

# Der eleutherologische Rechtsbegriff

## Kant, das Grundgesetz und die Aporien im Positivismus und in materialen Wertlehren

Von Peter REISINGER (München)

„Die Alten verwechselten das Naturrecht mit Ethik“  
I. Kant, Rfl. 6579, Akademieausgabe Bd. XIX

### Vorbemerkung

Der Aufsatz ist die Ausarbeitung eines Vortrages, den der Verfasser im Rahmen des internationalen Symposions „Liberación de/Befreiung von Hispano-America“ (vom 11.–14. September 1984 in der Universität Münster i. W.) gehalten hat. Da sein Charakter als Diskussionsbeitrag gewahrt werden sollte, ist auf eine Auseinandersetzung mit der vorhandenen Literatur auch aus dem Grunde verzichtet worden, um die Pointe scharf herauszustellen: Daß der eleutherologische Rechtsbegriff sich einer transzendental-intellektuellen und daher einer nicht-empirischen Kompetenz verdankt. Dem Leser wird der Vergleich mit Positionen der Literatur leichtfallen. So ist der eleutherologische Rechtsbegriff z. B. nicht deckungsgleich mit dem Rechtsbegriff von J. Ebbinghaus und K. Reich, obwohl beide sich auf Kant berufen<sup>1</sup> –, anders die Interpretation von K. Larenz. Ferner ist auf eine Disputation des in seiner Tragweite kaum bekannten Dissenses zwischen dem Beispiel einer Interpretation der Freiheitsrechte des Grundgesetzes durch einen Kommentar (1.) und der Kantischen Position (4.) verzichtet worden. Auch sie soll dem aufnehmenden und weiterführenden Denken des Lesers überlassen bleiben.

---

<sup>1</sup> Gerade wenn man – wie Ebbinghaus und Reich zu Recht – aufgrund der Differenz von Handlung und Zweck das Recht von der Ethik praktologisch streng trennt, bedarf es eines generativen autonomen Prinzips, um den verbindlichen *Inhalt* eines fundamentalen Rechtsrahmens a priori wißbar zu machen. Soll dieser *gerecht* sein, kann dieses Prinzip nur das der äußeren Freiheit als nicht-empirische, praktisch-intellektuelle Kompetenz sein. Daß seine faktische Geltung in einem Staat durch das „*principium executionis*“ äußeren Zwangs durchgesetzt wird (die „Triebfeder“), ist kein Gegenargument. Denn Zwang kann auch Unrecht durchsetzen wie im Hitler-Regime. Es muß a priori feststellbar sein, wann Zwang legitim ist: Nämlich dann, wenn er der „Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit“ (Kant) dient. Es kann durch äußeren Zwang die Verletzung der Freiheit (d. h. der Autonomie-Struktur des Rechts) verhindert werden, auch wenn nicht ethisch, aus rechtlicher Gesinnung, gehandelt wird. Im Hitler-Regime hingegen existierte keine autonome Rechtsstruktur, und was an ihrer Stelle exekutiert wurde, kann unter der Interpretation des Rechtsbegriffs ohne Freiheitsprinzip – wie bei Reich und Ebbinghaus – „rechtlich“ letztlich nicht abgewiesen und verhindert werden. (Vgl. zu Reich und Ebbinghaus: G. Scholz, *Das Problem des Rechts in Kants Moralphilosophie* [Diss. Köln 1972], zit. in der Arbeit von K. Kühl, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung* [Freiburg/München 1984], welche die Alternativen reich belegt darstellt.)

Der Aufsatz enthält Materialien zu einer DFG-Forschungsarbeit unter dem Thema „Recht als Freiheit“.

### 1. *Recht und liberale Freiheit*

#### 1.1 Das Hauptfreiheitsrecht in einer Interpretation des Grundgesetzes

Einem Kommentar des Grundgesetzes zufolge<sup>2</sup> ist Freiheit ein Menschenrecht als Persönlichkeitsrecht, das der Art. 2 I positiviert hat („Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit...“). Es ist das „Hauptfreiheitsrecht“ als *lex generalis* zu benannten Spezialfreiheitsrechten, mit welchen zusammen es als ein Ganzes der „individuellen Freiheit“ aufgefaßt wird, die „in sich einheitlich“ sei (Art. 2 I, Rdnr. 6, 7 und 3). Teilfreiheitsrechte sind z.B. das Recht der freien Berufsaufnahme (Art. 12), das Recht der Tarifvertragsfreiheit (Art. 9 III), das Recht der Glaubens-, Gewissens-, Bekenntnisfreiheit (Art. 4 I), das Recht zur Freiheit der zwischenmenschlichen Kommunikation (Art. 5). Das Hauptfreiheitsrecht ist das Recht auf allgemeine „Handlungsfreiheit“ (Art. 2 I, Rdnr. 9). Es ist ein „subjektives öffentliches Recht“ und – in dieser Interpretation entscheidend – es ist „beschränkbar durch jede Norm, die ihrerseits ihre Rechtfertigung in den drei Rechtsgütern der ‚Soweit-Klausel‘ findet“, nämlich: „...soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“ (Art. 2 I, Rdnr. 12). Das „Hauptfreiheitsrecht“ ist daher durch einen „unmittelbaren Verfassungsvorbehalt“ beschränkt (ebd.), durch die Rechte anderer,<sup>3</sup> die „verfassungsmäßige Ordnung“ und das „Sittengesetz“. Die Rechte anderer sind repräsentiert durch die „im Grundrechtsteil geltend nachgewiesene *regula aurea*: Was Du nicht willst, das man Dir tut, das füg auch keinem anderen zu, ... verzahnt ... mit der weiteren Grundrechtsschranke des „Sittengesetzes“, einer „*ethisch immanenten Schranke* aller Rechte“ (Rdnr. 74). Diese unmittelbaren Beschränkungen definieren geradezu das Freiheitsrecht des Art. 2 I als Recht auf Handlungsfreiheit.<sup>4</sup> Der Art. 1 (Würde des Menschen) formuliert kein Freiheitsrecht. Er wird als „Wertmaßstab in die Spezialinterpretation des jeweiligen Grundrechtes“, also auch des Art. 2 I, einbezogen (Art. 1, Rdnr. 13). Er formuliert auch kein subjektives öffentliches Recht, da sein „Wertanspruch“ „gemäß Art. 1 I ... in Art. 1 II rein formal in Einzelrechte aufgelöst und in Art. 1 III ebenso formal adressiert wurde“, um „*inhaltlich*“ näher in die *Teilrechte auf Freiheit* (Art. 2 I) und auf Gleichheit (Art. 3 I) präzisiert zu werden und als diese Rechte anerkannt werden zu können (Art. 1, Rdnr. 10).

<sup>2</sup> Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Kommentar (München 1969).

<sup>3</sup> „Mann kann also in den Rechten anderer eine allen Grundrechten geradezu *rechtslogisch immanente Schranke* erblicken.“ (Rdnr. 73)

<sup>4</sup> So das BVerfG: „Denn es wäre nicht verständlich, wie die Entfaltung dieses Kernbereiches (sc. der Persönlichkeit, das Wesen des Menschen als geistig-sittliche Person) gegen das Sittengesetz, die Rechte anderer oder sogar gegen die verfassungsmäßige Ordnung einer freiheitlichen Demokratie sollte verstoßen können.“ (Rdnr. 11; 4a, dd)

## 1.2 Freiheit als Freiraum

Der Kommentar bestimmt die Freiheit des Hauptfreiheitsrechtes und der Spezialfreiheitsrechte offensichtlich als die Möglichkeit einer Person, sich durch Handlungen (im weitesten Sinne, z. B. auch durch Sprachhandlungen wie im Art. 5) entfalten zu können. Diese Entfaltungsfreiheit ist empirisch beschreibbar und begrenzt. Die schließlich gezogene Grenze bestimmt einen Entfaltungs-, einen Freiraum. Erst indem ein solcher in seinen Grenzen durch das Grundgesetz festgesetzt und garantiert wird, hat die Person ein *Recht* auf diesen Freiraum, hat sie ein „Freiheitsrecht“. Das „Recht“ wird daher eigentlich als Garantie einem festgesetzten Freiraum zugesprochen; nicht ist es als Institut a priori strukturell aus der empirischen „Freiheit“ als Eigenschaft einer Entfaltungsmöglichkeit oder eines Handlungsraumes abgeleitet.<sup>5</sup>

## 1.3 Grundrechte als garantierte empirische Kompetenzspielräume

Alle angeborenen oder erworbenen Eigenschaften und Dispositionen des Menschen (z. B. ein Gewissen zu haben, eine Meinung äußern zu können, einen Körper zu haben, verheiratet zu sein, arbeiten zu müssen...) als sich reproduzierendes Wesen erfordern eine empirische Sphäre, um sie realisieren zu können. Die Grenze dieser empirisch notwendigen Sphären bestimmt das Maß der Entfaltungsmöglichkeit, also der empirischen „Freiheit“ ihrer Subjekte. Freiheit ist somit eine zu allen besonderen Eigenschaften und Dispositionen des Menschen erforderliche *allgemeine* empirische Eigenschaft, die einschränkbar und ausdehnbar ist. Sie und die besonderen Eigenschaften und Dispositionen werden für wert<sup>6</sup> befunden – etwa weil sie den Menschen konstituieren, empirisch notwendig sind oder auch aus „ideellen“ Gründen; und deshalb werden sie „rechtlich geschützt“, werden zu einem Recht, dem eine Pflicht entspricht.

Das Freiheitsrecht, allgemein als Handlungsfreiheit und spezifiziert für Eigenschaften und Dispositionen (Bekennnisfreiheit, Freiheit der Eltern zur Erziehung der Kinder, Versammlungsfreiheit...), *existiert* als eine von der Staatsgewalt garantierte *Möglichkeit* für Menschen und Bürger. Sie muß von der *wirklichen* Freiheit unterschieden werden. Jeder Mensch hat das Freiheitsrecht als eine garantierte existente Möglichkeit. Hat er jedoch keine Ressourcen und Mittel, seine Eigenschaften und Dispositionen in den ihnen entsprechenden garantierten Freiräumen zu realisieren, dann ist er de facto, „in Wirklichkeit“, unfrei.

<sup>5</sup> Eigentlich sind die Ausdrücke „freie Entfaltung“ und „Handlungsfreiraum“ tautologisch: Wenn eine Entfaltung *möglich*, d. h. ein Raum zum Handeln überhaupt vorhanden ist, dann *ist* ihr Subjekt insofern frei, die Grenze mag eng oder weit sein.

<sup>6</sup> Der Wertgrund bleibt subjektiv-kontingent außerhalb des Rechts, geht in die Rechtsstruktur nicht ein.

### 1.4 Freiraumfreiheit ist staatlich festgelegte und garantierte Willkürfreiheit

Das Hauptfreiheitsrecht des Art. 2, I ist der festgelegte und garantierte Freiraum für die „Entfaltung“ des Individuums, für seine Handlungen als Realisierung seiner Zwecksetzungen. In diesem Freiraum kann es seine Zwecke *beliebig* setzen und empirisch *beliebig* realisieren, und was ihm verboten ist, gehört eben nicht mehr zu seinem Freiraum.

Diese Beliebigkeit, verbunden mit dem Bewußtsein, Handlungsobjekte hervorbringen zu können – die Ressourcen und Mittel zu haben –, bestimmen genau das, was Kant in seiner Handlungstheorie in der Einleitung zu seiner „Metaphysik der Sitten“ die *Willkürfreiheit* nannte. sie ist nicht die „Freiheit der Willkür“, denn diese ist die transzendente Freiheit, welche negativ eine Freiheit *von* der Willkür ist. Was das Freiheitsrecht des Artikels 2, I also begrenzend festlegt und garantiert, ist der Freiraum der Willkürfreiheit. Das Freiheitsrecht ist sozusagen der subjektiv-öffentliche „Besitz“ eines Handlungsraumes für die Willkürfreiheit. Die öffentliche Gewalt garantiert dem Subjekt einen Freiraum für seine Willkür, anerkennt also seine Willkür in bestimmten Grenzen. Wir nennen diese eingeräumte Willkürfreiheit, die selber kein Recht ist und aus der keine Rechte folgen – sie wird erst durch die Staatsgewalt zu einem Recht –, die *liberale Freiheit*. Ihre Kennzeichen sind, empirisch zu sein, ausdehnbar und bis auf Null reduzierbar zu sein, im faktischen Falle – wenn die Personen und Mittel zu ihrer Realisierung als Freiraum fehlen – zur Unfreiheit werden zu können, durch die Staatsgewalt zu einem Recht gemacht zu werden, also kein Naturrecht zu sein.

## 2. *Recht als Zwang*

### 2.1 Im Naturzustand

*Willkür-Freiheit als Handlungsmacht.* – Stellen wir uns einen Zustand vor, in dem sich die Menschen ausschließlich im unmittelbaren Verhältnis ihrer Willkür-Freiheit befinden, ohne staatliche Regulierung dieses Verhältnisses: Dann ist potentiell immer Krieg. Willkür-Freiheit heißt, persönlich Beliebig-Begehrten verwirklichen, durch Handeln äußerlich in der Natur und unter Menschen durchsetzen zu können. Subjektiv kann jeder begehren, was er will, aber es durchsetzen zu können, das erst *ist* seine Freiheit.<sup>7</sup> Sie ist quantifizierbar bemessen nach der Macht, den Kräften und Mitteln, die zur Verfügung stehen. Freiheit ist hier Macht. Eine Freiheit ist, soweit sie reicht, damit zugleich immer die Unfreiheit ei-

<sup>7</sup> Das eigentliche Element „Freiheit“ in dem Kompositum „Willkür-Freiheit“ ist die Handlungsmacht als das Durchsetzenkönnen des Gewillkürten. Ohne dieses bliebe das „Belieben zu tun oder zu lassen“ (Kant) ein *Wunsch*. Kants Handlungstheorie hat das in der Einleitung zur Metaphysik der Sitten deutlich herausgestellt. Streng genommen ist die „Freiheit“ der naturzuständlichen Willkür-Freiheit die Handlungsmacht, die „physische Möglichkeit“ (Kant, Kritik der praktischen Vernunft, A 100–102). Über sie kann das Subjekt sich im Irrtum befinden – und es *ist* dann nicht frei, sondern *meint* es nur.

nes anderen, dessen Freiheit dann eingeschränkt und geringer ist, wenn seine Macht geringer ist. Das kann bis zu Null gehen. Eine faktische soziale Beziehung unter diesem Idealtypus ist ein Verhältnis gegenseitig ausgeübter Handlungsmacht. Es ist, wie es ist. Es ist ein *Sein*. Von einem *Sollen*, einer praktischen Regel sprechen zu wollen, wäre ohne jeden Sinn in einem solchen Verhältnis totaler Willkürfreiheit. Das „Recht“ ist das Recht des Stärkeren.

## 2.2 Im „status civilis“

*Das Gewaltmonopol.* – Den permanent-potentiellen Kriegszustand zu verlassen wird realpraktisch erst möglich, wenn die Macht zu zwingen, also ein Belieben in einer Beziehung zu anderen durchsetzen zu können, einer einzigen Instanz, „Souverän“ genannt, übertragen wird. Durch diesen universellen Verzicht, Gewalt, äußeren Zwang auszuüben und durch die Übertragung der Machtkompetenz auf den Souverän gewinnen die der Macht Unterworfenen persönlich äußere *Sicherheit* voreinander. Durch ihren Gewaltverzicht wird es zugleich möglich, äußeres Handeln und damit das permanente gegenseitige Einschränken der empirischen Willkürfreiräume von einer einzigen Instanz aus zu regeln. Die Regeln hierzu stiften daher erst das, was man soziale *Ordnung* nennen kann. Die soziale Ordnung ist identisch die Zwangsmacht des Souveräns, die aktuell wird, wenn der Unterworfene die Regel verletzt hat.

## 2.3 Der Begriff des Sollens

Ein Naturgesetz ist eine „Seinsregel“ in dem Sinne, daß sie Naturvorgänge beschreibt und vorhersagt. Daß sich ein fallender Körper unter der Regel  $s = 1/2 \text{ gt}^2$  bei gegebenem  $t$  *nicht* an einer durch die Regel ausgesagten bestimmten Raumstelle befindet, ist unmöglich. Es ist aber sinnlos zu sagen, er „solle“ sich dort befinden.

Menschliches Verhalten demgegenüber ist dadurch charakterisiert, sich „nach der *Vorstellung*“ (Kant) von Regeln verhalten zu können. Verlangt die Regel (wie die Ordnungsregeln des Souveräns) von den Subjekten, sich die Regel als ihre *Maxime* zu eigen zu machen, d.h. für ihr Verhalten kausal werden zu lassen, dann ist die Regel an sie als „Soll-Regel“ adressiert, ein soziales Sein zu realisieren; sie ist ein Imperativ. Aber: Einer Regelvorstellung zu folgen, sie zu einem realen Agens des eigenen Verhaltens zu machen – dazu bedarf es für die Subjekte selber eines „subjektiven Grundes“, einer „Triebfeder“. Diese ist in diesem Modell die reale Zentralmacht des Souveräns. Sie realisiert die Ordnungsregeln, indem sie durch mögliche Zwangsanwendung kausal die Untertanen disponiert, die Ordnungsregeln zu übernehmen.

## 2.4 Das Recht als Macht: Ein hypothetischer, technisch-praktischer Imperativ

Die empirische Willkürfreiheit des Souveräns, der Freiraum seines Gewaltmonopols also, ist in diesem unmittelbar ersten Denkmodell eines status civilis, der

den Kriegszustand des Naturzustandes ablösen soll, von außen nicht beschränkbar. Der Leviathan des Thomas Hobbes ist selber – idealiter – frei von jedem Zwang. Sein „Wille“ und seine ausführende Macht sind identisch, wenn er etwas will; denn seine Willkürfreiheit ist ja der Freiraum seines Gewaltmonopols.<sup>8</sup> „Recht“-Setzung und Macht als äußerliche Garantie („durch die Chance physischen oder psychischen Zwangs durch ein auf Erzwingung der Innehaltung oder auf Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines *eigens* darauf eingestellten *Stabes* von Menschen“: Max Weber, Soziologische Grundbegriffe, § 6 II b) sind ungetrennt. Beigebrachte Legitimationsgründe sind äußerliche Reflexe, „Ideologie“; sie lassen die Sachstrukturen, die die einer faktischen „Machtfrage“ sind, unberührt.<sup>9</sup>

Einer Sollregel, einer Norm ist der Souverän in dieser „Rechts“-Struktur als unbeschränkte empirische Willkürfreiheit nicht unterstellbar. Ein Eingeschränktheit seines Willens a priori durch Naturrecht, durch „Grundrechte“ der Untertanen ist undenkbar. Für die Untertanen sind ungenormter Wille und unbeschränkte Macht dasselbe. Genormt ist die *ihnen* eingeräumte Willkürfreiheit, und zwar negativ: Gegenseitig in die garantierten Freiräume nicht einzugreifen. Freiheit ist die zugelassene *private* Willkürfreiheit. „Öffentliche“, bürgerliche Freiheit ist unter diesem Idealtyp sinnlos, weil wegen der Identität des Rechtes mit der Macht nicht garantierfähig.

Die Struktur der für die Untertanen erlassenen Rechtsregeln ist genau die des „hypothetischen Imperativs“ in seiner „technisch-praktischen“ Form aus der Kantschen Handlungstheorie. Durch sie wird kein Naturrecht, kein „gerechtes Recht“, sondern die unbegrenzbare empirische Willkürfreiheit des Souveräns realisiert. Es gilt für alle Untertanen  $x$ : Wenn  $x$  vermeiden will, daß die Zentralmacht als Zwang gegen ihn wirksam wird ( $\neg Z_x$ :  $x$  will nicht, daß Zwang gegen ihn ausgeübt wird), dann „erfüllt“  $x$  die Rechtsregel (R):  $\bigwedge x (\neg Z_x \rightarrow Rx)$ . Dieser technisch-praktische hypothetische Imperativ hat die Form des „Gesetzes“ einer „nomologischen Erklärung“ der Naturwissenschaften (Hempel, Oppenheim, Carnap, Stegmüller), z. B. der Physik, und in der Tat haben diese „technisch-praktischen Regeln“ für Kant ihren genuinen Ort im „Praktischen nach Naturbegriffen“. An keiner Stelle der Verfassung dieses Rechtsmodells kann das „Praktische nach dem Freiheitsbegriffe“ im Sinne Kants relevant werden. Der Untertan

<sup>8</sup> Daß im empirischen Fall der Freiraum und damit das Wollen einer Zentralmacht immer beschränkt sind, spielt für das Modell als Idealtyp keine Rolle. Diesen und andere Idealtypen muß man bilden, um in empirischen Fällen die diktierende Struktur – z. B. in der Analyse dessen, was Recht und Freiheit sind – bestimmen zu können.

<sup>9</sup> Eine Schwachstelle im Typus der Hobbesschen Argumentationsstruktur, die auf allen Rechtspositivismus eine so starke Faszination ausübt: Die Fiktion eines Sozialkontraktes, die Menschen im Naturzustand hätten sich ihrer Willkürfreiheit begeben und alle Gewalt dem Souverän übertragen, um Sicherheit zu erlangen und auch vom Souverän verlangen zu können, ist kein Legitimationsgrund für die öffentliche Gewalt. Sie bedarf gar keines Legitimationsgrundes, denn was *ist*, braucht nicht gerechtfertigt zu werden. Recht als Zwang kann und braucht nicht legitimiert zu werden. Die Stärke des Hobbesschen Gedankens wird aufgegeben, wenn quasi „naturrechtlich“ nach Legitimationsgründen gesucht wird: Sie verfallen dem naturalistischen Fehlschluß.

folgt „analytisch“ („Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“) dem consequens (Gesollten), denn er akzeptiert das antecedens normalerweise (er ist von Natur aus disponiert, Unlust als Folge von ausgeübtem Zwang zu vermeiden). Unter dem Recht als Zwang *kann* das Recht für den Untertan nur *Mittel* seines Zweckes sein, Unlust zu vermeiden. Das Recht in seiner faktischen Geltung ist für den Rechtsunterworfenen prinzipiell bedingt, obwohl es als Macht des Souveräns permanent präsent ist.<sup>10</sup> Eine Normativität, deren Soll-Anspruch nicht machtidemisch ist, sondern die allein aufgrund a priori inhaltsbestimmender Minima nicht-empirischer Freiheitspostulate gilt (die gleichfalls durch Zwang, aber nicht durch rechtskonstituierenden Zwang, sondern durch *dienenden* Zwang zu realisieren wären), ist unter hypothetischen, nicht-kategorischen Strukturen nicht zu haben. – Wir wollen das bedingte Sollen in der hypothetischen Struktur des Rechts, das Macht ist, das „unechte Sollen“ nennen.<sup>11</sup>

### 3. Rechtspositivismus und materiale Wertlehre (materiales Naturrecht)

#### 3.1 Rechtspositivismus

Praktologisch ist die Gattungsverwandtschaft zwischen dem Rechtspositivismus und dem Hobbesschen Modell „Recht als Zwang“ schwerlich zu leugnen – bei aller Divergenz in der Ausgestaltung, die hier möglich ist. Der Rechtspositivist ist metaphysikfreier, antiideologischer Empiriker. Empirisch aber ist ihm Recht das, was real garantiert „gilt“, dessen Norminhalt dadurch legitim ist, daß er empirisch „existiert“, d. h. daß seine Verletzung durch die Macht eines Souveräns verhindert bzw. geahndet wird. Eine Differenz zwischen einem gesollten, zu fordernden Norminhalt und seiner empirischen Geltung muß abgelehnt werden, da die empirische Geltung als letzte Instanz damit schon nicht mehr faktisch-fraglos wäre. Eine „reine Rechtslehre“ (H. Kelsen)<sup>12</sup> muß jedes Naturrecht

<sup>10</sup> Dies ist die prinzipielle Schwäche jedes despotischen Regimes, symbolisch darstellbar „durch eine bloße Maschine (wie etwa eine Handmühle), wenn er (der Staat) durch einen einzelnen absoluten Willen beherrscht wird“ (Kant, Kritik der Urteilskraft, §59). Bei Wegfall der Bedingung verschwindet das Recht als Bedingtes, und auch während ihrer faktischen Geltung ist sie unaufhörlich gefährdet durch eine unaufhörliche Kosten-Nutzen-Kalkulation durch den Untertan; nie ist gesichert, daß er den bedingenden Zweck nicht aufgibt – es aufgibt, sich durch die Macht des Souveräns in der Form von angedrohter „Unlust“ motivieren zu lassen.

<sup>11</sup> Wenn auch die formale Existenz des Souveräns seine Macht ist und er sie schon deshalb reproduzieren muß, so sind es doch Zwecke materialer Interessen, die er durch seine Macht nach innen durch Regulierung der privaten Willkürfreiheitsräume der Untertanen und nach außen verwirklicht. Er ist die Instanz der letzten Zwecke, die allerdings wiederum der Machterhaltung und –steigerung dienen, die nie in Frage gestellt werden. (Auch der „erste Diener“ des Staates, also der Staatsinteressen, bestimmt, was die Interessen des Staates sind, z. B. Schlesien zu erobern.)

<sup>12</sup> Für Kelsen war im Prinzip jeder Norminhalt möglich. Es ist z. B. Ideologie, mit dem Verweis auf ein Gottesgnadentum die Interessen des Souveräns zu legitimieren. Macht *ist* und bedarf keiner Legitimation. – Es ist dem Verf. nicht verständlich, daß nicht gesehen wird, daß gerade damit *jedes* Interesse machtpolitisch durchgesetzt werden darf, eben weil es durchgesetzt werden kann.

gleichsam als vagabundierendes Sollen, als Willkür, als subjektiv, als Ideologie abweisen.<sup>13</sup>

In ihrer Struktur ist die Rechtsregel des Positivismus keine andere als die des Hobbeschen Modells. Sie ist die technisch-praktische eines hypothetischen Imperativs, für die der Macht unterstehenden Rechtssubjekte ist die *Befolgung* der Rechtsnorm – d.h. die empirische, realsoziale, „positive“ Existenz der Rechtsnorm – das Mittel zu dem Zweck, die Sanktion, also Unlust, zu vermeiden. Das Gesolltsein der Rechtsnorm, der Imperativ, sie zu befolgen, ist im Rechtspositivismus trotz – nein: *wegen* der determinierenden Drohung der existenten Sanktion für den Verpflichteten bedingt und damit „an sich zufällig“ (Kant). Denn die durch die Sanktionsdrohung in ihm bewirkte Absicht, Unlust zu vermeiden, kann als Bedingung, der Norm zu gehorchen, von ihm jederzeit aufgehoben werden. Recht als faktische Unbedingtheit der Macht ist strukturell-notwendigerweise für die Rechtsadressaten kontingent.<sup>14</sup>

### 3.2 Materiale Wertlehren (materiales Naturrecht)

Es kann nachgewiesen werden, daß eine Rechtsposition, insofern sie durch eine – ontologische oder phänomenologische – Wertlehre fundiert wird, die praktologisch einzig mögliche, aber antinomische Gegenposition zum Rechtspositivismus darstellt. Meine These ist, daß der Ort einer objektiven materialen Wertlehre als ein materiales Naturrecht – wenn überhaupt – der Ort der *Ethik*, unmöglich aber der Ort des Rechts sein kann. Eine Ethik in hypostasierter Form als Wertlehre ist in ihrem Anspruch, a priori das Recht fundieren zu können, die antinomische Alternative zur Theorie eines formalen machtgesetzten positiven Rechts. Auf dem praktologischen Level dieser notwendig sich setzenden Antinomie muß sich der Anspruch der Alternativen, das Recht fundieren bzw. setzen zu können, zersetzen.

Es ist zu bedauern, daß die Relevanz der mit Kants Handlungstheorie zu gewinnenden genauen Differenzierung und Bestimmung von Mittel und Zweck für die Differenz von Recht und Ethik zu wenig bekannt ist.<sup>15</sup> Eine der folgenreichen

<sup>13</sup> Formale Kriterien, wie z.B. Widerspruchsfreiheit, sind dabei zugelassen. Aber die Substanz des Rechts als faktische Positivität bleibt die Macht. Und so ist es denn auch unter dem Prinzip „Recht als Macht“ widerspruchlos zu den übrigen Rechtsregeln möglich, z.B. die Euthanasie an Geisteskranken einzuführen. Das war denn auch für einen Oberstaatsanwalt in der Nazizeit nicht das Empörende. Das Peinliche war ihm die fehlende Gesetzesgrundlage, so daß er in einem Brief an den Reichsjustizminister flehte, die Euthanasie endlich doch gesetzlich zu legitimieren.

<sup>14</sup> Unter der lange vorwiegend positivistischen Rechtseinübung scheint sich daher in der Gesellschaft eine ökonomische Rechtsauffassung zu verbreiten: Man kalkuliert an anderen Zwecken, ob der Zweck, Strafe zu vermeiden – also die Norm zu befolgen – sich lohnt: Vom Schwarzfahren in der U-Bahn bis hin zur Wirtschaftskriminalität und riskierten Naturzerstörung.

<sup>15</sup> Der Mensch verwirklicht durch Handlungen (das Mittel) ein vorgesetztes Worumwillen, und dieses, der Zweck, ist causa und die eigentliche „*Materie*“ (Kant) seines Tuns. Es ist nicht ausgeschlossen, denselben Zweck durch verschiedene Handlungen zu verwirklichen, oder daß dasselbe Mittel zur Verwirklichung verschiedener Zwecke tauglich ist. Die Rechtsfrage bezieht sich ausschließlich auf den Mittelbereich, d.h. auf den äußeren, raum-zeitlich bestimmten Interaktionsbereich der



Konsequenzen nämlich ist eben die Möglichkeit, exakt und kritisch den praktologischen Ort einer rechtsfundierenden Wertlehre angeben zu können: Als den Ort der Ethik, nicht des Rechts. Eine materiale Wertlehre aber unterschiebt überflüssiger- und folgenloser Weise der Autonomie des Rechts eine materiale Wertbasis, die logisch nur dem inneren Bereich einer inneren ethischen Absicht, einer wertinteressengesteuerten Zwecksetzung entnommen sein kann und damit das handlungstheoretisch genuine Gebiet des Rechts, das Gebiet der äußeren Handlung, verfehlt.<sup>16</sup> Das zeigt sich, indem eine „Wertmaterie“, die in evidenter „Selbstgegebenheit“ „gilt“, alsdann von einem „Träger“ „realisiert“ (Max Scheler) werden muß: d. h. nichts anderes, als daß – unter dem „altmodischen Verhältnis von Zweck und Mittel“ (C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*) – ein Worumwillen, ein Zweck (der Wert) durch Handlungen verwirklicht wird. Die Rechtssubstanz wird aber damit aus dem autonomen Rechtsort, der gewußt-gewollten *Handlung*, in einen ontologisierten ethischen Ort der Werte als Zweck und Sinn der Rechts-handlung abgeschoben. Die Rechtshandlung ist letztlich durch einen Wert legitimiert, geboten oder verboten. Die „Geltung“ dieser materialen Werte aber kann nur subjektiv disponiert sein, auch wenn sie mit objektivem Anspruch auftreten. Denn es hängt von der Disposition des Subjekts ab, ob es in der Realisierung eines Wertes durch Handlungen eine es erfüllende, objektivierte, befriedigende Identifikation seiner mit der Wirklichkeit findet oder nicht.<sup>17</sup>

---

*Handlung* (auch Sprachhandlung) – die ethische Frage auf den inneren Bereich der materialen subjektiven Zwecksetzung (vgl. in der Metaphysik der Sitten die „Einteilung der Metaphysik der Sitten überhaupt“ und die „Erörterung des Begriffs der Tugendlehre“). Der entscheidende Punkt ist nun, daß äußere Handlungen erzwungen und verhindert werden können, nicht aber innere Zwecksetzungen: Man kann „nie ... einen Zweck zu haben von anderen gezwungen werden, sondern ich kann nur selbst mir etwas zum Zweck machen“. Was Rechtspflicht ist, ist daher äußerlich erzwingbar – ethische Pflichten aber sind es nur durch subjektiven Selbstzwang. Da nun jeder Zweck durch Mittel (Handeln) verwirklicht werden muß, stellt sich für die Verwirklichung jeder inneren ethischen Zwecksetzung die Rechtsfrage. Das Recht ist insofern negative Bedingung für die Ethik: Nur was nicht Unrecht ist, kann einen ethischen Zweck in die Tat umsetzen. Ersichtlich ist es umgekehrt unmöglich, daß die Ethik in das Recht eingreifen, es konstituieren oder korrigieren könnte. (Der einzige, aber nur *formell* ethische rechtsbezogene Zweck ist der ethische Zweck, nicht nur rechtspflichtgemäß, sondern *aus* Pflicht, aus Rechtsgesinnung rechtlich zu handeln, unter der Rechtsgesinnung als innerer Triebfeder [Moralität, nicht Legalität] und nicht nur wegen äußerem angedrohten Zwang.) – Die Folgerungen aus diesen scheinbar trivialen Differenzierungen wären eingreifend und entsprechen keineswegs den üblichen öffentlichen Ansichten. (So ist z. B. eine objektive Gesinnungsprüfung unmöglich und unstatthaft, da die öffentlich-äußere Rechtsinstanz [der Staat] eine ethische Gesinnung weder vorschreiben darf noch vorschreiben kann, auch nicht im Strafrecht.)

<sup>16</sup> So ist die Tötungshandlung *material-naturrechtlich* nicht – in welchem genauen Sinne, ist bei Kant zu sehen – *kategorisch* um ihrer selbst willen verboten, sondern *weil* das Worumwillen eines Wertes oder einer Wertinstanz (Heiligkeit des Lebens, Gott...) sie verbietet. Das Unterlassen des Tötens ist die Aktualisierung eines materialen Wertzwecks als *causa*.

<sup>17</sup> Auf die Grundlage dieser Theoreme und ihren groß angelegten Destruktionsversuch bei Max Scheler, der die Zweckstruktur von Werten und ihre subjektive Basis scharf abweist, kann hier nicht eingegangen werden. Ob eine apriorische Wertgeltung und die Struktur eines apriorischen Wertebereiches durch eine Anschauung, eine phänomenologische „Wesensschau“ faßbar sind – ob ein *Sollen* durch Werte a priori und nicht umgekehrt fundiert ist, kann nur eine erkenntnisphilosophische Auseinandersetzung mit der ontologischen Phänomenologie entscheiden. (Der Verf. will nicht ver-

### 3.3 Die Antinomie von Rechtspositivismus und materialer Wertlehre (materielem Naturrecht)<sup>18</sup> in der Fundierung dessen, was Recht sei

Eine Rechtstheorie verfehlt vorweg ihre Aufgabe, wenn sie den Ort der Rechtssetzung und/oder der Rechtsfundierung getrennt vom Adressaten, den zu verpflichtenden Rechtssubjekten denkt. Eine Rechtstheorie im starken, genuinen Sinne fragt, was Recht sein soll, am Orte der Rechtssubjekte, d. h. am eigentlichen Ort der Verpflichtung, der zu vollziehenden Rechtswirklichkeit. Wie ist das, was Recht sein soll, für die Menschen, die es verpflichtet, möglich? Diese Frage dekouviert die notwendig antinomische und damit selbstzerstörende Struktur, in der der Rechtspositivismus und das materiale Naturrecht stehen. Diese Struktur ist teleologisch die Zweck-Mittel-Struktur:  $x$  folgt der Norm  $n$  ( $n$  ist für  $x$  „Rechts“-Norm), weil  $y$  (der Zweck) gilt, also  $y$  durch normkonformes Verhalten des  $x$  realisiert werden soll. Das Rechtsverhalten des  $x$  unter dem Rechtspositivismus verwirklicht den Zweck  $y_1$  des  $x$  (die angedrohte Sanktion des normsetzenden, machthabenden Souveräns), also Unlust zu vermeiden; – unter dem materialen Naturrecht verwirklicht es den Zweck  $y_2$ : Einen Wert als ein „Rechtsgut“. Die Zwecke  $y_1$  und  $y_2$  schließen sich antinomisch aus.  $y_1$  ist der generelle negative Zweck, wegen der Disponierung durch das Lustprinzip gegen sich gerichtete, verabscheute Unlust bewirkende äußere Handlungen zu vermeiden. Er ist in diesem generellen, inhalts-unbestimmten Sinne formal, nicht-material.  $y_2$  ist ein jeweils besonderer positiver oder negativer Zweck; ein Wert oder Unwert, der aktualisiert oder nicht aktualisiert werden soll. Er ist inhaltsbestimmt material, nicht-formal. Die causa  $y_1$ , Folge angedrohten äußeren Zwangs, bestimmt das Rechtsverhalten als reale Autorität;  $y_2$  als ideelle. Die Position des Naturrechts ( $y_2$ ) wirft der Position  $y_1$  vor, kriterienlos prinzipiell jeden Inhalt<sup>19</sup> als Recht zu akzeptieren, wenn er nur durch ein Machtmonopol sanktioniert ist und insofern als Realität „gilt“. Umgekehrt wirft die Position „Recht als Macht“ der Position  $y_2$  Ideologie bzw. eine „Tyrannei der Werte“ (C. Schmitt)<sup>20</sup> vor, eine permanente Aggressivität, da Werte ja nicht von sich aus als Rechtsrealität gelten, sondern zu einer solchen durchgesetzt werden müssen. Unter  $y_1$  existiert das Recht als Macht

---

hehlen, daß er Kants transzendentalphilosophischen Ansatz Schelers Kritik gegenüber für rehabilitationsfähig, ja für überlegen hält. „Werte“ wären für Kant Zwecke, die a priori als Pflichten aus der Kompetenz der Freiheit und ihrem Gesetz zu generieren wären. Schelers Kant-Interpretation ist, wie zu zeigen wäre, von vorentscheidenden Mißverständnissen geprägt. Der von Max Weber als notwendig diagnostizierte Kampf der Wertordnungen und die Kritik von C. Schmitt an der erschlichenen Objektivität von Wertlehren, der Verschleierung ihres subjektiv-thetischen Ursprungs, kann durch den Verweis auf eine nicht-sinnliche Anschauung [„Wesensschau“] nicht ausgeräumt werden.)

<sup>18</sup> Die Distinktion eines „formalen Naturrechts“ durch Max Weber (z. B. die Fiktion eines Urvertrages) rechne ich hier zum „materialen Naturrecht“. Formal im strengen Sinne sei nur ein Naturrecht, das sich a priori – nicht durch Fiktion – aus der praktischen Kompetenz der transzendentalen praktischen Freiheit mittels ihres Operators (kategorischer Imperativ) generieren läßt.

<sup>19</sup> „Das niederträchtigste Gesetz muß als verbindlich anerkannt werden, sofern es nur formell korrekt erzeugt ist.“ (K. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie)

<sup>20</sup> Ihr entspricht allerdings unter dem Positivismus eine Tyrannei der Macht, jeden Inhalt als Recht setzen und durchsetzen zu können.

formal insofern, als  $x$  durch sein äußeres Verhalten angedrohte Unlust vermeidet bzw. im gegenteiligen Fall Unlust erleidet. Unter  $y_2$  ist es ein Wert, der durch positivierende Rechtssetzung existent werden soll – eine Strukturbedingung von materialen Utopien und Revolutionen.

In beiden Fällen ist für das Rechtssubjekt das Rechtsverhalten somit ein Mittel zu einem Zweck außerhalb seiner, um Unlust bewirkende externe Handlungen zu vermeiden oder interne Werte zu realisieren. In beiden Fällen gilt das Recht also nicht als es selbst, sondern eines Umwillens wegen. Es gilt im Sinne der Kantischen „hypothetischen Imperative“, aus „Reiz“ (intern) oder „Zwang“ (extern). Analytisch auf einen Zweck als causa bezogen, gilt es nicht unbedingt, sondern bedingt, „an sich als zufällig“, da wir „von der Vorschrift jederzeit los sein können, wenn wir die Absicht aufgeben“ (Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten [Hamburg 1965] 33, 41). Das Rechtssubjekt kann sich der causa entziehen, braucht dem „Reiz“ nicht zu folgen, dem „Zwang“ sich nicht zu beugen. Folgt es oder beugt es sich, dann läßt es sich fremdbestimmen. Die Struktur beider Alternativen bringt das Recht um die es fundierende Substanz. Denn da die Rechts-handlung für das Rechtssubjekt nur bedingtes kontingentes Mittel zu sein kann, ist prinzipiell ihr Gegenteil geltungsfähig, setzfähig.<sup>21</sup> Nur unter einer Bedingung, die aufhebbar ist, kann gesagt werden, was Recht ist.

#### 4. Der eleutherologische Rechtsbegriff (Recht als Freiheit)

Eine der einzigartigen Errungenschaften, die Kant zu verdanken sind, ist es, die praktische Ermöglichung des Rechts gerettet zu haben. Er zog es der aporetischen Fundierung durch den Positivismus und einer naturrechtlichen Wertfundierung, indem er es als praktische Realität aus dem praktischen Gesetz der Freiheit generieren, d. h. autonomisieren konnte. Das kann nur gelingen, wenn ein empirisches Handeln oder Unterlassen als Recht nicht analytisch aus etwas *anderem*, einem Worumwillen, einem Wozu oder einem Warum vorgeschrieben werden kann; es „gälte“ sonst nur bedingt, wäre *an sich* kontingent. Vielmehr muß es um *seiner selbst willen* sein oder nicht sein sollen. Dieser Sollgrund kann weder ein empirischer noch ein transzendenter sein. Er muß – dies war die Aufgabe einer Kritik des praktischen Bereichs insgesamt – ein transempirischer, aber bewußtseinsimmanenter sein, um ein Verhalten vorschreiben und *inhaltlich* als es selbst zu einem Recht und einer Pflicht machen zu können. Dazu ist am Orte des zu Verpflichtenden die Heteronomie hypothetischer Imperative, sind materiales Naturrecht und Positivismus nicht fähig. In negativer „äußerer“<sup>22</sup> Freiheit zu dieser Heteronomie muß sich der Verpflichtete das geforderte äußere Verhalten aus positiver Freiheit als praktisch-notwendig selbst zu seinem eigenen Vorsatz ma-

<sup>21</sup> Das gilt für den Rechtspositivismus selbstredend, aber auch für ein Werterecht: Die Tötungshandlung kann geboten werden, wenn das Leben zu selektierender Personen nicht ein Wert, sondern Unwert ist.

<sup>22</sup> „Innere“ Freiheit ist die das Wozu bestimmende Freiheit. Sie eröffnet das Feld der Ethik.

chen können, um dadurch als Mensch freies Rechtssubjekt, Persönlichkeit zu sein. Das „Recht“ ist dann die praktische Realität dieser äußeren Freiheit – und Unrecht nichts anderes als ihre Verhinderung oder Verletzung. Diese neue und bis heute nicht praktizierte Theorie des Rechts ist nur möglich aufgrund der Einsicht, daß das Recht als eine ausschließlich empirische Realität nicht möglich ist, obwohl es notwendig auf den Vorsatz, die empirische Willkür zu beziehen ist.

#### 4.1 Es ist nicht möglich, empirisch zu verpflichten und verpflichtet zu sein.

Recht und Pflicht empirisch zu verstehen, bedeutet, sie auf eine Wirklichkeit möglicher Machtausübung zu beziehen. Wenn die *Willkür* (der Vorsatz) nicht ein Wunsch ist, dann involviert sie zumindest die Meinung, den zur Realisierung benötigten Verfügungsfreiraum und die Handlungsmacht zu besitzen. „Frei“ im Sinne dieser Willkür – „Freiheit“ ist nur der wirkliche Inhaber einer empirischen Realisationskompetenz;<sup>23</sup> – unfrei aber der, der sie nicht hat. In diesen empirischen Machtfreiraum eines Subjekts einzugreifen, ist *analytisch* eine Verletzung seiner Willkür-„Freiheit“ als Machtinhaber<sup>24</sup> und in diesem empirischen Sinne eine „Rechts“-Verletzung. Es wäre jedoch analytisch keine Freiheits- und Rechtsverletzung, wenn B über etwas innerhalb seines Machtraumes verfügt, von dem A beansprucht, es „gehöre“ ihm; oder wenn B nach der Annahme eines Vertragsangebotes des B durch A sagt, in dem immer vorhandenen, wenn auch noch so kleinen Zeitintervall zwischen Abgabe des Angebots und seiner Annahme habe er (B) sein Angebot zurückgezogen, wenn auch nicht geäußert. Empirisch, faktisch hat er zu diesem inneren Entschluß die Macht. An seine Äußerung „gebunden“ zu sein (vgl. § 145 BGB), diese nach unser aller Ansicht *rechtliche* „Selbstverständlichkeit“ will ja gerade philosophisch als praktologische Möglichkeit erklärt und nicht geschenkt sein. Denn wie im ersten Falle, so wird auch hier der „Rechts“-Raum des A, verstanden als empirischer Machtfreiraum, „analytisch“ durch B nicht verletzt. Ein Sachenrecht (Fall a), ein Schuldrecht (Fall b) verlangen also eine empirisch nicht vorführbare Erklärung, wie ein „Besitz ohne Inhabung“ (MdS, B 64), ohne empirische Verfügungsmacht also, möglich ist: Daß die Willkür des B auch gegen seine eigene Absicht dem A gegenüber gebunden, daß B verpflichtet ist und A ein Recht hat, obwohl B den A empirisch-kausal nicht zwingen kann.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Willkür ist das Vermögen, „nach Belieben zu tun oder zu lassen, sofern es mit dem Bewußtsein des Vermögens seiner Handlung zur Hervorbringung des Objekts verbunden ist“ (MdS, A 3,4).

<sup>24</sup> Kants Beispiel: mir einen Apfel aus der Hand zu reißen.

<sup>25</sup> Die „Recht als Macht“-Theorie des Positivismus zeigt hier ihren empirischen Status: Sie kann die sachen- und schuldrechtliche „Verpflichtung“ des B nicht *inbaltlich* als ein „Besitz“ des B „ohne Inhabung“, als Rechtsbesitz des A erklären *unabhängig* von einem auf B ausgeübten Zwang *als Folge*, wenn er seiner Rechtspflicht nicht nachkommt. Sondern umgekehrt: Empirisch bestimmte Willensakte und Handlungen zu vollziehen oder zu unterlassen, wird er kausal durch die hypothetischen Imperative angedrohter Sanktionen des Souveräns determiniert. Warum das der Möglichkeit nach vorweg Realisierungen von „Rechten“ und „Pflichten“ sind, kann nicht gesagt werden. Ihr empirisches Gegenteil wäre genausogut „legitim“, durch den Souverän erlaßfähig.

## 4.2 Der eleutherologische Rechtsbegriff

Kant stand daher vor der Aufgabe, einen „Rechts“-Begriff als empirischen, analytisch auf Zwangsregeln fundierten Ordnungsbegriff aufgeben zu müssen, wie auch einen „Rechts“-Begriff, der als äußere Realisation von inneren Wert-hierarchien postuliert wird, die ein objektives Ansichsein beanspruchen. Zu postulieren war praktologisch ein neuer Rechts- und Verpflichtungsbegriff, a priori als Kriterium für alles positivierbare Recht, der transempirisch sein mußte, ohne transzendent zu sein, und der synthetisch sein mußte, da er empirisches Verhalten aus einem transempirischen Sollgrunde zu bestimmen fähig sein mußte.<sup>26</sup> Dieser transempirische Sollgrund ist das praktische Gesetz des kategorischen Imperativs als Gesetz der „äußeren“ Freiheit, also bezogen auf vorsatzrealisierende Sprechakte, Handlungen und Unterlassungen: „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 etc.“ (MdS, B 33)<sup>27</sup> Es kann hier nicht die Stelle sein, diesen Kern des eleutherologischen Rechtsbegriffs adäquat zu interpretieren. Statt dessen seien Orientierungshinweise in sechs Punkten gegeben:

### 4.2.1 Negative Freiheit als Abstraktion von der Willkür-„Freiheit“ („Weglassung der empirischen Bedingungen“, MdS, AB 100)

Die äußere Freiheit als „Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“ (MdS, AB 45) impliziert die Kompetenz, von der gesamten Sphäre des Empirischen als dem genuinen Ort der Willkür-„Freiheit“ abstrahieren zu können, von dem Ort also der vorsatzdeterminierenden, faktisch-empirischen Dispositionen. Diese empirische „Freiheit“ ist nur, wenn sie verbunden ist mit einem persönlichen Verfügungsfreiraum gesellschaftlicher Macht, durch den die Vorsätze realisationsfähig sind; er gehört analytisch zur Willkür-„Freiheit“ (vgl. oben 1.4). Die der Abstraktion fähige Instanz hierzu ist der Intellekt, das Denkvermögen, das sich praktisch eben als das Wissen-Können des B manifestiert, *gegen* den faktisch eigenen „Willen“ und seinen äußeren Verfügungsraum formal im Namen jedes anderen sich verpflichten, die eigene Willkür-„Freiheit“ binden zu können – durch die eigene Disposition und deren Interessensansprüche also „nicht genötigt“ zu sein, von ihnen „ἐπιτοχή“ üben zu *können*.

### 4.2.2 Positive äußere Freiheit als die praktisch-generative Kompetenz des Rechts

Das Gesetz, das von der – theoretisch unerklärbaren – causa sui der Freiheit als ihr eigenes Gesetz gedacht wird, bestimmt intellektuell-a-priori die empirischen Vorsätze der Willkür im möglichen Verhältnis einer Interaktion. Nur diese posi-

<sup>26</sup> B (vgl. oben 4.1) wird aus einem nicht-empirischen Grunde zu einem empirischen Verhalten verpflichtet – und A hat ein „Verfügungsrecht“ über die Willkür (Vorsatzfreiheit) des B, ohne ihn empirisch zwingen zu können: Beides ist *empirisch* ein Widerspruch.

<sup>27</sup> „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“ (Ebd.)

tive Freiheit als praktisch-generative Denkkompetenz („praktische Vernunft“ im äußeren Verhältnis möglicher Handlungen) kann rechtsschöpfend sein; aus „bloßen Begriffen vom Recht“ ist da nichts herauszubringen (MdS, A B 59), ebenso wenig wie aus dem bloßen Begriff des Guten, was denn gut sei.<sup>28</sup> Nun ist die Grundstruktur eines möglichen Rechts in Korrespondenz zu einer Pflicht durch äußere Freiheit insofern möglich, als diese einen „Willen überhaupt“ (MdS, A 18), ein Einigsein des Willens aller a priori in dem Sinne generiert, daß jeder sich als Freiheit, das eigene praktische Denk-Ich also an die Stelle jedes anderen möglichen Denk-Ichs versetzt denken kann: Jeder kann intellektuell die „Rolle“ des praktisch-freien Denk-Ichs jedes anderen übernehmen. Einig zu sein, dies zu wollen, ist der „a priori vereinigt gedachte Wille aller“, der a priori von der generativen äußeren Freiheit (Vernunft) in Beziehung auf jeden möglichen Menschen supponiert wird.

Was dieser Wille praktisch denkt (= will), ist jenes Gesetz a priori als „Inbegriff der Bedingungen“, unter denen er selber realisiert sein kann: das Rechtsfundament. Es ermöglicht, daß Freiheit „mit jedes anderen Freiheit“ zusammen bestehen kann (MdS, AB 45).

#### 4.2.3 Das Gesetz der äußeren Freiheit als die Ermöglichung der Rechtssynthese

Die von der Freiheit notwendig supponierte Willensgemeinschaft a priori als generative intellektuelle Rechtskompetenz ist zwar möglich nur „durch Abstraktion“ von der empirischen Dimension der Willkürdispositionalität (negative Freiheit), ist aber nicht durch Abstraktion bedingt und gewonnen.<sup>29</sup> Denn der durch die Abstraktion betretbare Ort der positiven Freiheit bestimmt umgekehrt die Dimension der empirischen Vorsätze der Willkür, von deren Dispositionalität er sich negativ befreit hat. Das Gesetz der Freiheit unterstellt diesen empirischen Bereich der „Gegenstände der Willkür“ a priori einer intellektuellen Willensbestimmtheit so, daß jeder außerhalb seiner eigenen empirischen Vorsatz- und Verfügungsgrenze jedes Ding und jeden Vorsatz im empirischen Verfügungsraum eines anderen anstelle des Willens-Ichs (des praktischen Denk-Ichs) des anderen „intellektuell“, d. h. *rechtlich*, „besitzen“ kann, wie auch die Gegenstände seines eigenen Vorsatz- und Verfügungsraumes prinzipiell von jedem anderen Willens-Ich als diesem gehörend, als von ihm besessen gedacht werden können. Die Verfügungsfähigkeit wird so als ein „Besitz ohne Inhabere“, ohne Inhabere einer *empiri-*

<sup>28</sup> Im Sinne der oft zitierten tautologischen Antwort des griechischen Philosophen auf die Frage eines Vaters, wie er seinen Sohn erziehen solle: Ihn zum Bürger eines Staates von guten Gesetzen zu machen.

<sup>29</sup> In diesem Falle wäre sie eine (virtuell-vorgestellte) Substitutionsgemeinschaft *faktisch-empirischer* Subjekte (homo phaenomenon). Sie ließe z. B. die statistisch-kontingente Möglichkeit zu, daß eine Gesellschaft aus „freiem“ Entschlusse einig ist, einen Teil von sich umzubringen, die Staatsform der demokratischen Republik abzuschaffen u. ä. Die „regula aurea“ ist von dieser Art. Die diskurs-theoretischen Überlegungen von Apel-Habermas scheinen mir diese grundverschiedene Differenz von Abstraktionen („unter Abstraktion apriori bestimmend“ und „durch Abstraktion gewonnen“) nicht stringent genug zu beachten. H. Krings betont demgegenüber die Differenz von „faktischer Normativität“ und der Begründetheit ihrer Geltung (System und Freiheit [1980] 64–65).

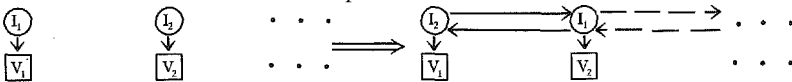
schen Verfügungsmacht intellektuell-rechtlich auf alle möglichen Willens-Iche substitutiv übertragen. Die mögliche Interaktion unter Menschen ist in Beziehung auf ihren empirischen Vorsatz- und Verfügungsraum damit a priori synthetisch erweitert, als es möglich wird, „gegen andere so zu handeln, daß das Äußere (Brauchbare) auch das Seine von irgend jemandem werden könne“ (MdS, AB 67).<sup>30</sup> Es wird damit möglich, daß B eine Sache im eigenen empirischen Verfügungsraum als eine dem A – intellektuell-rechtlich – gehörende Sache empirisch besitzt (gebraucht) und daß B bis zu seinem Widerruf sein geäußertes Angebot aufrechtzuhalten gezwungen bleibt (A den Willen des B „intellektuell“ besitzt): Sachenrecht und Schuldrecht werden unter dem supponierten Rechtsrahmen eines „allgemeinen Willens“ a priori, einer „allgemeinen Gesetzgebung“ a priori möglich.

### 4.3 Der eleutherologische Rechtsbegriff:

#### Die Würde des Menschen (Art. I GG) als die Rechtsfähigkeit

Die unantastbare „Würde“ des Menschen (Art. I Grundgesetz) kann nichts anderes sein als die „äußere Freiheit“ des Menschen. Diese aber ist wiederum nichts anderes als die praktisch-generative Kompetenz zu einer äußeren Gesetzgebung a priori, um in einem intellektuell-bestimmenden System den Bereich der empirischen Vorsätze der Willkür im interaktiven Verhältnis zu erweitern und zu regulieren. Sie ermöglicht also eine Willkür-Bestimmung a priori, nämlich das Recht als das „Vermögen, andere zu verpflichten“ und korrespondierend sich anderen gegenüber zu verpflichten. Die Würde des Menschen als äußere Freiheit ist seine „Rechtsfähigkeit“, d. h. einen „Willen überhaupt“ mit zu konstituieren.<sup>31</sup> *Rechtsfähig* zu sein im Sinne der „Würde“, der Freiheit als praktisch-generativer Kompetenz ist selber ein Recht: Es ist dann das „einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht“ (MdS, AB 45). Es ist der generative Ort eines nicht-materialen, sondern eleutherologisch-formalen<sup>32</sup> Na-

<sup>30</sup> Sei  $\bigcirc$  der Ort des praktisch-freien Denk-Ichs /  $\bigcirc_1$  / ,  $\square$  der durch es bestimmbare empirische Ort der Vorsätze der Willkür /  $\square_1$  / , dann ermöglicht die positive Freiheit, die praktische Denkkompetenz die universelle Substituierbarkeit dieser praktischen Iche an den Ort /  $\bigcirc$  / jedes anderen, so daß jeder den empirischen Verfügungsort eines anderen /  $\square$  / intellektuell-rechtlich besitzen kann. Das Wissen (Denken-Können) dieser Möglichkeit „beweist“ praktisch als „ratio cognoscendi“ die theoretisch unerklärbare „ratio essendi“ der praktischen Freiheit:



<sup>31</sup> Seine „innere“ Würde entspräche seiner „inneren Freiheit“, für die „Materie“ seiner Handlungen, für die durch Handlungen zu realisierenden subjektiven Zwecke also *ethisch* bestimmende Prinzipien a priori generieren zu können (vgl. MdS, Einleitung zur Tugendlehre, A 19).

<sup>32</sup> „Formal“ ist nicht dasselbe wie „ohne Inhalt“, sondern dasselbe wie „nicht material“. Material aber sind die Zwecke, das Wozu der Handlungen. „Formal“ sind die generierten Rechtsstrukturen a priori, als sie den „Willen überhaupt“, d. h. das Substitutionsvermögen des praktischen Denkens voraussetzen, einig zu sein, daß jeder an der Stelle jedes anderen möglichen Menschen frei sein kann:

turrechts, des einzigen „angeborenen“ Rechts qua praktische, auf Handlungen bezogene Vernunft.

#### 4.3.1 Die Rechtsfähigkeit als das die Öffentlichkeit konstituierende Prinzip a priori

Der Menschheit anzugehören ist dasselbe wie im eleutherologischen Sinne rechtsfähig zu sein. Die Rechtsfähigkeit konstituiert aber a priori die einzige Möglichkeit einer Öffentlichkeit der Kommunikation und Interaktion aus Freiheit – was hier in Kürze skizziert sei.

Der Ort der Vorsätze ist der eines antizipierenden, handlungskausierenden, wollenden *Wissens*. Dieses empirisch-disponierte Willkür-Wissen ist a priori durch ein „Wissen“ höherer Instanz, eben den Inbegriff der Bedingungen des „a priori vereinigt gedachten Willens aller“, der Freiheitsvereinigung des Willens aller praktischen Subjekte bestimmt: durch ein praktisches Wissen, das realisiert sein will – ein Sein-Sollen, ein Imperativ. Eine imperativische Bestimmung aber eines empirischen Wissens durch einen Gedanken, was sein soll, ist, wenn sie vollzogen wird, nur in der Sprache möglich, performativ-linguistisch als *Sprachhandlung*, sei es als innerer Sprechakt oder in anderen konkludenten Formen. Die Rechtsschöpfung a priori unter dem Imperativ der äußeren Freiheit ist insofern ein Sprechakt, und die generative Kompetenz hierzu ist eine Sprechaktkompetenz aller, die an alle adressiert aktualisiert werden kann. Sie impliziert daher eine mögliche Öffentlichkeit a priori: Jeder kann durch einen transzendentalen Sprechakt seiner freien Willkür an alle sich zur freien Willkür jedes anderen denkpraktisch herstellen und so ein allseitig-freies Bestimmtheitsverhältnis – das äußere Rechtsverhältnis – durch Verlautbarung an alle praktisch existent setzen. Dieser mögliche Vollzug eines „a priori vereinigten Willens aller“ ist daher identisch mit der Möglichkeit einer durch Sprachhandeln setzbaren Öffentlichkeit – die nicht etwa vorher schon da war, um dann rechtlich oder gegenrechtlich bestimmt werden zu können. Das Naturrecht in diesem eleutherologischen Sinne ist die Menschheit, die Öffentlichkeit a priori als existente Rechtsmöglichkeit. Freiheit ist so verstanden eine Publizität generierende Sprechaktkompetenz a priori. Nicht weil Menschen in einem gemeinsamen Raum-Zeit-Medium vereinigt sind, ist der Mensch ein „öffentliches“ Wesen. Sondern weil er sich durch innere Verlautbarung an alle zu einem Glied der Menschheit als die damit „generierbare“ Öffentlichkeit machen kann.<sup>33</sup>

seine eigenen empirischen Vorsätze der Willkür und die aller anderen als apriori bestimmt ansehen zu müssen.

<sup>33</sup> Wenn Kant sagt: „Wir denken stumm und handeln laut“ (Reflexionen zur Rechtsphilosophie, 782, Akademieausgabe Bd. 19), dann ist das innere Sprechhandeln als das Herstellen eines gemeinsamen Willens ein mögliches öffentliches – „lautes“ – Handeln. – Eine kritische Diskussion von Austins und Searles Theorie der Sprechakte wäre an dieser Stelle fällig: daß die Regeln, deren Verletzung die Fälle von „Mißbrauch“ (z. B. das nicht eingehaltene Versprechen) bilden, eben keine empirischen Regeln sind, sondern eine transzendental-eleutherologische Sprechaktkompetenz voraussetzen. Daß der entsprechende Sprechakt nicht zu einem „deskriptiven Fehlschluß“ verleiten kann, verhindert die Kritik der transzendentalen Dialektik, daß Freiheit als Faktum theoretisch nicht erklärbar ist. Den



Dieses eleutherologisch-transzendente *Können*, die existente Rechtsmöglichkeit der Öffentlichkeit ist als Möglichkeit a priori bezogen auf den durch sie bestimmbaren empirischen Vorsatz- und Verfügungsraum der Willkür-„Freiheit“ eines jeden, der dadurch der Freiheit zur Disposition gestellt wird. Die Freiheit kann sich dadurch realisieren, z. B. indem A den Vorsatz des B sachenrechtlich oder schuldrechtlich „in Besitz“ hat. Sie kann dadurch in Raum und Zeit als ein „Zeichen“<sup>34</sup> erscheinen. Ohne diesen die praktische Willkür-Empirie bestimmenden und dadurch erscheinenden Bezug bliebe sie transzendental isoliert, opak, unsichtbar, wirkungslos.

#### 4.4 Das Unrecht. Angeborenes Recht (Grund- und Menschenrecht) und erworbenes Recht (Privatrecht)

Unrecht läßt sich nur eleutherologisch qualifizieren, will man sich nicht in den aporetischen Begründungsversuchen des Positivismus und materialer Wertlehren verfangen. Unrecht ist Verletzung, Verhinderung der Freiheit, indem die „Unabhängigkeit von eines anderen nütigender Willkür“ (MdS, A B 45) suspendiert wird. Man kann auch sagen, durch Unrecht wird ein vereinigter Wille aller a priori verhindert, also die Konstituierung einer Öffentlichkeit a priori unmöglich gemacht, wenn das praktische Subjekt im Kommunikations- und Interaktionszusammenhang sich seine Vorsätze ausschließlich durch seine empirisch disponierte Willkür-„Freiheit“ und seinen Verfügungsraum, also privat-partikulativ, vorgeben läßt. *Empirisch* wäre „Unrecht“ analytisch nichts anderes als ein Eingriff in den Machtfreiraum eines anderen. *Eleutherologisch* aber ist es nicht einfach eine Regression in einen „unschuldigen“ Naturzustand, sondern die Dekomposition eines Vorsatzes in seiner Qualität als Erscheinung, als Zeichen einer vereinigten Freiheit aller, die durch eben denselben Vorsatzakt veröffentlicht und zumindest konkludent anerkannt worden ist. Insofern widerstreitet, was Unrecht ist, als vorsätzlicher Akt sich selbst, indem er im linguistischen oder realen Handlungsbezug der Publizitätsbedingung widerstreitet, die er zugleich in Anspruch nehmen muß.

Wir haben hier praktologisch die „selfrefutation“ eines vorsätzlichen Sprechoder Handlungsaktes vor uns. Sie ist der „Widerstreit“, der offenlegt, daß die Maxime des Handelnden nicht *gesetzesfähig*, also unter dem kategorischen Imperativ als Rechtsprinzip eines „Willens überhaupt“ nicht rechtsfähig ist. Schon deshalb ist die Maxime unsittlich, ohne daß man ihre materiale, also *ethische* Legitimation weiter prüfen müßte: ob es Pflicht ist, mir die Maxime zu meinem

---

praktischen Akt aber auf die phonetisch-phonologische Ebene zu reduzieren, um die Diskrepanz zwischen Aussage und Gemeintem zu verhindern, kann dadurch z.B. den „geistigen Vorbehalt“ nicht vermeiden (vgl. W. Stegmüller, Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie [1979] 75). Gerade seine in § 116 BGB gesetzte Nichtigkeit ist ein, wie erkenntnisphilosophisch zu zeigen ist, allein transzendental-eleutherologisch mögliches Rechtsgebot.

<sup>34</sup> „... als das sinnliche Zeichen“ der transzendentalen Ursachen des intelligiblen Charakters: Kritik der reinen Vernunft, B 574. Vgl. auch B 579: Wir „bezeichnen“ den intelligiblen Charakter „durch Erscheinungen“.

subjektiven Zweck zu machen (also unter dem kategorischen Imperativ als ethischem Prinzip).

Ein prominentes Beispiel der praktologischen Selfrefutation als Rechtskriterium sind die Lüge und das nicht eingehaltene Versprechen als Verletzung des Gebotes zur Wahrhaftigkeit. Es ist folgenrelevant zu verstehen, daß die Verletzung dieses Gebotes auch *Unrecht* und nicht „nur“ *Bosheit* (ethische Pflichtverletzung) ist. Die „Rechtspflicht“ zur Wahrhaftigkeit ist für den Adressaten ein Menschenrecht, weil ihre Verletzung die Sprachfähigkeit des Menschen, mit ihr die Öffentlichkeit und also die Realisationsfähigkeit der Freiheit a priori zerstört: daher ein Unrecht, „das der Menschheit überhaupt zugefügt wird“, indem „die Rechtsquelle unbrauchbar“ gemacht wird (I. Kant, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, A 304). Unbrauchbar wird die praktisch-generative Kompetenz der äußeren Freiheit als Rechtsquelle.<sup>35</sup> Das verschafft einen Einblick in die Strukturdifferenz von *öffentlichem Recht*<sup>36</sup> und *privatem Recht*: Jenes wäre als Naturrecht im eleutherologischen Sinne Kants „angeboren“ als Recht eines „a priori vereinigten Willens aller“ – dieses „erworben“, existent durch singuläre faktische Willensakte der Rechtssubjekte. Menschenrechte (Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit, Meinungsfreiheit, persönlicher Lebens- und Geheimnisbereich; vgl. die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten der Vereinten Nationen vom 4. 11. 1950) sind keine Substantialisierungen zu Gütern oder Werten. Ihre eigentlich eleutherologische Tiefenstruktur bezieht sie auf die äußere Freiheit als die praktisch-generative Kompetenz, die Würde des Menschen als seine Rechtsfähigkeit (vgl. oben 4.3). Diese nicht-empirische intellektuelle Kompetenz muß *erscheinen* können (vgl. oben Anm. 34), d.h. die faktischen Willkür-Vorsätze des „homo phaenomenon“ bestimmen können. Das ist im Kommunikations- und Interaktionsverbund nur über empirische Realisatoren, über anthropomorphe Grundkompetenzen und -konstanten möglich wie etwa Leben, Leib, Sprache. Als die empirischen Realisatoren der Freiheit aber verlieren sie ihren ausschließlich instrumentellen Charakter, Mittel für die Zwecke des Ichs (phaenomenon) der empirischen Willkür-„Freiheit“ zu sein; also nur bedingt, hypothetisch zu fungieren wie im Positivismus oder in einem materialen Wertsystem (vgl. oben 3.). Ihr Status wird selber autonom, indem sich durch Freiheit praktisch denken läßt, daß ih-

<sup>35</sup> Wer lügt, der will, daß der andere irrt. Zu diesem Erfolg wird lügt durch den Lügner die Regel akzeptiert, daß jeder Sprechakt stillschweigend, aber öffentlich die „Illokution“ (Austin) signalisiert, das Ausgesagte (bzw. Gewollte) sei wahr (bzw. ernstlich gemeint). In Wirklichkeit, gegenöffentlich, geheim und privat-subjektiv, weiß er: Das Gegenteil ist der Fall. Er verletzt damit die von ihm sprechakt-öffentlich realisierte Freiheit, seine empirische variable Willkür-„Freiheit“ unter die Invarianz jener Sprachregel des „a priori vereinigten Willens aller“ (der Menschheit) gebunden zu haben. Er muß Freiheit, Recht öffentlich realisieren, um es verletzen zu können. Der erfolgreiche Vollzug der Willkür-„Freiheit“ setzt die praktizierte Freiheit der Willkür voraus: Wie das Wahre „Index sui et falsi“ (Spinoza).

<sup>36</sup> Gemeint sind hier die Menschenrechte und das Rechtsfundament des Strafrechts. Die Grundfreiheiten gegenüber dem Staat und das Grundrecht auf eine republikanische Staatsverfassung wären ebenfalls eleutherologisch als eine praktisch-notwendige, alternativlose naturrechtliche Unizität erweisbar.

nen a priori jedes mögliche Ich zum Inhaber substituierbar ist. Jedes nicht-empirische, freie Ich kann „intellektuell“-praktisch im Gedanken über jene empirische Grundkompetenz seiner selbst und die aller anderen verfügen. Das macht es möglich, nach Maßgabe des Gesetzes der Freiheit alle zu verpflichten bzw. verpflichtet zu sein, die Grundkompetenzen nur unter der Bedingung zu gebrauchen, die prinzipiell einzig-möglichen empirischen „Organe“ zur Realisierung der Freiheit zu sein. Diese praktisch-intellektuelle (= rechtliche) negative Bedingung macht das Recht, das jemand an seinen Grundkompetenzen hat, zum „Menschenrecht“, zu einem autonomen „status negativus“ (Jellinek). Verletzt A den B oder nimmt ihm das Leben, dann verletzt er oder negiert er die Freiheit aller. Er verletzt den a priori vereinigten Willen aller, also die Menschheit, die den Körper des B oder sein Leben naturrechtlich „besitzt“, und er verletzt oder negiert sein eigenes Freiheits-Ich mit. Er widerstreitet der Freiheit nicht in einem besonderen Fall wie im Privatrecht, sondern ex principio, indem er z. B. seinen Körper und den des Gefolterten als bedingtes *Mittel* „heteronom“ zu einem empirischen Zweck der Willkür-„Freiheit“ gebraucht (hypothetischer, technisch-praktischer Imperativ).<sup>37</sup> Leben, Körper, Sprachfähigkeit sind deshalb in ihrer exklusiv notwendigen Funktion, die Vereinigung der Freiheit aller zu realisieren, willkürbezogen, und ihr „status negativus“ ist Selbstzweck. Demgegenüber werden Privatrechte durch singuläre Willenserklärungen, Handlungen oder Fakten (wie Tod des Erblassers) konstituiert, deren Rechtsmöglichkeit aber ebenfalls a priori fundiert ist durch die äußere Freiheit als praktisch-generative Kompetenz.<sup>38</sup>

### Nachbemerkung

Es wäre zu begrüßen, wenn die Theorie der äußeren Freiheit als die praktisch-generative Kompetenz des Rechts nicht nur aus intellektuellem Interesse zur Kenntnis genommen würde, sondern als die praktisch-relevante Alternative zum liberalen Freiheitsbegriff diskutiert werden würde: mit Blick auf die rechtsdogmatischen Folgen für die Interpretation der „Grundrechte“ des Grundgesetzes, aber auch auf die rechtspolitischen Folgen unter der unabweisbar gewordenen

<sup>37</sup> Er verhindert strukturell die Realisierung der Freiheit als Öffentlichkeit, weshalb alle Menschenrechtsverletzungen im Geheimen oder durch Zerstörung der Öffentlichkeit durch ihre Usurpation betrieben werden. Die Menschenrechtsverletzung braucht die Dunkelheit.

<sup>38</sup> Es versteht sich, daß der Rechtszwang (z. B. die Strafe) eleutherologisch („Recht als Freiheit“) von grundsätzlich anderer praktologischer Struktur ist als unter dem Prinzip „Recht als Zwang“ (s. o. 2.). Er ist eleutherologisch mit dem Recht analytisch, apriori legitim verbunden, da als „Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammen stimmend“ (MdS, B 35). Daß es, um festzustellen, was Unrecht (als *Strafvoraussetzung*) ist, eines Prinzips bedarf; daß Unrecht nicht durch ein Gewaltmonopol präskribierbar ist („Recht als Zwang“), hat auch Hölderlin klar gesehen (vgl. das Fragment „Über den Begriff der Strafe“). Über den Zwang als angedrohte Strafe kann nicht festgelegt werden, *was* Unrecht ist – bzw. es kann über die Strafe *alles* zum Unrecht erklärt werden.

Frage nach der Chance der lebendigen Natur und des Menschen zu überleben. Die hier vorgelegte Skizze kann diese Diskussion nicht aufnehmen. Doch schon ein äußerlicher Vergleich der Interpretation des „Hauptfreiheitsrechtes“<sup>39</sup> des Art. 2 I, 1 durch einen Kommentar (s. o. 1.1ff.) mit der Freiheit als generativer Kompetenz des Rechts wird herausstellen können, daß der Gegenstand der Freiheitstheorie der Kommentatoren die „liberale Freiheit“, kantisch gesprochen die (grundsätzlich einschränkbare und empirische) „Willkür-Freiheit“ ist. Es stellt sich somit die sicher nicht folgenlose Frage, ob die Interpretamente der Kommentatoren notwendig sind, um – unabhängig von der faktischen Inkraftsetzung durch den Parlamentarischen Rat – zu einer adäquat-rechtsdogmatisch zwingenden Einsicht in die a priori praktische Gültigkeit der „Grundrechte“ kommen zu können. Oder ob – am Ende einer langen, vorurteilslosen Diskussion – dem historisch beiseite gelassenen eleutherologischen Rechtsinterpretament nicht doch noch eine Chance eingeräumt werden könnte: a) Die „Würde des Menschen“ als die äußere Freiheit des Menschen, diese als „das einzige, ursprüngliche“ Recht der *Rechtsfähigkeit*, und diese als die praktisch-generative Kompetenz der fundamentalen Menschenrechte und Rechtsstrukturen naturrechtlich zu verstehen; b) unter handlungstheoretisch zwingender und klärender Trennung von Recht und Ethik.<sup>40</sup> c) Diese Freiheit ist *nicht* einschränkend wie die „regula aurea“,<sup>41</sup> auf die der Kommentar sich beruft, sondern generiert die Rechtsstrukturen, welche die Willkür-„Freiheit“ disponieren. Freiheit bleibt so „unteilbar“. Wird der empirische, der liberale Freiheitsbegriff des Art 2 I dem eleutherologischen Rechtsbegriff a priori, wie es praktologisch zwingend ist, unterstellt, dann ist nicht auszuschließen, zu einer rechtslogisch konsistenten und adäquaten Interpretation des Kopfes des Grundgesetzes aus einem Guß auf der Basis des eleutherologischen Rechtsbegriffs „Recht als Freiheit“ kommen zu können. Doch das sei, wie erhofft, dem forschenden Nachdenken und einer künftigen Diskussion überlassen.

<sup>39</sup> Interpretiert als Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit, dreifach beschränkt durch die Soweit-Klausel und die „regula aurea“ der Rechte anderer, mit „ethisch immanenter Schranke“ des Sittengesetzes – also als Freiraumfreiheit, als Kompetenzspielraum, der aus einem externen Bewertungsgrund als ein *besonderes* Grundrecht neben anderen deklariert und garantiert ist (1.2, 1.3): Die „Würde des Menschen“ (Art. 1) soll kein Freiheitsrecht sein.

<sup>40</sup> Die Ethik im nicht-materialen, sondern formalen Sinne behält für das Recht insofern eine praktisch-notwendige Funktion, als ein Gemeinwesen motivlich nicht auf die innere „Triebfeder“ verzichten kann, aus Rechts-, also *Freiheitsgesinnung* rechtlich zu handeln und nicht nur, um äußeren Rechtszwang zu vermeiden. – Umgekehrt kann das richtig verstandene Recht den Einzelnen vor dem Gesinnungs-, dem Motivationsdruck, mit dem gesellschaftliche Kräfte die Öffentlichkeit besetzen, schützen, wie Gustav Radbruch es richtig gesehen hat.

<sup>41</sup> „Man denke ja nicht, daß hier das triviale *quod tibi non vis fieri* usw. zur Richtschnur oder Prinzip dienen könne... denn der Verbrecher würde aus diesem Grunde gegen seine strafenden Richter argumentieren usw.“ (I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, a.a.O. 53, Anmerkung) Man will ja wissen, durch welches *Kriterium* ein erhobener Anspruch objektiv das Recht eines anderen sein kann, und dazu ist die subjektive Basis der regula, auch wenn sie intersubjektiv erweitert wird, untauglich. Warum können z. B. nicht alle wollen, sich gegenseitig umzubringen? (Der Kommentar wird das gehat haben, da er die regula ethisch „verzahnt“ sein lassen will mit dem „Sittengesetz“.)