

⁸⁶ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 19.

⁸⁷ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 18.

als unabdingbar zu erkennen und zu verwirklichen.⁸⁸

Die Frage der gesellschaftlichen Macht, als politische, kollektiv gestaltende Macht, stehe im Zentrum des Gerechtigkeitsbegriffs und dessen Verwirklichung.⁸⁹ Macht sei *„prozessual als das Vermögen zu begreifen, den Raum der Gründe für andere bestimmen oder gegebenenfalls sogar verschließen (oder auch aufschließen) zu können, ob durch ein gutes Argument, eine ideologische Rechtfertigung oder eine Drohung. Soziale Macht „sitzt“ nicht in irgendwelchen Mitteln oder Institutionen oder Strukturen, sondern im NOUMENALEN Raum, in dem um Hegemonie gestritten wird. So ist der Begriff der Macht weder positiv noch negativ besetzt, sondern neutral; (...).“*⁹⁰

Die Demokratie und deren Verwirklichung in demokratischen gesellschaftlichen Verhältnissen sei *„kein feststehendes Institutionenmodell, sondern ist als Prozess der Kritik und der Rechtfertigung, innerhalb und außerhalb von Institutionen, zu verstehen, in dem es darum geht, dass die Herrschaft Unterworfenen die Koautoren ihrer Ordnung werden.“* Die Demokratie sei die politische Form der Gerechtigkeit und innerhalb einer gut begründeten Rechtfertigungsordnung könne es keine Repräsentationsstrukturen und Strategien der Konfliktlösung geben, welche nicht in demokratischer Form und demokratisch legitimiert etabliert seien.⁹¹

Der erste Ort der Menschenrechte sei die historisch konkrete normative Rechtsordnung, in welche der Einzelne gesetzt sei. Nur dort und im konkreten Verhältnis begänne die politische Selbstbestimmung, welche im Zentrum der Idee der Menschenrechte stehen. Diese Selbstbestimmung umfasse nicht nur Zugang und Partizipation zur Willensbildung. Von dieser Selbstbestimmung sei die Ausgestaltung aller Rechte, welche der Person einen Status als freie und gleiche Rechtsautorität sicherten, mit umfasst.⁹²

- 2 Die Einladung von Forst zur (1) permanenten Kritik und (2) zur Überprüfung der kritischen Maßstäbe, welche (a) an Rechtfertigungsordnungen und (b) an die Kritik selbst anzulegen seien, ist mit den Grundbegriffen einer Metaphysik der Sitten, wie diese in

⁸⁸ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 20.

⁸⁹ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 19.

⁹⁰ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 22, weitere Begriffsentwicklung „noumenale Macht“ auf den S.58-81. Das reale Phänomen der Macht sei gänzlich im intelligiblen/noumenalen Raum zu verorten, im Raum der Gründe als Raum der Rechtfertigungen. Macht werde nur durch und über frei Handelnde ausgeübt. Sie liege nur dort vor, wo jemand aus Gründen handelt, für die andere verantwortlich seien - Gründe also, welche der Handelnde nicht gehabt hätte. Macht unterworfen zu sein bedeute, von Gründen geleitet zu werden, welche andere gegeben haben und die mich unter die Intentionen anderer subsumieren, S. 59-60.

⁹¹ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 23, wiederholend: 55-56.

⁹² Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 23-24.

RuG aufgenommen und weiter entwickelt sind, anzunehmen.

Diese Kritik betrifft indes als erstes den Kristallisationskern der Überlegungen zu einer kritischen Theorie der Rechtfertigungsordnungen bei Forst, welche den Ausgang nimmt von der Rechtfertigungsordnung selbst.

Von diesem Ausgangspunkt erscheinen die Freiheit und die Gleichheit nicht als ursprüngliches Menschenrecht, sondern lediglich als Zuweisung von Rechten, ausgehend von der normativen Ordnung, oder was bei Forst dasselbe ist: Zuweisung ausgehend von der Rechtfertigungsordnung. Die Redeweise von einer somit heteronomen und von der normativen Ordnung abgeleiteten politischen Selbstbestimmung bei Forst, welche im Zentrum der Idee der Menschenrechte stehe, welche die Freiheit und Gleichheit der Personen sichere, ist zumindest fragwürdig. Die Argumentationsrichtung dieser kritischen Theorie, von der Vergemeinschaftung auf die individuelle Berechtigung, letztere als Zuweisungsgehalt, zu schließen, kehrt die Verhältnisse kontraintuitiv um. Die selbstgestellte Aufgabe, Entfremdungsverhältnisse zu überwinden zwischen Individuum und Gemeinschaft, dürfte mit dieser Ableitung kaum zu bewältigen sein. Eine Vermittlung des Konkreten mit dem Allgemeinen ist so versperrt. Die Freiheit und die Gleichheit treten in dieser von Forst eingeschlagenen Begründungsrichtung dem Einzelnen stets als Fremdes, akzidentiell-Objektives gegenüber.

Nicht nur intuitiv einleuchtender sind die Grundbestimmungen in der Metaphysik der Sitten, Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre, wie in RuG aufgenommen und weiter entwickelt. Das angeborene Recht ist nur ein einziges. Freiheit und Gleichheit sind nicht zugewiesen, sondern ursprüngliche Rechte des Einzelnen, welche jeder positiven normativen Ordnung vorhergehen. Die Freiheit und Gleichheit sind die Substanz des Rechtsverhältnisses. Das Rechtsverhältnis und damit jede normative Ordnung/Rechtfertigungsordnung sind von der individuell-intersubjektiven Freiheit und Gleichheit abgeleitet. Jede Vergemeinschaftung und deren Institutionen sind dem Subjekt, welches die Substanz ist, akzidentiell.

Das Menschenrecht ist zunächst nur eines, nämlich das der Freiheit. *„Freiheit, sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht. - Die angeborene Gleichheit, dass es die Unabhängigkeit, nicht zu mehreren von anderen verbunden zu werden, als wozu man sie wechselseitig auch verbinden kann; mithin die Qualität des Menschen, sein eigener Herr (sui iuris) zu sein, im gleichen die eines unbescholtenen Menschen (iusti), weil er, vor allem rechtlichen Akt, keinem Unrecht getan hat; endlich auch die Befugnis, das gegen andere zu tun, was an sich Ihnen das Ihre nicht schmälert, wenn sie sich dessen nur nicht annehmen wollen; dergleichen ist ihnen bloß seine Gedanken mitzuteilen, ihnen etwas zu erzählen oder zu versprechen, es sei wahr und aufrichtig, oder unwahr und unaufrichtig (...), weil es bloß auf ihnen beruht, ob sie ihm glauben wollen oder nicht; - alle diese Befugnisse liegen schon im Prinzip der angeborenen Freiheit, und sind wirklich von ihr nicht*

(als Glieder der Einteilung unter einem höheren Rechtsbegriff) unterschieden.“⁹³

- 3 Unter der Überschrift „*Kritik der rechtfertigenden Vernunft. Die Erklärung praktischer Normativität*“ sucht Forst gleichwohl ausdrücklich den Anschluss an die praktische Philosophie Kants. Forst setzt sich hingegen von dieser mit einem „*stärker praxisimmanenten Ansatz*“ ab.⁹⁴ Die autonome Selbstverantwortung sei in moralischer Perspektive zentral. Der Geltungsanspruch moralischer Normen laute nicht (anders als bei materialen ethischen Werten), „das ist das für mich Gute“, sondern enthalte die Behauptung eines moralisch Gesollten, wie es für jede Person wechselseitig und allgemein gälte.⁹⁵ Moralische Normen seien dem Anspruch nach kategorisch, unbeding, wechselseitig und allgemein einforderbar (Geltungsanspruch). In konkret-allgemeinen moralischen Zusammenhängen gälte der Grundsatz der reziprok-allgemeinen Rechtfertigung als Prinzip der praktischen Vernunft.⁹⁶ Moralische Rechtfertigung bedeute, dass Normen auf Gründen beruhen müssen, die nicht reziprok-allgemein zurückweisbar seien.⁹⁷

„Dem Rechtfertigungsprinzip entsprechend hat in moralischen Kontexten jede Person ein gleiches Recht auf Rechtfertigung all jener Normen, die für sie moralisch bindend zu sein beanspruchen. Ihre moralische Autonomie oder `Würde` liegt darin, als `Zweck an sich selbst` insofern zu gelten, als sie eine gleichberechtigte Rechtfertigungsautorität moralischer Normen ist und das grundlegende moralische Recht hat, als solche zu gelten.“⁹⁸

Aus der Perspektive des Einzelnen unterscheidet Forst in der Welt des Normativen drei Sphären der Normativität:

(1.) die Normativität der rein gelebten, ungeprüften Rechtfertigungen, die Welt des faktisch Geltenden;

(2.) die rationale Normativität der Vernunftprinzipien, welche es erlaubten und dazu auffordern, das faktisch geltende zu hinterfragen, das ist die Welt des kontrafaktisch Geltenden, und

(3.) die Welt der Kritik, welche die normative Welt der reflektierten Normen sei, die als

⁹³ Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung in die Rechtslehre/Einteilung der Rechtslehre, AA VI S. 237-238.

⁹⁴ Forst, Rainer: *Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen*, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 40.

⁹⁵ Forst, Rainer: *Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen*, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 47.

⁹⁶ Forst, Rainer: *Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen*, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 47-48.

⁹⁷ Forst, Rainer: *Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen*, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 48.

⁹⁸ Forst, Rainer: *Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen*, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 48-49.

gerechtfertigt gelten dürfen, sei es faktisch, weil sie aus angemessenen diskursiven Verfahren hervorgegangen seien, sei es kontrafaktisch, weil sie uns bei bester Prüfung als die am besten gerechtfertigten erscheinen.⁹⁹

Der 2-Welten-Lehre vom Sein und Sollen (den zwei Naturen des Menschen) werde somit die 3. Welt der Kritik hinzugefügt.¹⁰⁰ Bei der Begründung von Normen, der aus Normen resultierenden Normativität und bei der Evaluierung von Rechtfertigungen seien alle drei Aspekte der Normativität als deren Konkret-Allgemeines im Blick zu behalten. Oberster Grundsatz dieser kritischen Theorie sei die Kritik selbst.¹⁰¹

Es seien Rechtfertigung und die Begründung, welche den Kontext für die Normativität der Regelsetzung abgäben, in welchem die Normativität „ihren Ort hat“.¹⁰² Wer diese Praxis des Rechtfertigens und Begründens recht verstehe, der verstehe auch ihre Regeln und ihre Prinzipien. Darin läge die Antwort auf die Frage nach der Normativität: in einer permanenten Kritik der rechtfertigenden Vernunft, welche sich auf Menschen in ihren konkreten kulturellen und sozialen Rechtfertigungskontexten beziehe, in denen sie existierten und in denen sie theoretische wie praktische Fragen beantworten müssten.¹⁰³ Die kritische Theorie von Rechtfertigungsordnung sei insofern nicht nur die philosophische Rekonstruktion der praxisimmanenten Logik der Rechtfertigung, sondern zudem eine ständige Selbstkritik, welche ihrer eigenen Verstetigung, Verhärtung und Verkümmern entgegenwirke. „Niemand anders freilich kann das Geschäft der Vernunftkritik betreiben als die Vernunft selbst.“¹⁰⁴

Das Menschsein und die Vernünftigkeit des Menschen sei dadurch ausgezeichnet, dass der Mensch rechtfertigend sich zu verantworten habe und das Vermögen der Vernunft sei die Fähigkeit, für Meinungen und Handlungen Rede und Antwort zu stehen (= verantwortlich zu sein).¹⁰⁵ Der begriffliche Nachvollzug individueller Rechtfertigung sei gleichbedeutend mit dem begrifflichen Nachvollzug des Vernunftgebrauchs. Die Vernunft sei damit die wesentliche normative Größe, nicht nur das Mittel oder „Instrument“ zur Begründung von Normativität, sondern die Normativität direkt bewirkend: „Sie bindet uns.“¹⁰⁶ Erklärt sei damit die Normativität der Normen, die durch das

⁹⁹ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 40-41.

¹⁰⁰ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 41.

¹⁰¹ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 57.

¹⁰² Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 38.

¹⁰³ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 38.

¹⁰⁴ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 42.

¹⁰⁵ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 37.

¹⁰⁶ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 39-40.

Rechtfertigungsverfahren gegangen und für gut befunden wurden. Dem gegenüber bedürfe die Normativität des Rechtfertigungsprinzips selbst, welches Forst mit dem Sittengesetz und/oder dem kategorischen Imperativ gleichsetzt, keiner rechtfertigenden Gründe. Denn das Faktum der Vernunft, welche dadurch praktisch werde, liege darin, dass sie selbst moralisch bindend und befehlend sei und die Pflicht zur Rechtfertigung enthalte.¹⁰⁷

„Worin also liegt die Quelle der moralischen Normativität? Auf einer ersten reflexiven Ebene liegt sie im Rechtfertigungsverfahren von Reziprozität und Allgemeinheit, die die rechte Balance von mir, konkreten Anderen und allen Anderen hält. Auf einer tieferen Ebene liegt sie in der Reflexion auf mich als rechtfertigendes Wesen begründet, das Gründe `braucht`, also benötigt und verwendet, und zwar so, dass ich erkenne und anerkenne, immer schon zur Rechtfertigung auf eine bestimmte Weise verpflichtet zu sein. Rechtfertigungswesen zu sein ist ein normativer Status mit Rechten und Pflichten, und das Verstehen dieser meiner ursprünglichen Verantwortlichkeit gegenüber und mit anderen enthüllt die basale, grundlegende Normativität. Moralische Normativität wird im rechten Binden des Knotens der Selbstverantwortung geschaffen, aber nur mithilfe des Rechtfertigungsprinzips, das mich, Dich und uns bindet und verbindet, als moralisch autonom gewesen. Darin liegt die Wahrheit vom Zusammenhang von selbst Konstitution und Moral, aber nur auf das moralische selbst bezogen, nicht auf das Selbstsein generell.“¹⁰⁸

- 4 Die Begründung von Normativität aus Rechtfertigung und Normbegründung aus einer permanenten Kritik von Rechtfertigung und Normbegründung wirft mehr Fragen auf, als dass die Frage nach der Normativität von Forst beantwortet wird. Ob der Anschluss an die praktische Philosophie Kants gelungen ist und ob das Prinzip „permanenter Kritik von Rechtfertigungsordnungen“ eine zutreffende und vollständige Auslegung des kategorischen Imperativs zur Begründung von Normativität ist und sein kann, dürfte mit guten Gründen infrage gestellt werden können. Der Grundsatz der permanenten Kritik und der Evaluation von Rechtfertigungsordnungen nach emanzipatorischen Absichten ergibt vordergründig keine sachhaltige Antwort auf die Frage nach dem „Was soll ich tun“ bis auf die, ständig zu kritisieren. Der Grundsatz der permanenten Kritik bleibt kritisch und wird nicht konstitutiv. Dies ist beim kategorischen Imperativ, welcher richtigerweise nicht formalistisch verstanden werden kann, sondern ein sachlich-inhaltlich orientiertes Prüfungsverfahren für (1) die subjektive Maximenbildung und (2) das Rechtshandeln vorgibt, anders.

Bereits im ersten und oberflächlichen Zugriff auf die kritische Theorie von den

¹⁰⁷ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 50-51.

¹⁰⁸ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 53.

Rechtfertigungsordnungen ist festzustellen, dass eine Definition von Normativität fehlt. Auch nach mehrmaligem Durchlesen ist eine Begriffsbestimmung dergestalt, „Normativität ist (...)“, nicht zu finden. Eine intrinsisch motivierende Kraft aus der Norm selbst, also eine „Verbindlichkeit = Notwendigkeit einer inneren oder äußeren Handlung unter dem Gesetz“ kantischer Prägung oder gleichwertig, entwickelt Forst nicht. Forst entwickelt zwar mit Legitimität, Demokratie und Gerechtigkeit die begrifflich-abstrakten Bedingungen, unter denen die Normativität politischer Ordnungen stehe.¹⁰⁹ Was allerdings Normativität sei, wird damit nicht erklärt. An die Stelle der Normativität, also eines im kantischen und köhlerschen Sinn freiheitlich begründeten Sollens, tritt bei Forst der Begriff der -Macht-. Dieser Begriff wird vordergründig wertneutral verwendet. Explizit wird das Verhältnis zwischen Sollen / Rechtfertigung / Macht bei Forst indes nicht. Macht sei *„prozessual als das Vermögen zu begreifen, den Raum der Gründe für andere bestimmen oder gegebenenfalls sogar verschließen (oder auch aufschließen) zu können, ob durch ein gutes Argument, eine ideologische Rechtfertigung oder eine Drohung. Soziale Macht „sitzt“ nicht in irgendwelchen Mitteln oder Institutionen oder Strukturen, sondern im NOUMENALEN Raum, in dem um Hegemonie gestritten wird. So ist der Begriff der Macht weder positiv noch negativ besetzt, sondern neutral; (...).“*¹¹⁰

Dieser Begriff einer die Normativität ersetzenden Macht bleibt freilich blass und ohne kritisches Potenzial im von Forst beabsichtigten Sinn einer normativen Gesellschaftstheorie, welche auf die Überwindung entkoppelt-entfremdeter Herrschaftsverhältnisse und im allgemein emanzipatorischen Interesse auf die Herstellung einer Gesellschaft von Freien und Gleichen zielt. Vor diesem -Macht-begriff sind alle Katzen grau (alle normativen Ordnungen unterschiedslos gültig) und es ist nicht zu erkennen, unter welchen Bedingungen von einer positiven normativen Ordnung und unter welchem Rechtfertigungsnarrativ von einer gut begründeten Geltung im Sinne dieser „kritischen Theorie“ ausgegangen werden kann.

Nur in der inneren Logik seines Konzepts zutreffend stellt Forst das rundum gut begründete Argument mit der ideologisch eng geführten Rechtfertigung und mit der Drohung als Mittel der Ausübung von Macht gleich. Damit ist die eigentlich nur rhetorische Frage aufgeworfen, ob eine kritisch-normative Gesellschaftstheorie sich mit einem solchen Begriff von Normativität (oder: einem die Normativität ersetzenden Machtbegriff) zufriedengeben kann. Diese Frage trägt die Verneinung in sich. Die Antwort liegt auf der Hand: Selbstverständlich nicht.

¹⁰⁹ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 186-197.

¹¹⁰ Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 22, weitere Begriffsentwicklung „noumenale Macht“ auf den S.58-81. Das reale Phänomen der Macht sei gänzlich im intelligiblen/noumenalen Raum zu verorten, im Raum der Gründe als Raum der Rechtfertigungen. Macht werde nur durch und über frei Handelnde ausgeübt. Sie liege nur dort vor, wo jemand aus Gründen handelt, für die andere verantwortlich seien - Gründe also, welche der Handelnde nicht gehabt hätte. Macht unterworfen zu sein bedeute, von Gründen geleitet zu werden, welche andere gegeben haben und die mich unter die Intentionen anderer subsumieren, S. 59-60.

Es ist aus dieser unzureichenden Schärfentiefe im Blick auf die Rechtfertigung von Macht die Frage provoziert, welches das kritische Prinzip der normativen Evaluierung von normativen Ordnungen und der diesen zugrunde liegenden Rechtfertigungsnarrative sein kann. Dies wird von Forst auf der Grundlage einer Kritik der Rechtfertigungsordnungen nicht angegeben. Was ist richtig und was ist falsch? Was ist gerecht, was ist ungerecht?¹¹¹ Was ist der Prüfstein? Welches sind die Leitplanken? Wie funktioniert der moralische oder rechtliche Lackmus-Test? Welche Verfahren sind „demokratisch“, welche sind es nicht, wie sind zulässige und unzulässige Argumente („triftige Gründe“) zu erkennen? Welche Rolle spielt das positive Recht dabei? Ist es tatsächlich so, dass jede soziale Rechtfertigung den Diskursen der beteiligten Akteure überantwortet werden kann?¹¹² Gibt es dafür Grenzen?¹¹³ - und wie sind diese Grenzen innerhalb der kritischen Theorie von den Rechtfertigungsordnungen begründet und ihrerseits begrenzt? – usw. Dies bleibt alles im Dunkeln und könnte möglicherweise mit dem behaupteten Anschluss an die praktische Philosophie Kants weiter schlüssig aufgeklärt werden. Erkennbar nimmt Forst an verstreuten Stellen deren Grundbegriffe (Freiheit, Gleichheit, Selbstzweck usw.) in Bezug, indes eher undeutlich und begrifflich nicht weiter ausgearbeitet. Das in den zudem nur unvollständig (die Rechtslehre bleibt unberücksichtigt) aufgenommenen Grundbegriffen der praktischen Philosophie bei Kant liegende kritische Prinzip wird von Forst jedoch nicht fruchtbar gemacht.

Obwohl der Begriff der Gerechtigkeit an verschiedenen Stellen erörtert und dessen herausgehobene Stellung im Begriffssystem betont wird, bleibt der Begriff der Gerechtigkeit unvermittelt zu dem Begriff der Rechtfertigungssubjektivität, welchen Forst seiner kritischen Theorie zu Grunde legt. Der Grund liegt darin, dass Forst keinen

¹¹¹ Aus juristischer Perspektive bleibt für die Beantwortung dieser Frage auch das Kapitel „Gerechtigkeit nach Marx“, Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 171-185, unergiebig. Es sei nicht nur auf die Güterverteilung unter einem nicht näher ausgewiesenen Begriff von Verteilungsgerechtigkeit zu blicken, sondern entscheidend sei die Beantwortung der Frage nach den Strukturen der Produktion und der Herrschaft über die Produktions- und Verteilungsverhältnisse. Niemand dürfe Normen oder Verhältnissen unterworfen werden, die ihm gegenüber nicht angemessen gerechtfertigt werden könnten, S. 184. Dies seien „politische“ Fragen, S. 184. Dazu ist zu ergänzen: In einer vollständig entwickelten normativen Gesellschaftstheorie (welche die kritische Theorie von den normativen Ordnungen/Rechtfertigungsordnungen noch nicht ist) ist die Frage nach einer gerechten Verteilung und nach einer gerecht strukturierten Produktion und die weitere Frage nach der gerechten Herrschaft über die Verteilung eine Rechtsfrage, welche in der Konsequenz stets und immer die Frage nach dem gerechten (also hinreichend freiheitlich begründeten und gerechtfertigten) Rechtszwang aufwirft. Dies und der Rechtszwang geraten bei Forst überhaupt nicht in den Blick.

¹¹² So könnte das Kapitel „Eine Soziologie der Rechtfertigung“ in Forst, Rainer: Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen, Berlin 2. Aufl. 2018, S. 26 ff. zu lesen und zu verstehen sein, in welcher zusätzlich zur praktischen Philosophie bei Kant der Anschluss an die Theorie des kommunikativen Handelns von Habermas behauptet wird. „*Es ist daher entscheidend, dass die Konstruktion der Gerechtigkeit die autonomen Leistung derer ist, um die es geht; deshalb ist die Gerechtigkeit eine reflexive Tugend, die sich auf ihre eigenen diskursiven Bedingungen bezieht und positive Normen einer dauerhaften Kritik unterzieht: einer Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Demzufolge ist die Macht der Rechtfertigung die eigentliche Macht - die `geistige` Macht in unseren Köpfen, die uns bestimmte Verhältnisse als unveränderlich und natürlich vorstellt.*“ S. 184-185.

¹¹³ Z.B. die sogenannte Radbruch-Formel, 3. Minute der „5 Minuten Rechtsphilosophie“ in Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, Stuttgart 1973, S. 327-328.

Rechtsbegriff entwickelt, erst recht keinen freiheitlichen Rechtsbegriff ausformuliert und somit nicht die Möglichkeit erarbeitet, zwischen moralischen Normen/moralischen Rechtfertigungsordnungen und rechtlichen Normen/rechtlichen Rechtfertigungsordnungen zu unterscheiden.

Diese Unterscheidung ist für die Konstituierung eines bürgerlichen Zustands und eines freiheitlichen Verhältnisses der Personen in rechtlicher Vergemeinschaftung nach Gerechtigkeitsgrundsätzen freilich essentiell. Es ist -zugespitzt- die Unterscheidung zwischen einem tendenziell unfreiheitlichen Moral- und Tugendstaat auf der einen und einem freiheitlichen Rechtsstaat auf der anderen Seite. Der Rechtsbegriff bei Kant, nach welchem das Recht der Inbegriff der Bedingungen sei, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden könne, aber nur insoweit, als deren Handlungen als äußere Faktizität (also in Raum und Zeit) einander beeinflussen können, ist dem Konzept eines freiheitlichen Rechtsstaates moderner Prägung angemessen.

Mit dieser Unterscheidung ist zudem die Möglichkeit des hinreichend begründeten Rechtszwangs gegen rechtswidrige Handlungen, rechtswidrige interpersonale Verhältnisse und rechtswidrige gesamt-gesellschaftliche Zustände eröffnet. Unter diesem Gesichtspunkt einer strikten Unterscheidung zwischen der Moralität und der Legalität einer Handlung sind die Evaluationskriterien, nach denen moralische Rechtfertigungsordnungen und rechtliche Rechtfertigungsordnungen zu bewerten sind, unterschiedlich auszurichten. Soweit erkennbar, wird dies derzeit in der „kritischen“ Theorie von normativen Ordnungen/Rechtfertigungsordnungen bei Forst nicht geleistet. Hier bleibt Arbeit übrig. Die kritischen Begriffe sind in dieser kritischen Theorie von den Rechtfertigungsordnungen noch zu ergänzen.

II Christoph Menke: „Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität“¹¹⁴

Auf dem Boden der „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ und der „Phänomenologie des Geistes“ verfolgt Menke zwei Fragestellungen zur Analyse und Überprüfung in realer Sittlichkeit liegender normativer Geltungsansprüche:

(1.) In der funktionalen Analyse würden in der Sittlichkeit verankerte normative Überzeugungen auf ihre Naturalisierung (= Verfestigung, Verdinglichung, Entkoppelung, Herausbildung einer dem Subjekt objektiven 2. Natur) untersucht und die dahinterstehenden nicht-bewussten Interessen, welche möglicherweise auf verfestigte gesellschaftliche Praktiken der Ausbeutung und Unterdrückung und deren Reproduktion¹¹⁵

¹¹⁴ Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 117-138.

¹¹⁵ Menke denkt -als Beispiel- dabei an die spezifisch kapitalistischen Formen von Ausbeutung und Unterdrückung in einem rein marktwirtschaftlich organisierten System der Arbeitsteilung, der

zielen, präpariert.

(2.) In der genealogischen Analyse werde die Transformation

- vorsittlicher Gestalten des Geistes und unbewusster normativer Grundentscheidungen auf der einen Seite
- in eine verfestigte sittliche Praxis habituell gesicherter und von allgemeinen Überzeugungen getragener Geltungsansprüche auf der anderen Seite

untersucht.¹¹⁶

Sowohl die funktionale, als auch die genealogische Analyse seien auf die Aufklärung des Sittlichen als einer nicht bewusst wirkenden Macht über den Einzelnen gerichtet.¹¹⁷

Eine kritische Theorie, „*die eine funktionale Analyse mit einer genealogischen Erklärung der Naturhaftigkeit des Normativen verbindet, ist die Aufklärung über diese Differenz*“ zwischen funktional-unbewusster und genealogisch-unbewusster Transformation vorsittlicher Normen in die Sittlichkeit.¹¹⁸

- 1 In das Zentrum der Überlegungen, ob Verbindlichkeit, Sollen und Normativität überhaupt möglich sind, wird von Menke Hegels Imperativ aus § 36 („sei eine Person“) der Grundlinien der Philosophie des Rechts gerückt. Menke stellt diesen Imperativ in den eigenen Begründungsgang ein, macht sich diesen Imperativ zu Eigen und sieht in diesem Imperativ eine von ihm als Tatsache festgestellte Regel, aus welcher eine Notwendigkeit zum Sollen mit gesollt voluntativ-dezisionistischem Einschlag folge. Es wird bei Menke freilich nicht ganz klar, ob diese Entscheidung zur Sittlichkeit in intersubjektiv vertretbarer Weise nicht auch anders getroffen werden könnte:

„So wenig wie vor der Sittlichkeit überhaupt irgendetwas gefragt werden kann, so wenig kann das nicht bewusste sittliche Urteil als eine Antwort auf diese Frage verstanden werden. Und doch findet zwischen der vorsittlichen Natur und dem sittlichen Geist ein eigentümlicher Dialog statt. Nur ist das nicht der

kapitalistischen Produktionsweise, Güterverteilung und des kapitalistisch organisierten Konsums, Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 132. *„Die funktionale Analyse erklärt die Verkehrung des Sittlichen in eine zweite Natur durch ihren Beitrag zur Reproduktion von sozialen Verhältnissen der Ausbeutung und Unterdrückung. (...) Die funktionale Erklärung der Naturalisierung impliziert ihre Kritik: dass sie funktional zur Reproduktion von Ausbeutung und Unterdrückung beiträgt, zeigt, dass die Naturalisierung falsch ist. Kritik bedeutet hier daher die Denaturalisierung, die Bekämpfung und Auflösung der Naturhaftigkeit des Normativen (als ideologischer Schein).“*, S. 137.

¹¹⁶ Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 133.

¹¹⁷ Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 138.

¹¹⁸ Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 138.

Austausch zwischen einer Forderung nach und einem Geben von Gründen. Der Austausch zwischen der vorsittlichen Natur und den sittlichen Geist entspricht vielmehr dem bekannten Austausch zwischen Kind und Erwachsenem, mit dem aller Versuch der Begründung irgendwann endet:

*Kind: warum (soll ich nicht lügen)?
Erwachsener: Darum! (Weil man nicht lügt.)*

Warum soll ich das tun? Weil Du es sollst; weil dies zu sollen die Bedingungen des Sollens überhaupt ist. Die Antwort des sittlichen Geistes auf die Frage nach dem Warum, die die vorsittliche Natur ihm stellt (einfach weil sie existiert), besteht in der Bekräftigung des Befehlscharakters der Sittlichkeit (also ihrer Macht, als Substanz). Sie besteht in dem Imperativ: „sei eine Person“ - werde oder sei ein Teilnehmer sittlicher Praktiken, indem Du so urteilst. Die Antwort der Sittlichkeit auf die Warum-Frage, die die vorsittliche Natur ihr stellt, ist ein bloßer Imperativ, weil sie ohne Gründe bleiben muss; denn gegenüber der Natur gibt es keine Gründe.“

Das Faktum der praktischen Vernunft, welches bei Immanuel Kant im Ausweis des kategorischen Imperativs liegt, verortet Menke diffus in einer nicht näher ausgewiesenen „vorsittlichen Natur“, aus welcher das Gebot der Sittlichkeit (als Macht und Substanz) zur Sittlichkeit folge.

- 2 Normativität sei in verwirklichter Sittlichkeit für die Teilnehmer an der Sittlichkeit als „zweite Natur“. Sollensanforderungen, Geltungsansprüche, Imperative des Rechts und der Tugend träten den Einzelnen gegenüber als nicht veränderbare Regelsysteme, ähnlich fixiert und nicht zu hintergehen wie die Gesetzmäßigkeiten der Kausalitätszusammenhänge in der ersten Natur, der Welt der Naturwissenschaften: „Zweite Natur heißt Naturalisierung: die Wiederholung der Natur im Sozialen.“¹¹⁹ Normativität als Sozialität schlage in Natur um - konkret: in Gewohnheiten, Mechanismen, Automatismen, welche unbewusst und ohne subjektive Zwecksetzung reproduziert würden. Normativität werde damit die anonyme soziale Macht, welche über die Teilnehmer an der Sittlichkeit herrsche und deren Handlungsgründe unbewusst und entkoppelt von autonomer Zweck- und Regelsetzung bestimme.

Menke modelliert den Begriff der Sittlichkeit bei Hegel als „die Weise, wie die Normen sozialer Praktiken für die Subjekte da sind, die an ihnen teilnehmen. Sie sind es in Gestalt von `Sitten´. So aber eignet den Normen sozialer Praktiken ein unauflösbares Moment der `Objektivität´, `Autorität´, `Notwendigkeit´ und `Macht´. `Sittlichkeit´ heißt, dass die sozialen Praktiken den Charakter einer verselbstständigten zweiten Natur annehmen.“¹²⁰

¹¹⁹ Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 120.

¹²⁰ Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 121.

So von Menke entwickelt, tritt der Begriff der Sittlichkeit und der Begriff von einer in der Sittlichkeit gefassten Normativität dem Einzelnen fremd gegenüber. Der Einzelne sei seinen sozialen Verhältnissen (verstanden als normativ verfasste soziale Praxis) grundsätzlich entfremdet und könne sich selbst nur noch als einer anonymen Macht unterworfen verstehen. Dies Modell von „Sittlichkeit“ bei Menke als „zweiter Natur“ dürfte eine Mitautorschaft des Einzelnen an den normativen Verhältnissen, in welche der Einzelne eingelassen ist, ausschließen. Als Gestalt des sich sozial verwirklichenden Geistes sei die reale Sittlichkeit Substanz, welcher gegenüber sich jede Individualität/Subjektivität als Akzidenz und unselbstständige Seinsweise wiederfinden müsse.¹²¹

Diese Entfremdung vom Sittlichen werde im Begriff der „Macht“ ausgedrückt, welche subjektive Urteile und Entscheidungen im sozialen Vollzug von Gründen und Rechtfertigungen entkoppelt und für deren Sittlichkeit auf Gewohnheit, allgemeine Überzeugung und habituelle Verfestigung verweise. In diesen kritikresistenten Verstetigungen als Kontext menschlichen Verhaltens sei die Sittlichkeit für den Teilnehmer an ihr bestimmend, substantiell und eine -Macht-.

- 3 Damit wird von Menke die Frage aufgeworfen, ob in einem realen sittlichen Verhältnis -also in einem Verhältnis der äußeren und inneren Freiheit des einen zur äußeren und inneren Freiheit des anderen- Normativität, Verbindlichkeit und Sollen begründbar seien.¹²² Der von Menke selbst festgestellte Befund ist, dass für den Einzelnen die Teilnahme an einer sittlichen Welt und die Anwendung der in dieser sittlichen Welt existierenden Regeln von der Sittlichkeit selbstbestimmt ist und „*in ihrem Status und Gehalt unverhandelbar*“ seien. Die (1) subjektiv-individuelle Steuerung eigener Handlungsvollzüge und (2) die intersubjektiv-gesellschaftliche Politisierung des Sittlichen stießen an dieser Stelle auf ein unüberwindliches Hindernis für Gestaltung und Realisierung.¹²³ Innerhalb dieser Grenzen bezögen sich die subjektiven heteronom-machtbestimmten Regelsetzungen und Regelanwendungen stets auf eine unbewusste und vor-sittliche Normativität, welche außerhalb der Wechselwirkungen des sittlichen Vollzugs stehe - zwar auf diese bezogen, indes vorgelagert.¹²⁴ Mindestens eine Regel sei als notwendiger vor-sittlicher Normkontext der Verhandlung für die Teilnehmer an der Sittlichkeit der Verhandlung entzogen und könne nicht infrage gestellt werden. Dies sei der Imperativ aus dem § 36 der Grundlinien der Philosophie des Rechts: „*Das Rechtsgebot ist daher: sei eine Person und respektiere die anderen als Personen.*“¹²⁵ Dies sei

¹²¹ Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 121 u.-126.

¹²² Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 135.

¹²³ Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 130.

¹²⁴ Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 131, S. 134 oben.

¹²⁵ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821, Frankfurt am Main 1976, S. 95.

die Urflicht und der erste Imperativ der Sittlichkeit, welcher der vorsittlichen subjektiven Natur (subjektiv grundlos und subjektiv unbewusst) befehle,

- sittlich zu sein durch
- sittliche Regelsetzung und
- sittliche Regelanwendung.¹²⁶

- 4 Es ist fraglich, ob der stark reduzierte Sittlichkeitsbegriff bei Menke¹²⁷ den Begriff der Sittlichkeit bei Hegel zutreffend, d. h. vollständig und richtig wiedergibt. Bei Menke ist der Begriff des Sittlichen bei Hegel auf die Existenz sittlich-normativ gesteuerter sozialer Praktiken für die Subjekte reduziert, wobei die Regeln sittlich machtbestimmt und nicht autonom gesetzt seien. Der Begriff der Sittlichkeit bei Hegel hingegen scheint gehaltvoller zu sein und kann im § 142 Grundlinien der Philosophie des Rechts durchaus normativ verstanden werden, auch wenn der Wortlaut es nicht unmittelbar hergibt. § 142 Grundlinien der Philosophie des Rechts lautet: *„Die Sittlichkeit ist die Idee der Freiheit, als das lebendige Gute, dass in dem Selbstbewusstsein sein Wissen, Wollen und durch dessen Handeln seine Wirklichkeit, so wie dieses an dem sittlichen Sein seine an und für sich seiende Grundlage und bewegenden Zweck hat, - der zur vorhandenen Welt und zur Natur des Selbstbewusstseins gewordene Begriff der Freiheit.“*¹²⁸

Der Begriff der subjektiven Freiheit als der zentrale Inhalt und als das dynamisch-bestimmende Moment des Sittlichkeitsbegriffs bei Hegel taucht in Menkes deskriptiv-statischer Modellierung sittlicher Normativität nicht auf.

- 5 Es ist weiter fraglich, welche konkrete Gesellschaft und welche konkrete normative Ordnung Menke mit dem düster-„kritisch“-dunkelgrauen Bild konkret ausmalt, wenn er von einer Sittlichkeit als objektiver Machtordnung spricht, welche dem Einzelnen fremd und heteronom gegenüberträte. Dieser Sittlichkeitsbegriff Menke dürfte -anders als bei Hegel- rein deskriptiv sein und muss als anspruchsvolle Beschreibung von „Etwas“ in der Wirklichkeit (schon dem eigenen Anspruch nach) eine Entsprechung in der sozialen Wirklichkeit haben, um eine sinnvolle Erörterung und normative Würdigung zu ermöglichen.

Die kritische Diagnose einer entrechteten, entkoppelten und entfremdeten

¹²⁶ Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 136.

¹²⁷ „Hegels Ausdruck „Sittlichkeit“ bezeichnet die Weise, wie die Normen sozialer Praktiken für die Subjekte da sind, die an ihnen teilnehmen. Sie sind es in der Gestalt von `Sitten´.“ Christoph Menke: Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 121.

¹²⁸ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821, Frankfurt am Main 1976, S. 292.

Subjektivität, welche von einer fremdgesteuerten Objektivität überwältigt werde, wird von Menke nicht durch Beispiele, Befunde oder sozialwissenschaftlich belastbare Erkenntnisse belegt. Eine Entsprechung in der Wirklichkeit, also eine konkrete normative Ordnung mit den Eigenschaften, welche Menke beschreibt, dürfte zumindest in der Bundesrepublik Deutschland nicht zu finden sein.

Menke benennt die normativen Ordnungen nicht, auf welche seine Beobachtungen zutreffen sollen, und das aus gutem Grund. Die Milieus und sozialen Kontexte, die sittlichen Ordnungen in modernen, rechtsstaatlich organisierten gesellschaftlichen Strukturen sind plural, vielfältig, untereinander durchlässig und die Teilnahme an dem einen oder dem anderen soziokulturellen Zusammenhang ist grundsätzlich freiwillig, so dass die vollständig heteronome Determination durch *eine* sittliche Ordnung als Befund eher fernliegend erscheint.

Eine Rechtsordnung wie die unter dem Grundgesetz, in welcher grundsätzlich jede Rechtsregel für jeden Einzelnen mit Rechtsmitteln überprüfbar ist, enthält jedenfalls keine nicht-verhandelbaren Regeln, wie Menke es seinem Begriff fiktiver Sittlichkeit unterstellt. Es liegt somit im Dunkeln, worauf, wofür und wogegen sich das kritische Bemühen bei der beschreibenden Feststellung einer „zweiten Natur“ richtet.

- 6 Für den praktisch arbeitenden Juristen wird der Wunsch, die spezifisch rechtliche Normativität in einer kritischen Theorie von einer „zweiten Natur“ bearbeitet und begründet zu sehen, von Menke nicht erfüllt. Die Eigenständigkeit des Rechts als eines intersubjektiven Verhältnisses äußerer Freiheit gerät nicht ins Blickfeld. Auch die gute, d.h. hinreichende Begründung von Rechtszwang wird nicht geleistet, noch nicht einmal als Problem erkannt.¹²⁹ Die Trennung zwischen technischen oder sozialen Regeln, welche

¹²⁹ Dies gilt ebenfalls für die wesentlich umfangreichere Monographie von Menke, Christoph: Kritik der Rechte, 1. Aufl. 2018, Frankfurt am Main. *„In seiner 2015 erschienenen „Kritik der Rechte“ hat der Frankfurter Philosoph Christoph Menke im Anschluss an Marx die Idee individueller Rechte als falsche Form der Verrechtlichung der Freiheit beschrieben. Wenn Freiheit im heutigen Recht immer schon die Struktur von Eigentum, Handlungsfreiheit und anderen Ansprüchen hat, so sei damit die kapitalistische Unfreiheit der Gesellschaft zum Prinzip erhoben: Die zufällige Verteilung der Vermögen und Ressourcen wird durch Rechte legalisiert; die stumme Herrschaft der Ökonomie der politischen Gestaltung entzogen. Die faszinierend gelehrte Rekonstruktion eines rechtsphilosophischen Problems endete damals eher enttäuschend in einem begrifflich unangestregten Entwurf: „Gegenrechte“ sollten, so die salonkommunistischen Schlussakkorde jenes Buches, als Recht eines kommenden Sklavenaufstands alles bisherige Recht in einem Akt der radikalen Befreiung auflösen.“* Meinel, Florian: „Statt immer neuer Knechtschaft“ in Frankfurter Allgemeine Zeitung, 13.01.2023, S. 12. Diese nur scheinbar wohlwollende Besprechung von Menkes „Kritik der Rechte“ kann nicht verdecken, dass Menke keinen Begriff des Rechts als eigenständiger normative Ordnung und keine Begründung des Rechtszwangs entwickelt. Die implizite Dialektik des geltenden Rechts in der Bundesrepublik Deutschland als fortwährender Ausgleichsmodus verwirklichter äußerer subjektiver Freiheiten wird von Menke nicht im Einzelnen begriffen. Die Diffamierungen Menkes der geltenden Privatrechtsordnung als besitzindividualistische Schrumpfform freiheitlich begründeten Eigentums dürfte der Rechtswirklichkeit nicht gerecht werden. Die lehrbuchartige Herzählung erkennbar willkürlich gesetzter rechtsgeschichtlicher Stufen bei der Entwicklung des Privatrechts (Kritik der Rechte, 1. Aufl. 2018, S. 19 - 102) ersetzt die vollständige und richtige Aufnahme der Rechtswirklichkeit und dessen Analyse nach ausgewiesenen kritischen Begriffen nicht. Daran fehlt es bei Menke. In der Sprache

lediglich als hypothetische Imperative gelten können, Spielregeln, welche lediglich im Kontext eines abgrenzbaren Spiels (zum Beispiel: Schach) gelten können, und den Rechtszwang begründenden menschenrechtlichen Regeln wird von Menke nicht vollzogen und unter dem Normativitätsaspekt nicht erörtert.¹³⁰ Damit bleiben die Aufgaben, welche die Rechtswirklichkeit an eine Normativitätstheorie stellt, unerledigt.

III Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen“¹³¹

- 1 Der Untertitel: „Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“ deutet es bereits an. Die Untersuchung von Möllers grenzt sich ab von tradierten (rechts-)philosophischen Einsichten und die Klarstellung: „jenseits von (...) Kausalität“ zielt erkennbar weniger wohlwollend auf eine Lehre, welche im menschlichen praktischen Vermögen die Kausalität der Natur mit der Kausalität aus Freiheit in der theoretischen und praktischen Urteilskraft vermittelt.

Grundlage dieser bereits im Titel der Schrift angelegten Entkoppelung ist ein einleitender Bericht über die von Möllers wahrgenommenen Defizite philosophischer Normativitätskonzepte¹³². Die festgestellten Defizite philosophischer Normativitätskonzepte münden in der These:

„Wenn philosophische Theorien der Normativität die soziale Praxis des Normativen verfehlen, dann verfehlen sie damit eine Seite des Normativen, die empirisch zugänglich ist, die als eine Praxis in Raum und Zeit erkannt und beschrieben werden kann.“¹³³

- übersetzt: die praktische Philosophie -vor Möllers- sei nicht in der Lage, für soziale Praxis (und im engeren: für *normative* soziale Praxis) einen angemessenen begrifflichen Raum auszubilden, in welchem die normative soziale Praxis (1.) beschrieben und

des praktisch arbeitenden Juristen: Ohne Tatbestand/Sachverhalt lassen sich keine normativen Entscheidungsgründe formulieren. Die Bewertungen bei Menke hängen in der Luft.

¹³⁰ So erscheint die Beispielsbildung im Kapitel „Tatsachen und Regeln“ und deren normative Erörterung zweifelhaft - Einzelheiten können dahinstehen und scheinen für Menkes Begründungsgang auch nicht tragend zu sein. Ebenso nicht nachvollziehbar ist die Gleichsetzung von Tatsachen und Regeln. Jedem praktisch arbeitenden Juristen ist die Trennung von Sachverhalt und rechtlicher Würdigung, von Tatbestand und Entscheidungsgründen und von Gründen I. und Gründen II. eine praktische Notwendigkeit, ohne welche eine nachvollziehbare normative Regelanwendung nicht möglich erscheint. Menke schaut nicht auf die Personen, welche Regeln tatsächlich anwenden, konkret rechtlicher Normativität unterworfen sind und rechtliche Normativität generieren, und nimmt deren Handeln nicht zur Kenntnis; Christoph Menke: *Zweite Natur. Zu einer kritischen Theorie der Normativität*. In: Forst, Rainer und Günther, Klaus (Hrsg.): *Normative Ordnungen*, Berlin 2021, S. 126-129.

¹³¹ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015.

¹³² Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015, S. 23-66.

¹³³ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; S. 67.

(2.) kritisch evaluiert werden könne.

Diese These angewandt auf eine gesellschaftliche Praxis, welche auf die Anwendung des geltenden Rechts bezogen ist, bedeutete, dass diese Rechtspraxis nicht in hinreichenden praktisch-philosophische Begründungen gesichert sein könne, sondern in irgendetwas anderem, jedenfalls nicht ethisch fundiert gerecht sei.

Das ist ein vorläufig niederschmetternder Befund, welcher jedoch während des Lesens die Spannung erhöht, was Möllers an die Stelle eines freiheitlich begründeten Rechtsbegriffs und an die Stelle eines Sollens aus Freiheit zu setzen vermag.

Möllers macht eine „disziplinäre Konfliktlinie“ zwischen der Philosophie und anderen Wissenschaftsdisziplinen aus:

„Wenn wir, bei aller Sorge vor zu großer Pauschalität, also weiter unterstellen, dass die zeitgenössische praktische Philosophie Rationalität und Normativität miteinander identifiziert, und wir darin sogar ein Element der disziplinären Identität der Philosophie erkennen, dann bleibt die Frage, was an diesem Zusammenhang nicht stimmen sollte. Schließlich haben Disziplinen ihren eigenen Erkenntniszuschnitt. Problematisch wäre dies erst dann, wenn die philosophische Kategorienwelt mit dem ihr eigenen Universalitätsanspruch, auf normative soziale Praktiken angewendet, nur noch ein verzerrtes Bild von diesen liefern würde. Dass dem so ist, zeigt ein erster Blick auf die Gebiete sozialer Normen, die Gegenstand des Buches sind.“¹³⁴

- zusammengefasst: die zeitgenössische praktische Philosophie liefere ein verzerrtes Bild von normativen sozialen Praktiken.

Bei dieser recht pauschal geratenen Aussage dürfte die von ihm selbst vorgetragene Sorge Möllers vor zu großer Pauschalität berechtigt sein. Dass die praktisch-philosophischen Grundbegriffe der Freiheit, der Moral, des Rechts und des rechtlichen Sollens aus Freiheit ein verzerrtes Bild sozialer Praktiken lieferten, wie Möllers es unterstellt, ist jedenfalls nicht unmittelbar einleuchtend.

Ein Beleg für die Richtigkeit dieser Aussage liege nach Möllers in der „Sphäre des Rechts“:

„Eine lange philosophische Tradition betrachtet das Recht und seine wissenschaftliche Beschreibung als Lückenfüller philosophisch begründeter normativer Vorgaben. Genauer: Rechtstheorien, die eine moraldistante Konzeption von Recht entwickeln, drängen den inhaltlichen Einfluss Anspruch der praktischen Philosophie zurück; umgekehrt identifizieren moralauffine Rechtskonzeptionen

¹³⁴ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015, S. 36-37.

das Recht letztlich mit einem philosophischen Richtigkeitsanspruch. Auch für das Recht ist eine Abbildung auf einen philosophischen Richtigkeitsanspruch kaum zwingend, ja, es scheint eine der Pointen jeder modernen Rechtsordnung, sich gegenüber zu grundsätzlich geführten philosophischen Fragestellungen durch Verfahrensregeln und Organisationsstrukturen zu immunisieren.“¹³⁵

- zusammengefasst: Möllers scheint in der „Sphäre des Rechts“ Bedeutungen des Rechtsbegriffs und eine Ausdeutung des rechtlichen Normativitätsbegriffs vorzuziehen, welche von praktisch-philosophischen Richtigkeitsansprüchen entkoppelt sind.

Was die „Sphäre des Rechts“ überhaupt sein könnte, wird von Möllers indes nicht näher beschrieben. Ist diese Sphäre soziologisch gemeint, bestimm- und abgrenzbar, oder ist diese „Sphäre“ normativ gemeint und im „Raum“ des Normativen bestimmbar? Was ist mit der Metapher „Sphäre“ gemeint? Welche Kriterien sind es, nach denen bestimmt und abgegrenzt wird? Seinen Rechtsbegriff, welcher -überwiegend wahrscheinlich, sicher ist dies nicht- von praktisch-philosophischen Grundaussagen entkoppelt sein dürfte, stellt Möllers nicht vor. Gleiches gilt für den Begriff vom Sollen, von der Verbindlichkeit und vom Begriff der Normativität - diese Begriffe bleiben in sich undifferenziert, es wird nicht nach Normen rechtlicher und nicht-rechtlicher Art unterschieden und die Begriffe bleiben unausgearbeitet.

Der Untersuchungsgegenstand von Möllers bleibt diffus.

Die Beobachtung von Möllers, moderne Rechtsordnungen gäben sich folglich mit Verfahrensregeln/Organisationsstrukturen zufrieden und verzichteten auf vorgelagerte Begründungen, um notwendigerweise reduzierte Legitimitätsansprüche zu bedienen, hängt argumentativ in der Luft und dürfte nicht ganz vollständig sein. Auch Verfahrensregeln und Organisationsstrukturen unterliegen Richtigkeitsdiskursen und in diesen Diskursen Gerechtigkeitserwägungen, wie ein auch nur beiläufiger Blick auf die Verfahrensordnungen, die den positiven Gesetzen zum Verfahrensrecht zu Grunde liegen den Maximen (z. B. Autonomie der Prozesssubjekte, Dispositionsmaxime, Wahrheitspflicht im Zivilprozess) und die Rechtsprechung zu Verfahrensfragen/Prozessordnungen es belegen. Die „modernen Rechtsordnungen“, welche Möllers meint und welche die von Möllers erörterten Eigenschaften aufweisen, werden nicht benannt. Gibt es diese?

- 2 Zur Einordnung der Kritik der praktischen Vernunft und der Metaphysik der Sitten in die Ideengeschichte der Soziologie hat Möllers folgendes festgestellt:

„Kant und Hume sind die bedeutendsten philosophischen Ahnväter moderner Debatten um das Wesen der Normativität. Zugleich nehmen beider

¹³⁵ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; S. 38-39.

Theoriemodelle großen Einfluss auf die Beschreibung sozialer Praktiken des Normativen. Kants Konzeption moralischer Normativität als eines Handelns aus praktischer Vernunft entzieht das Normative der Sphäre empirischer Beobachtbarkeit. Damit betreffen viele der hier formulierten Fragen an die praktische Philosophie die Kantische Theorie - von der Identifikation des Normativen mit dem praktisch Rationalen bis zur Fixierung auf Handlungsgründe, die eine Handlung zugleich erklären und rechtfertigen können. Wie aber kann eine solche Konzeption Einfluss auf die Beschreibung sozialer Normen gewinnen? Eine wichtige Konsequenz der Kantischen Philosophie für jede Theorie sozialer Praxis besteht in der Einsicht, dass sich das Handeln von Personen und das Funktionieren von Gesellschaften mit Kausalmodellen allein nicht beschreiben lassen, sondern einer Modellierung bedürfen, die moralische Orientierungen einbezieht, auch wenn, streng genommen, diese Präferenzen empirisch unzugänglich sind. So nahm Kant Einfluss auf die klassische Moderne der Soziologie, auf Durkheim, Weber und den frühen Parsons. Trotz dieses Einflusses mussten bedeutende Forschungslinien dieser Soziologen wie Webers Rationalitätsbegriffe oder Durkheims Begriff der Anomie Kants Ontologie des Normativen untreu werden, indem sie zwischen verschiedenen beobachtbaren Formen von Rationalität unterschieden, ohne diese auf Zweckrationalität zu reduzieren. Für den methodenbewussten Weber ist es kein Problem, moralische Orientierungen von Akteuren zu beobachten. Seine Konzeption der Wertrationalität muss sich aber, anders als Kants Begriff der praktischen Vernunft, in Kausalzusammenhängen entäußern, damit dies möglich wird. Ähnliches kann man bei Durkheim erkennen, dessen Untersuchungseinheit eines fait social dem Kantischen Rechtsbegriff erstaunlich ähnlich sieht. Faits sociaux sind allgemeine, nach außen tretende und mit Zwang durchsetzbare Gebilde. Eben diese drei Kriterien verwendet Kant zur Bestimmung seines Rechtsbegriffs, der aber - anders als sein Moralbegriff - ein empirisch erfassbares Phänomen bezeichnet. Durkheim Bestimmung sozialer Tatsachen und die daran anschließende Empirie legen also gleichfalls ein von der praktischen Philosophie abweichendes Verständnis von Normativität zu Grunde, auch wenn es von Kant inspiriert ist.“¹³⁶

Dass es eine „wichtige Konsequenz der Kantischen Philosophie“ sei, dass sich das Handeln von Personen mit Kausalmodellen allein nicht beschreiben lasse, könnte von Möllers missverständlich formuliert sein. Dabei kann es dahinstehen, ob die Bezeichnung „Modellierung“ in diesem Zusammenhang von Möllers treffend gewählt ist. Die Kritik der praktischen Vernunft und in deren Folge die von Kant konzipierte Metaphysik der Sitten gehen von zwei Kausalitäten aus, welche den Menschen (und damit die Gesellschaft der Menschen) in seinem Verhalten/Handeln bestimmen, nämlich (erstens) die Kausalität der Natur und (zweitens) die Kausalität aus Freiheit. Was die Bestimmungsgünde des menschlichen inneren und äußeren Handelns angeht, sind diese damit in der praktischen Philosophie Immanuel Kants etwas abstrakt, aber cum grano

¹³⁶ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015, S. 67-69.

salis vollständig und richtig angegeben. Es bleibt jedenfalls undeutlich, welche Bestimmungsgründe Möllers daneben oder ergänzend dazu vermisst oder hinzuzufügen wünscht.

Es könnte ebenfalls missverständlich sein, die Kritik der praktischen Vernunft und die darauf gründende Metaphysik der Sitten als Grundlagenwissenschaften für soziologische Modellierungen heranzuziehen, wie von Möllers möglicherweise beabsichtigt. Die normativen Grundaussagen der Metaphysik der Sitten ergeben keine deskriptiven Grundbegriffe für eine rein beschreibende Gesellschaftswissenschaft. Dessen ungeachtet können die normativen Grundaussagen einer Kritik der praktischen Vernunft, wie diese in Imperativen ausgedrückt sind, in einem Staatswesen und in dessen formellen oder informellen Subsystemen faktisch akzeptiert sein. Diese faktische Akzeptanz wäre ein denkbarer Gegenstand einer beschreibenden Gesellschaftswissenschaft. Dieser Gegenstand der faktischen Akzeptanz von Normen wurde und wird von den Gesellschaftswissenschaften auch als Forschungsgegenstand aufgenommen, so auch von der „klassischen Moderne der Soziologie“, welche Möllers anführt. Dies hat indes mit der Begründung und der Ausarbeitung einer Metaphysik der Sitten in der Tradition Immanuel Kants -ein rein normatives Programm- nichts zu tun.

Insofern bleibt es undeutlich, was Möllers als „*empirisches Forschungsprogramm im Anschluss an Kant und Habermas*“¹³⁷ untersuchen und weiterverfolgen will. Möllers subsumiert den Begriff des kommunikativen Handelns der „Kantischen Modellierung des Normativen“ und sieht diesen Begriff -wie den Ansatz Kants- näher an einer Verbindung von Erklärung und Rechtfertigung (1.) der von Kommunikationsteilnehmern erhobenen Geltungsansprüche und (2.) gesellschaftlicher (öffentlicher) Kommunikation.¹³⁸

¹³⁷ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015, S. 69.

¹³⁸ Ebda. Auf die nur eingeschränkte Anschlussfähigkeit der Rechtsphilosophie Kants an die „Theorie des kommunikativen Handelns“ als Grundlagenwissenschaft von einer in öffentlichen Diskursen gegründeten Normativität hat freilich Habermas selbst frühzeitig hingewiesen: „Publizität als Prinzip der Vermittlung von Politik und Moral (Kant)“, in: Batscha, Zwi: „Materialien zu Kants Rechtsphilosophie“, 1. Aufl. 1976, S. 172 ff [188 - 189], wiederholt in: „Noch einmal: Zum Verhältnis von Moralität und Sittlichkeit“ in Forst, Rainer u. a.: „Normative Ordnungen“, Berlin, 1. Aufl. 2021, S. 25 ff. Die Abgrenzung von RuG zu einer „Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates“ ist klar konturiert von Köhler, Michael: „Menschenrecht, Volkssouveränität, internationale Ordnung nach der Diskurslehre vom Recht?“, Rechtsphilosophische Hefte 1994, S. 133 - 138 (Besprechung/Rezension von Habermas, Jürgen: „Faktizität und Geltung“) und (wiederholend) in RuG, S. 100-104, dort S. 104: „*Die Diskurstheorie kann daher das Prinzip der gesetzlichen Selbstbestimmung, dass aus der Regelungssystematik praktische Subjektivität in Anerkennungsverhältnissen selbst objektiv allgemeingültige Normgrundsätze entfaltet, nicht ersetzen, sondern allenfalls ergänzen. So ist der Diskurs der bürgerlichen Öffentlichkeit ein wesentliches Medium der Klärung und Erweiterung der Urteile in ethischen und rechtlichen Fragen, kann mithin auch der Rechtskonkretisierung in allgemeinen Gesetzen förderlich sein; aber das setzt die Orientierung am Moral- und Rechtsprinzip allgemeiner Selbstbestimmung und ihrer kategorischen Formensystematik 'immer schon' voraus.*“ Dies Ergänzungsverhältnis wird man auch zu politik- und sozialwissenschaftlichen Ansätzen annehmen dürfen, welche normative Ordnungen als „Rechtfertigungsordnungen“ in den Blick nehmen, s.o. Kapitel 1, B V und zu Forst, Kapitel 4 B I.

Für diese angebliche Verschränkung von Erklärung und Rechtfertigung aus auf Verständigung angelegten Diskursen führt Möllers als Beispiel affirmativ die Entstehung des Internationalen Strafgerichtshof an, wie diese 2006 von Nicol Deitelhoff auf der Grundlage der Theorie kommunikativen Handelns im Anschluss an Habermas beschrieben/untersucht wurde. Manche Staatenvertreter hätten in den Verhandlungen über den Gründungsvertrag zum Internationalen Strafgerichtshof „verallgemeinerungsfähige Argumente ausgetauscht“ und dabei ihre Positionen verändert. Der Internationale Strafgerichtshof sei das Ergebnis eines auf Verständigung angelegten Diskurses.¹³⁹ Diese Erwägungen von Möllers verwischen freilich die grundlegenden Differenzen zwischen einer Metaphysik der Sitten und einer Theorie des kommunikativen Handelns. Hier hätte es nahe gelegen, die Dissertation von Gierhake¹⁴⁰ zur Kenntnis zu nehmen, welche die Entstehung des Internationalen Strafgerichtshof schlüssig aus einer Metaphysik der Sitten normativ herleitet. Wenn es darum geht, ein Forschungsprogramm zur Normativität zu buchstabieren, wird man sich zwischen der Metaphysik der Sitten und der Theorie des kommunikativen Handelns entscheiden müssen - wobei wegen der unterschiedlichen Erkenntnisziele die eine die andere nicht ausschließen dürfte.

Schließlich stellt Möllers die im Kontext seiner Untersuchungen durchaus berechtigte Frage:

„Warum sind diese Forschungen hier von Interesse und worin liegt ihr Problem?“¹⁴¹

und beantwortet sogleich:

„Zunächst stellt sich die Frage, wie die bei Kant noch unsichtbare moralische Motivation mit Mitteln der Habermasschen Theorie sichtbar gemacht werden kann.“¹⁴²

- was als Antwort nicht wirklich weiterhilft. Was meint Möllers mit „Sichtbarkeit“? Hier fischt der Leser in Möllers Text im Trüben. Wenn mit „Sichtbarkeit“ das Prädikat einer

¹³⁹ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015, S.71. Dieser Befund, dass der abgeschlossene Gründungsvertrag Resultat eines auf Verständigung angelegten Diskurses gewesen sei, ist vor dem Hintergrund, dass der Vertrag abgeschlossen wurde, nicht wirklich überraschend. Die Frage bleibt bei diesem Befund offen, ob aus der idealerweise im diskurstheoretischen Reinraum getroffenen Verabredung eines Internationalen Strafgerichtshof die Legalität und Legitimität der Beschlüsse/Urteile des Gerichtshofs wie auch die Straferechtigkeit der Vollstreckung (des Rechtszwangs) folgt. Die Beantwortung dieser Frage interessiert die damit befassten Juristen und auch die Verurteilten und damit der Strafvollstreckung Unterworfenen sehr. Die Antwort bleibt bei einer Diskurslehre vom Recht allerdings offen.

¹⁴⁰ Gierhake, Katrin, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, Berlin 2004, zugleich Dissertation Bonn.

¹⁴¹ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; S. 72.

¹⁴² Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015, S. 72.

ausdifferenzierten, systematisch aufeinander bezogenen Begriffswelt einer normativen Theorie menschlicher Praxis gemeint ist, dann wird man sicherlich in der Metaphysik der Sitten bei Kant und insbesondere in RuG fündig. Die Rede von einer angeblich unsichtbaren moralischen Motivation bei Kant ist nicht nachvollziehbar. Auch die motivatorische Kraft der Verbindlichkeit -des Sollens- ist in der Kritik der praktischen Vernunft, in der praktischen Urteilskraft/Methodenlehre und in der Metaphysik der Sitten begrifflich zumindest angearbeitet. Weder ist die Motivation bei Kant unsichtbar, noch kann die Tätigkeit der praktischen Urteilskraft und deren Wirkung auf das menschliche Verhalten durch die Theorie des kommunikativen Handelns oder durch sonstige diskurstheoretische Begründungsansätze „sichtbar“ gemacht werden. Der kategorische Imperativ und dessen Anwendung in der praktischen Urteilskraft ist kein Gegenstand der Theorie des kommunikativen Handelns. Diese Fragen führen im Theoriekontext einer Metaphysik der Sitten, von RuG und der Theorie des kommunikativen Handelns ins Nichts.

Sprachliche und in der Folge inhaltliche Ungenauigkeiten¹⁴³ machen es schwer, trotz umfangreicher Ausführungen von einer schlüssigen Kant-Rezeption bei Möllers zu sprechen und das Gemeinte zu verstehen. Exemplarisch:

„SEIN UND SOLLEN: GEMEINSAMKEITEN UND UNTERSCHIEDE DER BEIDEN MODELLE. Die mit den Theorien Kants und Humes bezeichneten Traditionen haben zwei wichtige Gemeinsamkeiten, die noch von Bedeutung sein werden. Erstens postulieren beide eine kategoriale Trennung von Sein und Sollen. Beide arbeiten mit - wenn auch unterschiedlichen - Unterscheidungsstrategien, um die normative Ebene von der deskriptiven zu unterscheiden. Beide benutzen als „Brückenbegriffe“ grundlegend unterschiedliche Konzeptionen des Willens, der einmal als nicht begründbare Präferenz, einmal als Fähigkeit zur rationalen verallgemeinerbaren Entscheidung verstanden wird.

Diese erste Gemeinsamkeit liefert einen Hinweis auf Anforderungen an eine

¹⁴³ Wenig überzeugend -ja: verstörend- ist die privatrechtlich wenig orientierte Darstellung des Erlaubnisgesetzes im § 2 der Rechtslehre der Metaphysik der Sitten von Möllers auf den S. 235-237. Der Begriff des Erlaubnisgesetzes gehöre in die Sphäre des Rechts und der Politik, nicht in die Sphäre der Moral. Der Begriff des Erlaubnisgesetzes operiere unter empirischen Bedingungen, also den Begrenzungen der Ordnung durch Raum und Zeit. Erlaubnisgesetze seien Regeln, die ein an sich verbotenes Verhalten gestatteten (!). In Kants Theorie sollten sie das Problem des Übergangs in einen rechtlichen, d.h. von allgemeinen Gesetzen regierten Zustand lösen. Mit diesen Erläuterungen Möllers' dürfte der von Kant differenziert dargestellte Zusammenhang zwischen provisorischem Besitz und peremptorischem Besitz nicht angemessen erfasst sein. Möllers sieht mit dem Blick auf die Sekundärliteratur zum § 2 MdS die Möglichkeit der Besitz- und Eigentumsregulation bei einem Übergang in den rechtlichen Zustand und folgert daraus „eine reformerische, inkrementale Anwendung normativer Grundsätze.“ „Diese Konstruktion kommt unserer Sicht der Dinge weit mehr entgegen als die anderen in diesem Abschnitt untersuchten Ansätze, weil Kant die Realbedingungen einer normativen Praktik als relevant anerkennt, ohne deswegen die normativen Maßstäbe unkenntlich werden zu lassen. Kant und Habermas verbindet bei allen Unterschieden nicht allein der Lösung, sondern bereits des zu lösenden Problems ein Zugang zum Verhältnis von normativer und faktischer Seite, dem es gelingt, zwischen den beiden Klippen, der Aufgabe der Unterscheidung einerseits und der Hypostasierung der Unterscheidung zu einer Trennung andererseits, hindurchzufinden.“ S. 236-237.

Neukonzeption des Normbegriffs. Fakten sollen keinen direkten Zugriff auf Normen haben, sondern diese nur durch kontrollierte Vermittlung prägen. Zugleich sollten Normen in einer empirieoffenen Weise bestimmt werden, also so, dass sie sich methodisch kontrolliert erkennen lassen - im Falle sozialer Normen in entäußerter Form, nicht nur durch die Introspektion eines Subjekts.

Eine zweite Gemeinsamkeit der Ansätze besteht darin, dass sie beide Normen in ein handelndes Subjekt verlegen, mit der Konsequenz, dass streng genommen von selbständigen Normen nicht gesprochen werden kann, sondern allenfalls von individualisierten Haltungen zu bestimmten Handlungen, die Normativität kreieren. Das ist beim humanistischen Ansatz offensichtlich, denn hier hat sich der Normbegriff in subjektbezogene Ereignisse verflüchtigt. Die Theorie hat damit einen empirisch robusten Gegenstand, dessen normativer Charakter jedoch ungewiss ist. Für kantianische Theorien gilt das Umgekehrte. Hier wird der normative Überschuss deutlicher, ungewiss bleibt aber, ob das, was ihn auszeichnet, empirisch zugänglich sein kann.“¹⁴⁴

Der Spannungsbogen bei der Lektüre von „Die Möglichkeit der Normen“ wird an dieser Stelle durch die Ankündigung deutlich erhöht, dass eine Neukonzeption des Normbegriffs bei Möllers die Faktizität „durch kontrollierte Vermittlung“ prägen wird und die unter diesem Normbegriff stehenden Normen in einer „empirieoffenen Weise“ bestimmt werden.

Wie dies ohne Rückgriff auf praktisch-philosophische Erwägungen und aus rechtlicher Perspektive ohne einen freiheitlich entwickelten Gerechtigkeitsbegriff gelingen kann, wird am Ende offenbleiben. Dazu weiter:

3 Möllers löst die Spannung in einem zweiteiligen Normbegriff auf:

„Normen bestehen aus einer Möglichkeit und einer Markierung, die die Verwirklichung dieser Möglichkeit affirmiert.“¹⁴⁵

Es gehe um einen Begriff des Normativen, welcher die Normativität weder moralisierend noch (wie in soziologischer Perspektive) verdeckt faktualisierend.¹⁴⁶ Dieser Begriff ist reduziert: Normen, so die These, beständen aus der Darstellung einer Möglichkeit und einer positiven Bewertung von deren Verwirklichung, welche Möllers als

¹⁴⁴ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; S. 84-85.

¹⁴⁵ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015, S. 125.

¹⁴⁶ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; weitgehend wörtlich: S. 130.

„Realisierungsmarker“ bezeichnet.¹⁴⁷ Mit anderen Worten: Normen zeichnen eine bestimmte Klasse von Handlungen/Verhaltensweisen aus der Totalität theoretisch möglicher Handlungen/Verhaltensweisen positiv aus. Die Setzung einer Norm müsse nicht notwendig mit der Erwartung ihrer Einhaltung verbunden sein. Normen könnten auch nur der Kennzeichnung einer von ihr abweichenden Praxis dienen, als symbolische Normsetzung.¹⁴⁸ Die positive Auszeichnung von Handlungsvarianten unter einer Norm dürfe nicht verwechselt werden mit der Erwartung, dass diese Norm eingehalten oder nicht gebrochen werde.¹⁴⁹ Es sei nicht ausgemacht, dass Normen prinzipiell dazu dienen, Erwartungen und Erwartungserwartungen zu stabilisieren. Normen nähmen an der allgemeinen Ungewissheit von Bedeutungen teil. Normative Ordnungen könnten sogar darauf abzielen, Erwartungen zu destabilisieren.¹⁵⁰

Eine befolgte Norm verlöre nicht dadurch, dass sie befolgt werde, ihre Geltung. Normativität lasse Raum sowohl für Abweichungen als auch für Entsprechungen. Faktisches Handeln könne Normen entsprechen, ohne dass dies die Existenz der Handlung oder der Norm infrage stellen könne.¹⁵¹ Normativität sei Teil der Gesamtheit der Tatsachen, sie sei eine Gegenwelt als Teil der Welt. Unterschiedliche subjektive Handlungen wie der Gebrauch eines Imperativs, die Begründung einer moralischen Verpflichtung oder die Untersuchung einer Rechtsfrage begründeten keine zweite Wirklichkeit, sondern seien Teil eines Seins.¹⁵²

Möllers Kritik am kategorischen Imperativ als Grundprinzip jeder Normativität hakt an dem Umstand ein, dass die Anwendung des kategorischen Imperativs eine bewusste begriffliche geistige Leistung sei, welche andere Normativitätserfahrungen ausschliesse.¹⁵³ Insbesondere der begrifflichen Fixierung des Imperativs und der begrifflichen Fixierung in allen Anwendungsstufen durch Urteilskraft¹⁵⁴ hält Möllers entgegen: Nicht alle normativen Praktiken seien begriffliche Leistungen, so wie nicht alle Begriffe normativ seien – vor- oder nachbegriffliche Normativität sei möglich.¹⁵⁵ In Kants Kritik der teleologischen Urteilskraft werde die Verstandesleistung des Umgangs mit Begriffen als eine der Vermittlung von Möglichkeit und Begrifflichkeit bestimmt. Begriffe

¹⁴⁷ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; weitgehend wörtlich: S. 127-128.

¹⁴⁸ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; weitgehend wörtlich: S. 128.

¹⁴⁹ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; weitgehend wörtlich: S. 129.

¹⁵⁰ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; weitgehend wörtlich: S. 130.

¹⁵¹ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; weitgehend wörtlich: S. 131.

¹⁵² Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; weitgehend wörtlich: S. 132.

¹⁵³ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; S. 133-137.

¹⁵⁴ Zur Rolle der Urteilskraft bei Kant führt Möllers auf den S. 189-193 aus.

¹⁵⁵ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; weitgehend wörtlich: S. 135-136.

bezögen sich im Gegensatz zu sinnlichen Anschauungen nicht auf die aktuelle Welt, sondern auf eine mögliche, sie „*aspirierten*“¹⁵⁶ auf die Zukunft. Auf die Theorie des Normativen gemünzt, machten Begriffe Möglichkeiten explizit, und das bedeutete, sie explizierten mit der Möglichkeit auch Normen, die auf Möglichkeiten Bezug nehmen. Vorbegriffliche Normen seien also denkbar, und es sei auch nicht schwierig, Beispiele für vorbegriffliche normative Praktiken zu finden. Die Explizierung normativer Praktiken als Normen dagegen funktioniere nur auf der Ebene des Begriffs.

4. Diesen Anmerkungen Möllers zum kategorischen Imperativ und seinem Hinweis auf vorbegriffliche normative Praktiken wird man insofern zustimmen können, dass (1.) die Formulierung und das Verstehen des kategorischen Imperativs eine begriffliche Leistung ist; (2.) dass die Anwendung des kategorischen Imperativs durch die Akte der Urteilskraft eine begriffliche Leistung der freien Geistestätigkeit ist und (3.) dass es äußerlich regelentsprechendes Verhalten gibt, welches nicht auf -im Augenblick des Verhaltens- bewusster begrifflicher Leistung beruht.

Der damit erreichte analytische Standpunkt erledigt den kategorischen Imperativ freilich nicht. Die Frage ist aufgeworfen: Muss eine wissenschaftlich-normative Theorie der Normativität das unbewusste regelentsprechende Verhalten integrieren? Erfüllt das unbewusste regelentsprechende Verhalten normative Anforderungen?¹⁵⁷ Falls ja - warum und unter welchen Bedingungen?

Auf dem Boden der normativen Theorie der Metaphysik der Sitten lautet die Antwort:

- als Rechtslehre eingeschränkt ja, denn hier kommt es auf eine bewusste begriffliche Leistung nicht an, um die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit einer Handlung zu erkennen (denn aus der Perspektive des Rechts kommen die Handlungen nur insoweit in die Betrachtung, als diese als Facta aufeinander Einfluss haben können). Die Einschränkung in der Bejahung resultiert aus der Tugendpflicht, rechtlich zu handeln zur notwendigen Maxime zu machen;
- aus der Perspektive der Tugendlehre: eindeutig nein. Eingeübtes, routinegestütztes und begrifflich nicht reflektiertes Verhalten ist moralisch neutral und nicht zu unterscheiden von z. B. einer Raubtierdressur im Zirkus. Ein freiheitlicher Normativitätsbegriff auf dem Gebiet der außerrechtlichen Sittlichkeit umfasst nicht ein Verhalten, welches dem Gehorsam der Zahnräder in einem Uhrwerk gleichkommt, welche von einer externen Triebfeder angesteuert werden.

Die Unterscheidungskraft des 2-gliedrigen Normativitätsbegriffs bei Möllers ist zu

¹⁵⁶ Was der Begriff „aspirieren“ (mit dem Subjekt des Verbs = „Begriffe“) in diesem Kontext für Möllers bedeutet, kann auch bei längerem Nachdenken und einer etymologischen Bemühung nicht erschlossen werden.

¹⁵⁷ Möllers erörtert den Verhaltensreflex als reinen kausalen Effekt an anderer Stelle am Beispiel des Haltens an einer roten Ampel im Straßenverkehr, S. 197 f.

gering, um die Spezifika der Normativität in einer begrifflich entwickelten Tugend- und Rechtslehre zu erfassen. Der von Möllers entwickelte „Realitätsmarker“¹⁵⁸ bleibt blass und erschöpft sich in den trivialen Aussagen, dass unter einer Tugend-Norm bestimmte Maximen möglich und dass unter einer Rechts-Norm bestimmte äußere Handlungen erlaubt oder unerlaubt seien - oder eben nicht. Über den *Begriff* und die Substanz der Normativität/des Sollens ist damit nichts gesagt, sondern lediglich eine *Funktion* des Sollens, also dessen Akzidenz erklärt, und dies mit begrifflich hohem Aufwand bei trivialem Resultat.

Es ist von Möllers ein prinzipiell-vorsätzlich unfreiheitlicher Normativitätsbegriff konstruiert, welcher als kategoriale Grundlegung für ein freiheitliches Gemeinwesen (z. B. unter den Artikeln 1-20 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland) untauglich und nicht geeignet ist, dass positive Recht, die verfahrensrechtlich orientierte Anwendung dieses Rechts und den ausgeübten Rechtszwang hinreichend zu erklären. Auch die „freiheitstheoretische Ergänzung“ als Ertrag am Ende der Schrift trägt nicht dazu bei¹⁵⁹, diesen Befund zu überwinden.¹⁶⁰ In der Besprechung Möllers des § 38 der Grundlinien der Philosophie des Rechts (Zusatz) wird kein Freiheitsbegriff in Bezug genommen, welcher das Konzept einer freiheitlichen Normativität differenziert klären könnte. Das Verhältnis zwischen subjektiver Freiheit, abstraktem Recht und der Verbindlichkeit einer Norm (Normativität) bleibt bei Möllers unvermittelt und unbestimmt.

Mit dem zweigliedrigen Normativitätsbegriff ist die Frage nicht zu beantworten, wie der Befehl einer erpresserischen Macht normativ unterschieden werden kann von der Anforderung, eine Regel zu befolgen, welche beanstandungsfrei durch repräsentative Willensvermittlung in gerechten Verfahren in Kraft gesetzt wurde, welche gilt und welche grundsätzlich vom Regelunterworfenen in rechtlich geordneten Verfahren angegriffen werden kann. Den erpresserischen Druck gegenüber dem Überfallenen zu kennzeichnen mit dem „Sollen“ und diesen Druck auf eine Normativitätsstufe zu stellen mit dem Steuerbescheid in einem grundsätzlich gerecht eingerichteten Staatswesen, nimmt die relevanten Unterschiede zwischen den „Motivationen“ des Unterworfenen nicht in den Blick. Der zweigliedrige Normativitätsbegriff bei Möllers ist durch das Bemühen, diesen Begriff gegen alle Kritik zu hermetisieren, zur Unkenntlichkeit abstrahiert und kein kritischer Begriff, auf dessen Grundlage relevante Unterscheidungen möglich sind.

¹⁵⁸ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; Erörterung des Begriffs „Realisierungsmarker“ auf den S. 155-171. Irritierend und nur wenig überzeugend die Überlegungen zur positiven/negativen Auszeichnung von Handlungsvarianten durch „Realisierungsmarker“, welcher auch entkoppelt von einer Subjektivität denkbar sei.

¹⁵⁹ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; S. 428 ff.

¹⁶⁰ Erfrischend klar, knapp und zutreffend erörtert Schneider, Anna: Freiheit beginnt beim Ich, 1. Aufl. München 2022, S. 26 ff, aus Sicht einer österreichischen Juristin den Freiheitsbegriff bei Möllers als dem bundesdeutschen Grundrechtsverständnis fremd und unangemessen. Zum etatistisch verengten Freiheitsbegriff bei Möllers ders.: Freiheitsgrade, Berlin 1. Aufl. 2020, S. 57 ff.

Entsprechend wenig aussagekräftig sind die „Erträge“¹⁶¹ aus der begrifflichen Bemühung. Der zweigliedrige Normativitätsbegriff verzichte ausdrücklich auf ein rechtfertigendes Element, weil dieser Begriff der Beschreibung einer sozialen Praxis dienen solle, in der Normen nicht gerechtfertigt werden oder sich nicht rechtfertigen lassen.¹⁶² Das ist für einen praktisch tätigen Juristen bei der Bearbeitung real-existierender Konflikte eine unbefriedigende Antwort, nur vergleichbar mit derjenigen, welche auf die Frage nach dem Rechtsbegriff mit einem Hinweis auf das formell geltende Recht gegeben wird. Kant hat dazu in der Metaphysik der Sitten im § B der Einleitung in die Rechtslehre¹⁶³ alles gesagt. Dasselbe Störgefühl wird sich bei jedem einstellen, welcher durch die Anwendung einer Norm, sei es im außerrechtlichen, sei es im rechtlichen Bereich, mehr oder weniger intensiv belastet wird. Dessen Frage nach der Rechtfertigung dieser Belastung, nach dem „Warum“, nach der Begründung der Verbindlichkeit und des Sollens wird man zur Aufrechterhaltung des Anerkennungsverhältnisses nicht nur mit einem „Darum!“, sondern hinreichend beantworten müssen. Dies wird mit den von Möllers angebotenen Begriffen nicht gelingen - ein Begriff von normativer Positivität (o. glw.) wird von ihm nicht angeboten.

So bemerkt Möllers selbst:

„Denn um mit Normen umgehen zu können, müssen wir über diese zugleich verfügen und sie unserer Verfügung entziehen können, sie als gemacht und als gefunden behandeln. Um Kriterien für angemessene Normen zu finden, müssen wir uns an das halten, was wir haben, und uns davon distanzieren; wir müssen aus einer Situation heraus argumentieren und uns von ihr lösen, den Kontext im Blick haben und auf Verallgemeinerbarkeit schauen.“

Das klingt unbefriedigend, wenn nicht leer.“¹⁶⁴

Sic. Das zumindest stimmt.

- C Was fehlt: Eine Kritik der reinen praktischen -juridischen- Urteilskraft
- I Symbol der reinen praktischen Vernunft mit objektiver praktischer Realität

¹⁶¹ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; S. 395 ff.

¹⁶² Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; S. 395 oben.

¹⁶³ Kant, Immanuel, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, § B Was ist Recht?; AA VI S. 228-229.

¹⁶⁴ Möllers, Christoph: „Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität“, Berlin 1. Aufl. 2015; S. 399.

Aus der Kritik an einigen Ansätzen in der Normativitätsforschung, welche sich dem Sollensbegriff nicht relevant angenähert haben, ergibt sich noch nicht ohne weiteres ein inhaltsreiches und in sich gegliedertes Verständnis von Normativität. Es ist deswegen geboten, den Faden wieder aufzunehmen, welcher oben in der Fußnote 38 mit einem Hinweis auf den etwas sperrig formulierten § 59 der Kritik der Urteilskraft Kants ausgelegt wurde. Das Sollen aus Freiheit ist als reiner Verstandesbegriff ein Schema mit objektiver praktischer Realität, welchem keine Anschauung unterlegt werden kann. Das „Sollen“ kann begrifflich dies Schema praktischer Vernunftsschlüssigkeit nur symbolisch darstellen. Den Normativitätsbegriff ist nur durch reine praktische Vernunft zu denken und ihm kann keine sinnliche Anschauung unterlegt werden. Mit dem begrifflichen Symbol „Sollen“ und dem diesem zugrunde liegenden Schlusschema der Notwendigkeit einer Handlung unter dem Gesetz, dessen Resultat das Sollen ist, wird im begrifflichen Symbol „Sollen“ eine sinnliche Anschauung analogisch dargestellt, mit welcher die Kategorien der praktischen Urteilskraft als regelndes Verfahren bloß in der Form der Reflexion und des Resultats, nicht dem Inhalte nach bezeichnet werden.¹⁶⁵

Normativität als Notwendigkeit und Sollen aus Freiheit (als innere Nötigung der Person) sind deswegen stets zusammen mit der auf moralische Erkenntnis gerichteten Verstandestätigkeit, deren moral- und rechtsgesetzliche Voraussetzung und der darauf beruhenden Struktur des Schlusschemas, also stets zusammen mit der reinen praktischen Urteilskraft zu denken. Die auf moralische Erkenntnis gerichtete Verstandestätigkeit ist die Funktion der subjektiven reinen praktischen Urteilskraft.

II Die Kritik der Urteilskraft Kants enthält keine Kritik der praktischen Urteilskraft

Eine Kritik der reinen praktischen Urteilskraft als eigenständige und von der Kritik der praktischen Vernunft abgeordnete Untersuchung legt Kant nicht vor. In der Kritik der Urteilskraft Kants (1790, 1793 und -von Kant vermutlich nicht autorisiert- 1799) wird anhand der drei Vermögen des Gemüts

- Erkenntnisvermögen (Verstand)
- Gefühl der Lust und Unlust (Urteilskraft)
- Begehungsvermögen (Vernunft)

die Urteilskraft allein dem Gefühl der Lust/Unlust, mithin der Ästhetik zugeordnet.¹⁶⁶

Der von Kant besprochene Gegenstandsbereich der Kritik der Urteilskraft ist dem folgend reduziert. Der erste Teil enthält eine Kritik der ästhetischen Urteilskraft (Analytik des Schönen; Analytik des Erhabenen). Der 2. Teil enthält eine Kritik der teleologischen Urteilskraft (Untersuchungen zu den subjektiven Bedingungen einer objektiven

¹⁶⁵ Kant, Immanuel, Kritik der Urteilskraft, Formulierungen angelehnt an den § 59, AA V, S. 351.

¹⁶⁶ AA V S. 174 und in der Übersichtstafel S. 198.

Zweckmäßigkeit der Natur). Beide Teile sind jeweils verbunden mit einer dialektischen Abteilung und im Falle der teleologischen Urteilskraft ergänzt durch eine Methodenlehre. Eine Kritik der reinen praktischen Urteilskraft fehlt.

Die Einleitung zur Kritik der Urteilskraft nutzt Kant für eine Erinnerung an sein System der Philosophie als Lehre von einem einheitlichen subjektiven Erkenntnisvermögen, welches immanent gegliedert ist in das Vermögen zu (1) theoretischer Erkenntnis und praktischer Erkenntnis, (2) Naturbegriffen und Freiheitsbegriffen und (3) Naturphilosophie und Freiheitsphilosophie.¹⁶⁷ „Die Gesetzgebung durch Naturbegriffe geschieht durch den Verstand und ist theoretisch. Die Gesetzgebung durch den Freiheitsbegriff geschieht von der Vernunft und ist bloß praktisch. Nur im Praktischen kann die Vernunft gesetzgebend sein; (...)“¹⁶⁸ Die Kritik der Urteilskraft sei die Verbindung der Natur- und Freiheitsphilosophie zu einer einheitlichen Lehre vom Erkenntnisvermögen.¹⁶⁹

Die Stellung der Urteilskraft als praktische Urteilskraft gerät gleichwohl in der dritten großen Kritik von Kant nicht in den Blick. Gründe, welche den eingeschränkten Gegenstandsbereich der Kritik der Urteilskraft rechtfertigen könnten, müssen dahinstehen.

Vorbegriffliche Ansätze zu einer Kritik der reinen praktischen Urteilskraft hat Kant in der Kritik der praktischen Vernunft (1788) behandelt.

- II Kritik der praktischen Vernunft. Von der Typik der reinen praktischen Urteilskraft
- 1 Einige Anmerkungen zu einer Kritik der praktischen Urteilskraft sind in der Kritik der praktischen Vernunft (1788) zu finden unter der Überschrift „Von der Typik der reinen praktischen Urteilskraft“.¹⁷⁰ Kant erweitert in diesem Abschnitt den Gegenstandsbereich der Kritik des moralischen Erkenntnisvermögens auf das Feld der unter das moralische Gesetz subsumierenden Verstandestätigkeit und auf das durch diese bewusste Verstandestätigkeit bewirkten moralischen Gefühls. Das Schema für diese Verstandestätigkeit ist durch das moralische Gesetz, den kategorischen Imperativ, geprägt, welches allein den Bestimmungsgrund für den Willen, welcher nur durch diese Bestimmung frei und damit Wille ist, abgibt.¹⁷¹ Diese praktische Tätigkeit des Verstandes auf der Grundlage des in der Vernunft erschlossenen moralischen Gesetzes konstituiert und strukturiert die zweite Welt der Person, welche zwar als zur Sinnenwelt gehörig, jedoch ergänzend als der autonom-moralischen Gesetzlichkeit unterworfen betrachtet wird.¹⁷²

¹⁶⁷ AA V S. 171; 174.

¹⁶⁸ AA V 174.

¹⁶⁹ AA V 176-179.

¹⁷⁰ AA V S. 67 ff.

¹⁷¹ AA V S. 68-69.

¹⁷² AA V S. 86/87.

- 2 Die Typik der reinen praktischen Urteilskraft setzt mit der strukturierten Regelanordnung des moralischen Gesetzes der Verstandestätigkeit Grenzen und bindet die praktische Vernunft zurück an die sachhaltige Handlungswirklichkeit der notwendig verallgemeinerungsfähigen Maximen und der äußeren Handlungsfreiheit. Außerhalb der moralischen Reflexion stehen (1) eine rein empirisch-interessengeleitete Handlungsorientierung, sowie (2) auch deren Gegenteil, der nur mystisch-esoterische Handlungsantrieb, welcher außerhalb der objektiven Erkenntnismöglichkeiten des Handelnden liegt.¹⁷³ *„Diese Betrachtung ist (...) nicht (...) dahin abgezweckt, das angeführte evangelische Gebot auf deutliche Begriffe zu bringen, um der Religionsschwärmerei in Ansehung der Liebe Gottes, sondern die sittliche Gesinnung, auch unmittelbar in Ansehung der Pflichten gegen Menschen, genau zu bestimmen, und einer bloß moralischen Schwärmerei, welche viel Köpfe angesteckt, zu steuern, oder, wo möglich, vorzubeugen. Die sittliche Stufe, worauf der Mensch (aller unserer Einsicht nach auch jedes vernünftige Geschöpf) steht, ist Achtung fürs moralische Gesetz.“*¹⁷⁴
- 3 Die Gesetzmäßigkeit der praktischen Vernunft und die darauf gegründete Kausalität aus Freiheit kann entsprechend -bei noch zu erläuternden Unterschieden- zur Kausalität der Natur in der Sinnenwelt gedacht werden. Die Kausalität der Natur in der Sinnenwelt kann als Typus für die Gesetzlichkeit der intelligiblen Natur analog herangezogen werden.¹⁷⁵ Entsprechend dem Schlussverfahren im theoretischen Erkenntnisvermögen ist die Maxime der Handlung durch Subsumtion mit dem moralischen Gesetz zu vergleichen, das Besondere also unter das Allgemeine zu ziehen. Diese Analogie bedeutet jedoch nicht die Identität der Kausalität aus dem moralischen Gesetz mit der Kausalität aus naturgesetzlicher Determination. *„Es ist bei der Subsumtion einer hier in der Sinnenwelt möglichen Handlung unter einem reinen praktischen Gesetze nicht um die Möglichkeit der Handlung, als einer Begebenheit in der Sinnenwelt, zu tun; denn die gehört für die Beurteilung des theoretischen Gebrauchs der Vernunft, nach dem Gesetze der Kausalität, eines reinen Verstandesbegriffs, für den sie ein Schema in der sinnlichen Anschauung hat. Die physische Kausalität, oder die Bedingung, unter der sie stattfindet, gehört unter die Naturbegriffe, deren Schema transzendente Einbildungskraft entwirft. Hier aber ist es nicht um das Schema (...) eines Falles nach Gesetzen, sondern um das Schema eines Gesetzes selbst zu tun, weil die Willensbestimmung (...) durchs Gesetz allein, ohne einen anderen Bestimmungsgrund, den Begriff der Kausalität an ganz andere Bedingungen bindet, als diejenige sind, welche die Naturverknüpfung ausmachen.“*¹⁷⁶

¹⁷³ AA V S. 70/71.

¹⁷⁴ AA V S. 84.

¹⁷⁵ AA V S. 70.

¹⁷⁶ AA V S. 68/69.

III Kritik der praktischen Vernunft. Anerkennung, Achtung vor dem moralischen Gesetz und moralisches Interesse als „Triebfedern“ der reinen praktischen Vernunft

„Triebfeder“ – eine Metapher aus der Mechanik.

- 1 Das moralische Gesetz bestimmt den Willen unmittelbar.¹⁷⁷ *„Der Wille ist also das Begehungsvermögen, nicht sowohl (...) in Beziehung auf die Handlung, als vielmehr auf den Bestimmungsgrund der Willkür zur Handlung betrachtet, und hat selber vor sich eigentlich keinen Bestimmungsgrund, sondern ist, sofern sie die Willkür bestimmen kann, die praktische Vernunft selbst.“*¹⁷⁸

- 2 Achtung für das moralische Gesetz ist ein Gefühl, welches rein intellektuell als Resultat subjektiver Bildung¹⁷⁹ hin zur moralischen Gesetzlichkeit und des Bewusstseins, dem moralischen Gesetz unterworfen zu sein, bewirkt wird.¹⁸⁰ *„Das Bewusstsein einer freien Unterwerfung des Willens unter das Gesetz, doch als mit einem unvermeidlichen Zwange, der allen Neigungen, aber nur durch eigene Vernunft angetan wird, verbunden, ist nun die Achtung fürs Gesetz.“*¹⁸¹ Achtung als moralisches Gefühl ist nicht nur die subjektive Triebfeder zur Sittlichkeit, sondern wird von Kant mit der Sittlichkeit gleichgesetzt, welche der moralischen Gesetzlichkeit subjektive Anerkennung („Ansehen“) verschaffe.¹⁸² Die Ursache der Achtung liegt in der reinen praktischen Vernunft und die Empfindung der Achtung ist praktisch a priori bewirkt.¹⁸³ Bezugspunkt der Achtung können nur Personen sein, niemals die unvernünftige Natur (Sachen, Tiere).¹⁸⁴ *„Achtung fürs moralische Gesetz ist also die einzige und zugleich unbezweifelte moralische Triebfeder, so wie dieses Gefühl auch auf kein Objekt anders, als lediglich aus diesem Grunde gerichtet ist.“*¹⁸⁵ Die betätigte praktische reine Urteilskraft ist die aktive praktische Vernunft und in dieser Reflexionstätigkeit liegt die Anerkennung des moralischen Gesetzes als positive Wirkung der Reflexion auf das Gefühl des Handelnden, welcher aus Achtung, Anerkennung, Interesse und moralischer Notwendigkeit Hinderungsgründe, welche ihn von der moralischen oder rechtlichen Handlung abhalten könnten, zurückdrängt.¹⁸⁶ *„Aus dem Begriffe einer Triebfeder entspringt der eines Interesse; welches niemals einem Wesen, als was Vernunft hat, beigelegt wird, und eine Triebfeder des Willens bedeutet, sofern sie durch Vernunft vorgestellt wird. Da das Gesetz selbst in einem moralisch-guten Willen die Triebfeder sein muss, so ist das*

¹⁷⁷ AA V S. 71.

¹⁷⁸ AA VI S. 213

¹⁷⁹ Bildung als notwendige Voraussetzung einer Entwicklung hin zu Selbstbestimmung und Freiheit - siehe Köhler, RuG, S. 69.

¹⁸⁰ AA V S. 73.

¹⁸¹ AA V S. 80.

¹⁸² AA V S. 76.

¹⁸³ AA V S. 76.

¹⁸⁴ AA V S. 76.

¹⁸⁵ AA V S. 78.

¹⁸⁶ AA V S. 79.

moralische Interesse ein reines sinnenfreies Interesse der bloßen praktischen Vernunft. Auf diesem Begriffe eines Interesse gründet sich auch der einer Maxime. Diese ist also nur alsdenn moralisch echt, wenn sie auf dem bloßen Interesse, dass man an der Befolgung des Gesetzes nimmt, beruht.“¹⁸⁷

- 3 Die Anerkennung des moralischen Gesetzes, die Achtung vor dem moralischen Gesetz und das moralische Interesse an der Anwendung des kategorischen Imperativs stehen wechselbezüglich zueinander und strukturieren die motivationale Bestimmung der Person als a priori bewirkte Gefühle. Der Pflichtbegriff (die Maxime oder die Handlung unter dem Gesetz) enthält somit eine praktische Nötigung. Das Nötigungsgefühl ist praktisch bewirkt durch eine vorhergehende objektive Willensbestimmung, also durch die Kausalität der Vernunft aus dem kategorischen Imperativ. Pflicht enthält die Unterwerfung unter das moralische Gesetz und enthält somit weniger das Gefühl der Lust, sondern vielmehr das Gefühl der Überwindung der möglichen Unlust an der Handlung in sich. Der Zwang zur Handlung/Maxime wird durch die Gesetzgebung der eigenen praktischen Vernunft ausgeübt und die Befolgung des Gebots bewirke über die „Selbstbilligung“ eine Erhebung des Gefühls *„in dem man sich dazu, ohne alles Interesse, bloß durchs Gesetz bestimmt erkennt, und sich nunmehr eines ganz anderen, dadurch subjektiv hervorgebrachten, Interesse, welches rein praktisch und frei ist, bewusst wird, welches an einer pflichtmäßigen Handlung zu nehmen nicht etwa eine Neigung anrätig ist, sondern die Vernunft durchs praktische Gesetz schlechthin gebietet und auch wirklich hervorbringt, darum aber einen ganz eigentümlichen Namen, nämlich den der Achtung, führt.“¹⁸⁸*

IV Die Kritik der praktischen Vernunft enthält keine Kritik der praktischen Urteilskraft

Die Hinweise von Kant in der Kritik der praktischen Vernunft auf das moralische Gefühl ersetzen eine mögliche und notwendige Kritik der reinen praktischen Urteilskraft nicht. Es ist nicht völlig von der Hand zu weisen, dass die Entwicklung des Begriffsapparats von Achtung, Anerkennung und Interesse in der Kritik der praktischen Vernunft, welcher auf ein moralisches Gefühl a priori hinweist, in einer Metaphysik der Rechts einige Fragen aufwirft. Auch wenn bei dem einen oder anderen das von Kant angenommene moralische Gefühl vorhanden sein mag - welcher Stellenwert kommt dem moralischen Gefühl im Begründungszusammenhang zu, wenn es darum geht, die Notwendigkeit einer Handlung/Unterlassung unter dem Gesetz darzulegen? Anerkennung, Achtung, Interesse und innere Nötigung bezeichnen die möglichen Resultate einer auf moralische Erkenntnis gerichteten Verstandestätigkeit. Es sind moralisch bewirkte Gefühle a priori, welche die handelnde Person empfinden mag oder auch nicht. Für die Moralität oder insbesondere die Rechtllichkeit der Maximenbildung und/oder der äußeren

¹⁸⁷ AA V S. 79.

¹⁸⁸ AA V S. 80.

Handlung dürften diese nichts austragen. Achtung, Anerkennung und Interesse sind die metaphorisch in die Gefühlswelt übertragene Einsicht in die Notwendigkeit, welche auf dem Vernunftschluss der Subsumtion beruht.

Diese wechselbezüglichen Begriffe bei Kant ersetzen eine systematische Kritik der praktischen Urteilskraft nicht. Diese Kritik wäre immanent zu untergliedern in eine Kritik der moralischen Urteilskraft (Tugendlehre) und in eine Kritik der juristischen Urteilskraft (Rechtslehre). Erst die noch ausstehende, d. h. noch durchzuführende Kritik der reinen praktischen Urteilskraft ergäbe den vollständigen Begriff des Sollens aus Freiheit. Das eine Maxime oder eine Handlung gesollt ist, ist das Resultat einer Reflexion des auf moralische Erkenntnis gerichteten Verstandes. Der vollständige Begriff des Sollens, der Verbindlichkeit/Notwendigkeit einer Maxime oder einer Handlung unter dem Gesetz, ist also erst dann angegeben, wenn die Reflexion (die Tätigkeit der praktischen Urteilskraft), deren Resultat der Begriff des Sollens aus Freiheit ist, durchdacht und dargestellt ist.

V Notwendige Ergänzung und Ausblick

Der vollständige Begriff des Sollens, der Verbindlichkeit/Notwendigkeit einer Maxime oder einer Handlung unter dem Gesetz, ist also erst dann angegeben, wenn die Reflexion (die Tätigkeit der praktischen Urteilskraft), deren Resultat der Begriff des Sollens aus Freiheit ist, durchdacht und dargestellt ist. RuG enthält diese Kritik der reinen praktischen -juristischen- Urteilskraft (noch) nicht. An dieser Stelle ist für die Erarbeitung eines vollständigen Normativitätsbegriffs auf der tragfähigen Grundlage von RuG einiges zu tun übrig (Leitlinien: Prinzip der vorpositiven Identität und die normative Positivität des Rechts). Eine Kritik der juristischen Urteilskraft hätte auf der Grundlage der juristischen Logik die Handlungsformen des positiven Rechts aus der Sicht unterschiedlicher Akteure und Rechtsgebiete aufzunehmen, wie z. B. die Techniken der Fallbearbeitung im Zivilrecht, im Strafrecht und im öffentlichen Recht, und die praktische Vernünftigkeit der rechtswirklichen allgemeinen Grundsätze kritisch zu erörtern.