

-Sollen- als rechtliches Symbol und die zu Grunde liegenden symbolischen Formen (Kant. Cassirer. Köhler)

Sollensaussagen sind von Tatsachenbehauptungen zu unterscheiden. Die imperative Aussage: „Du tust, was ich sage!“ beruht auf grundsätzlich anderen Voraussetzungen als die Aussage: „Der Ball ist rot.“. Die Voraussetzungen einer normativen Aussage und deren Unterschied zu den Voraussetzungen einer deskriptiven Aussage lassen sich auf der Grundlage der beiden Vernunftkritiken Kants herausarbeiten. In dieser Verhältnisbestimmung ist das in der Moral relativ selbständige Feld rechtlichen Sollens abzugrenzen und -mit Kant- im Programm der „Metaphysik der Sitten/Rechtslehre“ weiter nachzuvollziehen. Auf dieser Grundlage ist der Normativitätsbegriff bei Michel Köhler zu erschließen, dessen in „Recht und Gerechtigkeit“¹ vorgetragene Rechtsphilosophie explizit in der Tradition der praktischen Philosophie Immanuel Kants steht.

Das Nachdenken über Recht und Gerechtigkeit ist notwendig sprachgebunden. Andere Interaktionen (Tanz, Musik, bildnerisches Gestalten usw.) sind den rechtlichen Gegenständen, deren nachdenkliche Betrachtung und der Mitteilung der Gedanken über diese nicht angemessen. Das Nachdenken über Recht wird durch begriffliche Symbolisierungen strukturiert. Diese Symbolisierungen und die Bedingungen, unter denen diese Symbolisierungen kategorial geprägt sind (die symbolischen Formen), sind Ausdrucksgestalten (Symbole) und Ausdrucksformen (die zu Grunde liegenden Kategorien) der freien Geistestätigkeit des Menschen (der Person). Die sprachlichen und mythologischen Voraussetzungen der freien Geistestätigkeit deskriptiv erkennender Subjektivität sind in der „Philosophie der symbolischen Formen“ von Ernst Cassirer -die Tradition nach Kant sprach- und kulturwissenschaftlich fortschreibend- ausgearbeitet. Eine praktische Philosophie auf der Grundlage der „Philosophie der symbolischen Formen“ Cassirers ist möglich, wenn auch von Cassirer selbst nicht vorgelegt.

Der rechtliche Sollensbegriff im Anschluss an Kant und Köhler ist mit den sprachwissenschaftlich reflektierten Begriffen der „Philosophie der symbolischen Formen“ nachzuvollziehen. Damit wird die Möglichkeit einer praktischen Philosophie auf der Grundlage der „Philosophie der symbolischen Formen“ behauptet und belegt. Die notwendig sprachgebundenen Aussagen einer rechtlichen Normativitätstheorie auf der Grundlage der Metaphysik der Sitten/Rechtslehre Immanuel Kants und deren Fortschreibung in Michael Köhlers „Recht und Gerechtigkeit“ sind durch diese Bemühung sprach- und kulturwissenschaftlich weiter abzusichern.

¹ Köhler, Michael: Recht und Gerechtigkeit, 1. Aufl. Tübingen 2017

Inhalt

1	Sollen als Symbol und als praktisch-philosophischer Funktionsbegriff	3
2	Annäherung, vorverständlich: Normativität als Sachverhalt des Alltags	4
3	Das moralische Gefühl ist kein Prinzip der praktischen Urteilskraft und ist mit dem Begriff des Sollens nicht identisch	5
4	Eingeschränkte Analogie zwischen der Kausalität der Natur und einer Kausalität aus Freiheit	6
5	Rechtsphilosophie des objektiven Geistes	7
6	Annäherung, vorverständlich: Symbol und Symbolbegriff (grch.: symbolon; lat.: symbolum)	8
7	Zum Symbolbegriff in der Philosophie der symbolischen Formen (Cassirer)	10
8	Die Ebenen der Normativität - zur Freiheitssicherung im Rechtsverhältnis	12
9	Sollen in der Rechtsphilosophie Immanuel Kants	14
a	„VERBINDLICHKEIT ist die Notwendigkeit einer freien Handlung unter einem kategorischen Imperativ der Vernunft.“	15
b	Abgrenzung zum Pflichtbegriff	16
c	Begriff der Notwendigkeit	16
aa	Formallogischer Begriff der Notwendigkeit	17
bb	Die „Realnotwendigkeit“	17
cc	Die Notwendigkeit in der praktischen Philosophie	18
d	Sollen/Verbindlichkeit in der Metaphysik der Sitten/Rechtslehre	19
e	Möglichkeiten und Grenzen - der freiheitliche Sollensbegriff bei Kant als kritisches Prinzip	20
10	Sollen in der Rechtsphilosophie Michael Köhlers	21
11	Die dem Sollen zu Grunde liegenden symbolischen Formen	25
12	„Recht und Gerechtigkeit“ als Fortschreibung der „Metaphysik der Sitten“ und der „Philosophie der symbolischen Formen“?	31

1 Sollen als Symbol und als praktisch-philosophischer Funktionsbegriff

Die vorangegangene Untersuchung „Normative Positivität. Sollen aus Freiheit in der Rechtsphilosophie M. C. Köhlers“² endete mit dem vorläufigen Begriff der rechtlichen Normativität (des rechtlichen Sollens) als eines praktisch-philosophischen Symbolbegriffs im (übertragenen³) Sinne des § 59 der Kritik der Urteilskraft Kants. Das rechtliche Sollen aus Freiheit symbolisiert ein auf die praktischen Urteilskraft bezogenes Deutungs- und Funktionsschema mit objektiver praktischer Realität, welchem keine Anschauung unterlegt werden kann. Das „Sollen“ stellt dies Schema praktischer Urteilskraft und die daraus resultierende Notwendigkeit symbolisch dar. Das rechtliche Sollen ist ein sprachgebundenes Zeichen, welches auf die Art und Weise hindeutet, wie unter den Bedingungen der praktischen Vernunft die Notwendigkeit einer Handlung unter einer praktischen Regel gedacht werden kann. Dieser gehaltvolle Begriff rechtlichen Sollens schließt freiheits- und rechtswidrige Machtverhältnisse oder nötigende Willkür als rechtliche Normativität begründend aus. Der rechtliche Normativitätsbegriff kann in einer Metaphysik der Sitten nur aus subjektiver Freiheit gedacht und ihm kann keine sinnliche Anschauung unterlegt werden. Mit dem sprachlichen Symbol „Sollen“ und dem diesem zugrunde liegenden, von logischen Regeln geleiteten Verfahren der praktischen Urteilskraft, dessen Resultat die Notwendigkeit eines Verhaltens (Tun oder Unterlassen) unter dem Gesetz ist, wird eine sinnliche Anschauung des moralischen Gefühls (welches als „Normativitätserfahrung“ bezeichnet werden könnte) analogisch dargestellt, mit welcher die Kategorien der praktischen Urteilskraft als regelndes Verfahren bloß in der *Form* der Reflexion, nicht dem Inhalte nach bezeichnet werden können.⁴

² Als .pdf-Datei hinterlegt: [www.seinundsollen.eu/soliloquien/Normative Positivität](http://www.seinundsollen.eu/soliloquien/Normative_Positivität). Sollen aus Freiheit in der Rechtsphilosophie M. C. Köhlers.

³ In den ersten drei Absätzen des § 59 in der Dialektik der ästhetischen Urteilskraft arbeitet Kant den allgemeinen Begriff eines Symbols aus als einen Begriff, den nur die Vernunft denken und dem keine sinnliche Anschauung angemessen sein könne. Das Schöne/die Schönheit ist für Kant ein Anwendungsfall dieses Symbolbegriffs. Das Schöne sei das Symbol des Sittlich-Guten usw., es gefalle unmittelbar, es gefalle ohne alles Interesse und sei ein Resultat der Freiheit der Einbildungskraft, AA V, S. 351 ff.

⁴ Formulierungen angelehnt an Kant, Immanuel, Kritik der Urteilskraft, § 59, AA V, S. 351. Das Sollen ist ein praktisch-philosophischer *Funktionsbegriff*, kein *Substanzbegriff* - zur Unterscheidung aus der Sicht einer Philosophie der symbolischen Formen bei Cassirer, Ernst: Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntnis-kritik, ECW 6, S. 20 ff. - weitgehend inhaltsgleich übernommen als 3. Buch der Philosophie der symbolischen Formen.

2 Annäherung, vorverständlich: Normativität als Sachverhalt des Alltags⁵

Sozialen Regeln unterworfen zu sein, gehört ontogenetisch zu den ersten Erfahrungen in frühkindlichen Lebensphasen, sobald die kognitiven Funktionen die Umwelt verstehender Subjektivität sich ausbilden. Diese frühen Erfahrungen sichern das Überleben in der Gemeinschaft. Diese Erfahrungen werden in Erziehung und (Aus-)Bildung individuell ausdifferenziert und gelernt. Normative Erfahrungen werden individuell in unterschiedlicher Intensität reflektiert. Normative Inhalte werden in unterschiedlicher Intensität als Gründe dem individuellen Handeln unterlegt. Entscheidungen gegen Sollensanforderungen und Entscheidungen für das Böse⁶ bleiben faktisch möglich.

Soziale Gemeinschaften grenzen sich zu anderen sozialen Gemeinschaften durch zu unterscheidende normative Systeme/Ordnungen ab. Die Zuordnung der Person zu normativen Systemen/Ordnungen ermöglicht die gesellschaftliche und die kulturelle Integration, Inklusion, Koordination sowie Ausbildung einer persönlichen Identität der Einzelnen hin zu einer regional, sozial und/oder kulturell abgegrenzten Gemeinschaft. Die Ausdifferenzierung eines normativen Systems sittlich und -in stabilisierter Formrechtlich⁷ verfestigter Verhaltenserwartungen ist der Prozess, welchen die sittlich integrierte Gemeinschaft in ihrer Geschichte durchmacht. Der *Staat* -traditionell begriffen als rechtlich verfasster, auf ein Staatsvolk und ein Staatsgebiet bezogener Zustand einer Gemeinschaft- umfasst begrifflich (1) die faktisch-gesellschaftlichen und (2) die normativen (Geltungs-)Bedingungen seiner Existenz. Kurz und verkürzt: Der Staat als Gesellschaft *ist*, sobald/solange und soweit er von den zugeordneten Personen und von außen anerkannt wird und sich innerlich/äußerlich gegen abweichendes Verhalten durchzusetzen vermag. Der Staat als normative Ordnung *gilt*, falls und soweit die

⁵ „Es genügt nicht, die Gesolltheit aller Normen als eine Art Grundgegebenheit des Rechts einfach hinzunehmen bzw. als eine nicht weiter definierbare Qualität faktischen Erlebens zu unterstellen. Man kann noch nach dem Sinn des Sollens fragen oder präziser: nach seiner Funktion. Was besagt dieses Symbol des Sollens? Was bedeutet es, dass Erlebnis und vor allem Erwartungen mit Sollqualität erlebt werden? Unter welchen Umständen wird diese Qualifikation gewählt und zu? Welche Themen werden damit belegt? Und welche Verhaltensweisen folgen daraus?“ Luhmann, Niklas: Rechtssoziologie, 2. Aufl. Opladen 1983, S. 28. Die von Luhmann gegebenen Antworten auf diese Fragen werden von ihm aus soziologisch-systemtheoretischer Perspektive beantwortet und weichen von den folgenden Begründungsgang bereits in den ersten Grundannahmen programmatisch ab. Die von ihm gestellten Fragen sind freilich beachtlich und aus rechtlicher und damit geisteswissenschaftlicher Sicht zu beantworten.

⁶ Als inhaltlich und systematisch notwendiges Element der Anthropologie und damit als nicht wegzudenkendes Moment einer Metaphysik der Sitten/Rechtslehre erläutert in der Religionslehre Immanuel Kants, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA VI, S. 19 ff (Von der Einwohnung des bösen Principis neben dem guten: oder über das radicale Böse in der menschlichen Natur)

⁷ Vgl. Luhmann, Niklas: Rechtssoziologie, 2. Aufl. Opladen 1983, S. 27 ff (Rechtsbildung: Grundlagen einer soziologischen Theorie); ders.: Das Recht der Gesellschaft, 2. Aufl. Frankfurt am Main 1997, S. 124 ff (Die Funktion des Rechts)

gesellschaftliche Wirksamkeit des Staates aus der Freiheit und Würde aller Einzelnen erklärbar bleibt (normative Positivität).

3 Das moralische Gefühl ist kein Prinzip der praktischen Urteilskraft und ist mit dem Begriff des Sollens nicht identisch⁸

Praktisch-philosophisch begründete Selbstbestimmung hat neben dem praktischen Vernunftschluss, welcher aus der logisch erschlossenen Notwendigkeit (Verbindlichkeit unter dem Gesetz) einen nur logischen Zwang ausweist, eine motivationale Ebene, welche den Handlungsantrieb aus einem moralischen Gefühl beschreibt. 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 -moralische Gefühle-. Der Pflichtbegriff (die Maxime oder die Handlung unter dem Gesetz) enthält somit eine praktische Nötigung, welche in den subjektiven moralischen Gefühlen Anerkennung, Interesse und Achtung motivational ausgeprägt wird. Das Nötigungsgefühl- beruht auf der inneren individuellen Wahrnehmung des Sollens, ist aber nicht das Sollen selbst. Der praktische Grund und die praktische Ursache ist eine vorhergehende objektive Willensbestimmung - d.i. die Kausalität der Vernunft aus der Anwendung des kategorischen Imperativs auf eine selbst gesetzte Handlungsregel (Maxime). Pflicht enthält die Unterwerfung der Maxime und damit die unter einer Handlungsregel subsumierte Handlung unter das moralische Gesetz. Pflicht beruht nicht notwendigerweise auf dem Gefühl der Lust an der Regelbefolgung (möglicherweise auch dies). Auf der motivationalen Ebene kommt ebenfalls das Gefühl der Überwindung der möglichen Unlust an der Pflichterfüllung als moralischer Selbstvollzug in Betracht. Die inneren Kräfte (Triebfedern), welche diese Überwindung bewirken können, sind Achtung, Interesse und Anerkennung. Der Selbstverbindung zur ethischen und rechtlichen Prüfung (1) der selbst gesetzten Handlungsregel bzw. (2) der äußeren Handlung als Faktum wird durch die Gesetzgebung der eigenen praktischen Vernunft geboten und die Befolgung des Gebots bewirkt über die „Selbstbilligung“ eine Erhebung des Gefühls⁹ *„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*

⁸ Klarstellend: In der praktischen Philosophie Immanuel Kants ist keine ausgearbeitete Kritik einer praktischen Urteilskraft zu finden, auch wenn Kapitelüberschriften in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten und in der Kritik der praktischen Vernunft dies andeuten. Auch die 3. Kritik -Kritik der Urteilskraft- enthält keine Bestimmungen zur praktischen Urteilskraft, sondern bearbeitet in ihren besonderen Teilen (nur) die ästhetische und die teleologische Urteilskraft.

*hervorbringt, darum aber einen ganz eigentümlichen Namen, nämlich den der Achtung, führt“.*¹⁰

4 Eingeschränkte Analogie zwischen der Kausalität der Natur und einer Kausalität aus Freiheit

Die Gesetzmäßigkeit der praktischen Vernunft und die darauf gegründete Kausalität aus Freiheit kann ergänzend -bei noch zu erläuternden Unterschieden- zur Kausalität der Natur in der Sinnenwelt gedacht werden. Die Kausalität der Natur in der Sinnenwelt ist als *Typus* für die Gesetzmäßigkeit der intelligiblen Natur -vorsichtig und nur mit spitzen Fingern- (eben nur als Typus) analog heranzuziehen.¹¹ 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.“*¹²

Dieser Unterschied ist festzuhalten: auf der einen Seite die sozialen und naturwissenschaftlichen Bedingungen der Möglichkeit einer Handlung (mit der Kausalität aus Naturbedingungen), auf der anderen Seite deren normativen Möglichkeitsbedingungen (z.B. „Erlaubnis“ als Kausalität des intellektuellen Vernunftschlusses und Ergebnis der angewandten praktischen Urteilskraft). Die Untersuchung der Möglichkeitsbedingungen einer Handlung auf der einen und auf der anderen Seite können zwar miteinander verknüpft werden. Dies begründet jedoch nicht die Identität der Untersuchungsgegenstände.

¹⁰ Kant, Immanuel: Kritik der praktischen Vernunft, AA V S. 80

¹¹ Kant, Immanuel: Kritik der praktischen Vernunft, AA V S. 70

¹² Kant, Immanuel: Kritik der praktischen Vernunft, AA V S. 68/69

Eine Rechtsphilosophie des objektiven Geistes ist eingelassen in die begrifflich weit verstandene soziale Natur des Menschen (ontogenetisch und phylogenetisch, -Lebenswelt-), in welche er hineingeboren wird, lebt, sich verhält und mit anderen interagiert. Die Rechtsphilosophie ist ihren Grundlagen nach metaphysisch (= eine Metaphysik der Sitten), indem sie die allgemeingültigen normativen Bedingungen vor jedem positiven Recht, von diesem abgeleitet und auf das positive Recht ausgerichtet ausweist, unter denen Gegenstände des positiven Rechts, welche empirisch gegeben sein müssen, nach diesen allgemeinen normativen Bedingungen weiter bestimmt werden können.¹⁴

Dem positiven Recht vorgelagert wird das konkrete Rechtsverhältnis als das Verhältnis der äußeren Freiheit des einen zur äußeren Freiheit des anderen im Zusammenhang der Wechselwirkung erschlossen. Diese normative Welt im konkreten Rechtsverhältnis ist eine soziale Welt, in welcher sich die Rechtssubjekte (Personen) zueinander äußerlich verhalten (Kategorie der Relation: Gemeinschaft). Jede Person kann sich erst im handelnden intersubjektiven Austausch mit anderen, also in wechselseitigen Anerkennungsverhältnissen, als selbstbewusstes Subjekt konstituieren.¹⁵

Die in die konkreten Lebenswelten eingelassenen rechtlichen Anerkennungsrelationen sind vermittelt durch individuelle und überindividuelle Ausdrucksgestalten der sozialen Natur, beruhend auf den sittlich-kulturell geprägten Ausdrucksformen. Eine „Rechtsphilosophie des objektiven Geistes“ kann deswegen nicht entkoppelt von lebensweltlicher Situation (in leerer Abstraktion) gedacht werden, sondern ist notwendig sachhaltig, auf konkrete soziale Zustände und auf konkrete soziale Ausdrucksgestalten bezogen (Rechtssprache, rechtliche Vergemeinschaftung und deren rechtliche Institutionalisierung in Organen der Gemeinschaft, sprachlich symbolisierte Rechtsinstitute wie Eigentum, Willenserklärung, Vertrag, Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtsanwendung, usw.). Im normativ geprägten Rechtsverhältnis haben die Symbole/Ausdrucksgestalten des Rechts eine originär geistige Eigenschaft (nämlich: aus Freiheit erklärbar zu sein), welche sich nicht in der gesellschaftswissenschaftlichen Beschreibung des sozialen Zustands „Rechtsverhältnis“ erschöpft. Vielmehr ist der deskriptiv beschreibbaren sozialen Wirklichkeit im Anerkennungsverhältnis die normative Wirklichkeit der freien geistigen (zweiten) Natur der Personen deren notwendiger Inhalt, wenn dies

¹³ Vgl. Kreis, Guido: Cassirer und die Formen des Geistes, Frankfurt am Main 1. Aufl. 2010, S. 14 bis 15.

¹⁴ Vgl. Kant, Immanuel: Kritik der Urteilskraft (V. das Prinzip der formalen Zweckmäßigkeit der Natur ist ein transzendentes Prinzip der Urteilskraft), AA V S. 181.

¹⁵ Kreis, Guido: Cassirer und die Formen des Geistes, Frankfurt am Main 1. Aufl. 2010, S. 14, Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 36; Fichte, Johann Gottlieb: Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, in: sämtliche Werke, Bd. III, herausgegeben von Immanuel Hermann Fichte, Berlin 1845, S. 1 bis 385 [S. 7 ff].

Verhältnis als rechtliches Anerkennungsverhältnis beschreibbar ist. Das soziale Handeln in seiner -u.a.- psychologischen, sozialen, kulturellen, sprachlichen (usw.) Bedingtheit zu erkennen, ist die eine Seite der aufzuklärenden Wirklichkeit. Soziales Handeln aus Freiheit und aus Recht zu begreifen, die andere. Es bleiben aber zwei Seiten einer konkreten sozialen Wirklichkeit, welche sich das aufklärend-kritische freie individuelle Bewusstsein als eigene und in sich selbst gründende gesellschaftliche Wirklichkeit geistig aneignet. Jedes Recht und jede Rechtspflicht sind aus eigener besonderer kultureller Bedeutung und sein Inhalt aus den vorpositiven Bedingungen seiner Geltung zu begreifen. Mit dieser Aussage ist zugleich die genuin geistige Eigenschaft des Rechts und der Rechtspflicht aus Freiheit gesetzt. Die Natur des Rechtsverhältnisses ist eine „Natur“ des objektiven Geistes und „geistige Natur“ des Rechtssubjekts. Die besondere Wirklichkeit (Seinsform) des Rechts in Idee, Begriff und Durchsetzung ist dessen Geltung.

6 Annäherung, vorverständlich: Symbol und Symbolbegriff (grch.: symbolon; lat.: symbolum)

Merkzeichen, Erkennungszeichen, Sinnbild - dies sind die ursprünglichen Bedeutungsinhalte des Symbolbegriffs. Das Symbol war der zerbrochene Ring, das gewollt entzweite Täfelchen, deren Hälften exakt zueinander passten und ein Erkennungszeichen für die jeweiligen Träger der Teile vom Ganzen waren. Mythologie, Religion und Mysterienspiele entwickelten Riten, Kultus und Liturgie als Gebräuche sich erkennender und unterscheidender Gemeinschaften. Beispiele aus der christlichen Religion sind das Abendmahl, die Taufe und die Eheschließung vor Gott und der Gemeinde. Sowohl im antiken Recht als auch im modernen Recht sind Symbolisierungen die notwendigen Strukturmerkmale in Rechtsverhältnissen aller Art: *„Im Recht werden Symbole (Wahrzeichen) angewendet zur bildlichen Darstellung von Rechtsverhältnissen, zur Verdeutlichung einer rechtlichen Handlung, zur Andeutung des Gegenstandes, auf welchen sich die Handlung bezieht. Seit uralter Zeit sind das Scepter (Stab) und das Schwert (oder die Lanze) das Zeichen der Herrschaft; der Handschlag bekräftigt das Versprechen, die Hand wird gen Himmel erhoben beim Eide, das Verlöbniß mit dem anstecken von Ringen, die Ehe mit dem Wechsel der Ringe eingegangen. Das Eigentum an Fahrzeugen der Habe wird übertragen mit der Übergabe der tatsächlichen Herrschaft, des Besitzes (...), Und die Übergabe eines Grundstücks vermittelt durch Übergabe der Schlüssel. Keine Zeit und kein Volk entbehrt der Symbole völlig. In den Anfängen der Kultur hat die dichterische Fantasie des Volks das ganze Rechtsleben, die Rechtsgeschäfte wie das gerichtliche Verfahren mit Symbolen durchtränkt. Es ist nicht bloß die „Poesie im Recht“, bisweilen der „Humor im Recht“, es ist der tiefere Eindruck auf das menschliche Gemüt, die Ehrfurcht vor der Heiligkeit des Rechts, welche durch die Symbolik hervorgerufen und befestigt wird. Damit verknüpft sich dann die leichtere Erinnerung an den Vorgang, die Sicherung des Beweises. (...) Der Indianer raucht die*

*Friedenspfeife und begräbt das Kriegsbeil; der Römer bringt vor den Prätor die Scholle vom Acker, den er als sein Eigentum beansprucht; die Zwangsversteigerung erfolgt sub hasta (unter dem aufgerichteten Speer). Die Anklage wegen Mordes wird im germanischen Gericht in Gegenwart des Leichnams oder eines Gliedes desselben oder des blutigen Gewandes erhoben. Der Halm repräsentiert bei der Auflassung von Grundeigentum im Gericht das Ackerstück, die Rebe den Weinberg, der Zweig den Baumgarten, der Span das Haus usw. – (...)*¹⁶

Diese ursprüngliche Bedeutung eines wahrnehmbaren Zeichens oder Sinnbildes, welches als Gegenstand, Handlung, Vorgang, visuelle Markierung stellvertretend für etwas nicht Wahrnehmbares steht, hat sich über das 20. und beginnende 21. Jahrhundert erhalten. Die Kernbedeutung des Symbols bezeichnet jedes Schriftzeichen oder Bildzeichen mit verabredeter oder unmittelbar einsichtiger Bedeutung, dass zu einer verkürzten oder bildhaften Kennzeichnung und Darstellung eines Begriffs, Objekts, Verfahrens, Sachverhalts u. a. verwendet wird. In diesem Sinne spielen Symbole nicht nur in Religion, Kunst und Literatur eine wichtige Rolle, sondern auch in den Naturwissenschaften. Beispiele sind die chemischen Elementsymbole, die mathematischen Zeichen, die Zeichen für physikalische Größen. In den Sprachwissenschaften sind die Satzzeichen, die Zeichensprache der Logik und der Sprachphilosophie zu nennen, wie auch der Alltag durch die Symbole in den Landkarten/Navigationssystemen oder durch die Piktogramme und Verkehrszeichen steuernd und regelnd symbolisch geprägt wird: *„Im allgemeinen Sinne bezeichnet das Symbol eine spezifische Art von Zeichen, dass seine Bedeutung assoziativ zur Anschauung bringt. Im Unterschied z. B. zum Abbild, zur Metapher ist es inhaltlich nicht eindeutig zu bestimmen, da es als prinzipiell unendlich interpretierbare Variable in Abhängigkeit vom jeweiligen Kontext mit seinen möglichen Inhalten und seinen möglichen Interpretationen korreliert und so stets auch neue Bedeutungen erhalten kann.“*¹⁷

Symbole werden in allen Wissenschaften und Unterdisziplinen der Wissenschaften verwendet.¹⁸ In der Philosophie des Altertums werden Symbole in der Terminologie

¹⁶ Brockhaus Konversation-Lexikon, 14. vollständig neu bearbeitete Auflage, Leipzig/Berlin/Wien 1895, 15. Band S. 539, Eintrag zu: „Symbol“. Mit weiterführenden Hinweisen u.a. auf Grimm: Deutsche Rechtsaltertümer, 2. Ausgabe Göttingen 1854, Ihering: Geist des römischen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. Leipzig 1881 bis 1883, Cohn: Die Symbolik im germanischen Familienrecht, Schweizerische Rundschau, 1891; Thümmel: Aus der Symbolik des altdeutschen Bauernrechts (Hamburg 1882); Kohler: Recht, Glaube und Sitte, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 19, Wien 1892.

¹⁷ Brockhaus, Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. und letzte völlig neu bearbeitete Auflage, Mannheim 2006, 26. Band S. 722.

¹⁸ Wikipedia, Eintrag zu „Symbol“, Abruf vom 21.09.2023, unterscheidet Symbole in den folgenden Gebieten: Philosophie, Religion, Mythologie, Kulturanthropologie, Literatur, Psychologie, Kunst, Sozialwissenschaft, Mathematik, Naturwissenschaften, Technik, Politik, Wirtschaft, Berufssymbolik, Sport und Symbole als Orientierungshilfen. Diese Aufzählung ist sicherlich nicht abschließend. Symbole werden schlechthin in allen menschlichen Kulturleistungen verwendet und sind nicht auf das Gebiet der Wissenschaft und der wissenschaftlichen Behandlung von Natur und Lebenswelt eingeschränkt.

Cassirers als „Substanzbegriffe“ verwendet, deren Bedeutung in der Substanz des Bedeuteten aufgeht. Demnach ist bei der Symbolisierung nur die Frage aufgeworfen nach der naturgegebenen oder nur konventionellen Richtigkeit von Zeichen, Namen und deren inhaltlich-wahrer Deckung mit dem Bezeichneten und Benannten. Dem entsprach die von Platon im Dialog Kratylos entwickelte Wahrheitslehre, das gleichlautende (homonyme) Sprachzeichen (Worte, Namen, Sätze, komplexe Texte) gleichbedeutend seien und auf gleiche Dinge, Sachverhalte oder Verhältnisse hinweisen - und darüber hinaus jedes Sprachzeichen auch als Zeichen für Ideen (= ontologische Urbilder) den Zugang zur vorsprachlichen Bedeutungswelt eröffnet.¹⁹

7 Zum Symbolbegriff in der Philosophie der symbolischen Formen (Cassirer)

Der von Cassirer in der Philosophie der symbolischen Formen verwendete Symbolbegriff ist an den vorverständlich-umgangssprachlichen Symbolbegriff angelehnt. Kreis²⁰ verdichtet auf der Grundlage der Begriffsbildung bei Cassirer den Funktionsbegriff „Symbol“ auf die folgenden Aussagesätze:

- Ein Symbol ist etwas, das etwas anderes darstellt.²¹
- Ein Symbol ist etwas, das in sich etwas anderes von sich unterscheidet und sich zugleich auf dieses bezieht.²²
- Symbole im ersten Sinn sind alle geistigen Inhalte. Jeder geistige Inhalt stellt eine Gesamtheit anderer geistiger Inhalte dar. Jeder geistige Inhalt ist auf alle anderen geistigen Inhalte einer Gesamtheit bezogen und zugleich von diesen unterschieden. Jeder geistige Inhalt hat seine Bestimmtheit durch den differentiellen Bezug zu allen anderen geistigen Inhalten einer Gesamtheit.²³
- Symbole im zweiten Sinne sind alle Ausdrucksgestalten. Jede Ausdrucksgestalt stellt einen geistigen Gehalt dar. Jede Ausdrucksgestalt drückt einen von ihr unterschiedenen geistigen Gehalt aus, der zugleich ihr eigener Inhalt ist.²⁴

Angewandt auf den Begriff des -Sollens- als Sprachzeichen/Symbol für eine rechtliche Verbindlichkeit ergibt sich, dass das Sollen auf ein Verfahren („Schlussschema“) der praktischen Urteilskraft hinweist, dessen Produkt -mit Kant- verkürzt als die

¹⁹ Brockhaus, Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. und letzte völlig neu bearbeitete Auflage, Mannheim 2006, 26. Band S. 723.

²⁰ Kreis, Guido: Cassirer und die Formen des Geistes, Frankfurt am Main 1. Aufl. 2010, S. 438 ff.

²¹ Kreis, Guido: Cassirer und die Formen des Geistes, Frankfurt am Main 1. Aufl. 2010, S. 439.

²² Kreis, Guido: Cassirer und die Formen des Geistes, Frankfurt am Main 1. Aufl. 2010, S. 440.

²³ Kreis, Guido: Cassirer und die Formen des Geistes, Frankfurt am Main 1. Aufl. 2010, S. 444.

²⁴ Kreis, Guido: Cassirer und die Formen des Geistes, Frankfurt am Main 1. Aufl. 2010, S. 447.

„Notwendigkeit einer Handlung unter dem Gesetz“ abstrakt zu beschreiben ist. Die Notwendigkeit ist kein Gegenstand der Anschauung, sondern das Resultat der gedanklichen Tätigkeit einer individuellen Personalität - ein geistiges Ereignis für eine Person, welche sich zur Moralität durch Selbstverbindlichkeit erst bestimmen muss und nicht als -gleichsam göttliches- Wesen von vornherein in seinen Handlungsgründen vollkommen auf Moralität ausgerichtet ist. Die Notwendigkeit als Resultat eines Verfahrens der praktischen Urteilskraft und das die praktische Urteilskraft strukturierende, von logischen Regeln geleitete Verfahren sind das vom Symbol des Sollens Unterschiedene, auf welches der Funktionsbegriff des Sollens bezogen ist. Der Inhalt des Sollensbegriffs ist ein geistiger Inhalt, welcher alle anderen kategorial verfassten Inhalte praktisch-vernünftiger Personalität in sich einbezieht und voraussetzt. So wäre z. B. die Modalkategorie der „Notwendigkeit“ aus sich selbst heraus und isoliert nicht verständlich, sondern ihre erkenntnistheoretische und praktisch-philosophische Bedeutung ergibt sich im Kontext und in der Abgrenzung zu den weiteren Kategorien in der Gruppe der Modalität (in der Vernunftkritik Kants näher ausgeführt: Möglichkeit und Wirklichkeit; bzw. in der Moralphilosophie korrespondierend: Erlaubnis [die mögliche Handlung unter einem Gesetz] und Pflicht [die erlaubte vollzogene Handlung unter dem Gesetz]). Die Kategoriengruppe der Modalität steht wiederum in einem Zusammenhang mit den weiteren Kategoriengruppen der Qualität, Quantität und Relation. Die von Kant erarbeiteten Kategorientafeln in der theoretischen und in der praktischen Philosophie stehen wiederum in Zusammenhängen zu den Inhalten und Methoden der transzendentalen Ästhetik, zu den reinen Vernunftbegriffen, zur Urteilskraft und zu einer Metaphysik der Sitten (insbes.: Rechtslehre) und können wiederum nur aus diesen Kontexten vollständig und richtig begriffen werden.

Kurzum: Im Sollensbegriff bei Kant und Köhler werden diese Zusammenhänge praktischer Personalität in ihrer Gesamtheit repräsentiert und der Sollensbegriff als Symbol wäre ohne diese Zusammenhänge nicht vollständig verstehbar. Der sprachgebundene rechtliche Sollensbegriff als sprachliches Zeichen und funktionsbegriffliches Symbol ist eine in die konkrete Sittlichkeit, in welcher dieser Begriff von jemandem gedacht wird, eingelassene Ausdrucksgestalt. Diese Ausdrucksgestalt repräsentiert gedankliche Inhalte auf der Grundlage konkreter normativer Erfahrungen (von diesen abgeleitet und auf diese bezogen), welche *transpersonal* gültig sind.

Durch den hier erläuterten metaphysischen Charakter des rechtlichen Sollensbegriffs ist notwendig die Frage nach der Allgemeingültigkeit dieser Begriffsbestimmung aufgeworfen. Ist das Symbol und Sprachzeichen -Sollen- damit geschichtlich kontingent? Was bedeutet „transpersonal gültig“? Auf diese Frage lässt sich im logischen Kontext einer Philosophie der symbolischen Formen entgegenen: Dem Normativitätsbegriff in seinen (rechts)geschichtlichen Gestalten wurden und werden zwar unterschiedliche Bedeutungen zugeordnet. Diese unterschiedlichen Gestalten/Bedeutungen weisen jedoch zurück auf einen vorpositiv geltenden Bedeutungskern von Sollen und Verbindlichkeit. Die vorauszusetzende Geschichtlichkeit und Wandelbarkeit des -rechtlichen-Sollensbegriffs bedeutet nicht, dass es in ihm keine aufzufindenden Grundsätze

jenseits des positiven Rechts gäbe.²⁵ Es ist ein und derselbe Sollensbegriff als Symbol, welcher in unterschiedlichen geschichtlichen Zuständen unterschiedliche geschichtliche Gestalten annimmt als konkrete, lebensweltlich und geschichtlich bedingte Normativität. Dies schließt die normative Rückbindung der konkreten Vergemeinschaftung und der damit verbundenen spezifischen rechtlichen Verfasstheit von Institutionen, Rechtsgütern und Rechtswerten ein (Recht der Objektivität).²⁶ Im Sollens-Begriff wird die praktische Triebfeder als freiheitlich-zweckgerichtete Kraft erfasst (Notwendigkeit als subjektiv erschlossene logische Nötigung der praktischen Urteilskraft), unter welcher die Verhältnisse äußerer Freiheit geschichtlich konkret in intersubjektiven Verhältnissen ausgestaltet sind.

Subjekt (Akteur) des Wandels und des Sollens ist der Mensch (die Person) als Träger der (1) individuell und (2) die Gattung bestimmenden praktischen Urteilskraft. Der Wandel des Begriffs vom rechtlichen Sollen und der Inhalte des rechtlichen Sollens (Pflichten) in der Geschichte sind nicht entkoppelt, sondern abgeleitet von der geschichtlichen Situation des Einzelnen. Der Wandel und die Geschichtlichkeit sind *Prädikate* der Person und der positiven Rechtsordnung, in welcher die Person lebensweltlich eingelassen ist, welche allein aus praktischer Vernunft in konkreter lebensweltlicher Situation freiheitlich sollensproduktiv werden können. Die geschichtliche Evolution der begrifflichen Leistungen im Verstehen von Verbindlichkeit/Sollen ist dem Begriff des Sollens *akzidentiell*, jedoch nicht die begriffliche Substanz (der begriffliche Kern) der praktischen Urteilskraft, welche sich im Sollen ausprägt.²⁷

8 Die Ebenen der Normativität - zur Freiheitssicherung im Rechtsverhältnis

Im Sollens-Begriff sind 3 Ebenen zu unterscheiden: (1) die Stufe der handlungsbezogenen, insofern sachhaltig die Regelbildung regelnde Ethik des guten Willens, basierend auf dem kategorischen Imperativ, als bestimmendes Prinzip der Regeln eigenen Handelns - die konkret-allgemeine Sollensordnung 1. Stufe; (2) als Zwischenebenen

²⁵ Zazyk, 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 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 Zusammenhang mit dem Menschenrecht der Freiheit steht. Ohne diesen notwendigen Zusammenhang ist der rechtliche Sollensbegriff weder in konkreten gesellschaftlichen Situationen, noch als vorpositives Symbol rechtswissenschaftlich verstehbar.

²⁶ 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).

²⁷ vgl. Zazyk, Rainer, Das Unrecht der versuchten Tat, Berlin 1989, S. 179.

die Stufe der handlungsbezogenen, ebenfalls sachhaltig im Rechtsbegriff die äußere Freiheit eines Jeden in Gemeinschaft mit anderen verfassenden Handlungssystematik, soweit diese das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern „ihre Handlungen als Facta aufeinander Einfluss haben können“, betrifft, als bestimmendes Prinzip im Verhältnis der äußeren Freiheit des einen zur äußeren Freiheit des anderen - die konkret-allgemeine Sollensordnung 2. Stufe, und (3) die konkreten und in sittlich-kulturellen Kontexten gesellschaftlich und individuell vorfindlichen Normen der Moralität und des äußerlich zwangsbewehrten Rechts, deren (normative) Positivität sich aus der Ethik des guten Willens herleiten lassen und/oder im Falle rechtlicher Normen zur Ethik des guten Willens nicht widersprüchlich sind - die geschichtlich konkrete Sollensordnung 3. Stufe.

Das Recht ist ein begriffliches Symbol für die normativen Bedingungen, unter denen die äußere Freiheit des Einen in einem gesellschaftlichen Verhältnis zur äußeren Freiheit des Anderen denkbar und praktisch möglich ist. Diese Bedingungen als geltende Regeln sind die notwendigen Voraussetzungen, unter denen sich die freie innere und äußere Pragmatik der Personen überhaupt entwickeln und verwirklichen kann - äußere Bedingungen freier Personalität überhaupt.

„Das Recht entspricht zwar in vermittelter Weise dem Streben des Menschen nach dem Guten und dem Lebensglück, dass die Verwirklichung empirischer Interessen (des subjektiven Wohls, Nutzens) mit einschließt, jedoch nicht allein darauf reduziert werden kann. Es gründet im Prinzip schlüssig sich begreifender Freiheit oder Selbstbestimmung (Autonomie). Die Besonderheit des Rechts besteht aber darin, dass es im Respekt gegenüber 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 guten Willens unterschiedene, eigenständige, aber dennoch auf allgemeiner Selbstbestimmung beruhende Zwischenebene von Normativität.“²⁸

Die äußere Freiheitssicherung im und durch das Recht ist grundsätzlich auch denjenigen möglich, welche sich der Ethik des guten Willens nicht verpflichten oder sich verfestigt durch moralischen Fehlschluss von der Ethik des guten Willens entfernt haben.²⁹

²⁸ Köhler, Michael: Recht und Gerechtigkeit, 1. Aufl. Tübingen 2017, S. 6

²⁹ Dies klingt in der Erwägung Immanuel Kants an, dass die Verrechtlichung der äußeren Verhältnisse von der Moralität der Individuen entkoppelt zu denken sei. „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 in Geheim 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«. Ein solches Problem muß auflöslich sein. Denn es ist nicht die moralische Besserung der Menschen, sondern nur der Mechanismus der Natur, von dem die

Köhler legt in RuG sein Programm, die Methode und seine Leitsterne bereits im Vorwort offen. 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.*“³⁰ Diese Standortbestimmung rechtfertigt die einleitende Beschäftigung mit den Grundbegriffen der Metaphysik der Sitten.

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)³¹.

Aufgabe zu wissen verlangt, wie man ihn an Menschen benutzen könne, um den Widerstreit ihrer unfriedlichen Gesinnungen in einem Volk so zu richten, daß sie sich unter Zwangsge-setze zu begeben einander selbst nötigen, und so den Friedenszustand, in welchem Gesetze Kraft haben, herbeiführen müssen. Man kann dieses auch an den wirklich vorhandenen, noch sehr unvollkommen organisierten Staaten sehen, daß sie sich doch im äußeren Verhalten dem, was die Rechtsidee vorschreibt, schon sehr nähern, ob gleich das Innere der Moralität davon sicherlich nicht die Ursache ist (wie denn auch nicht von dieser die gute Staatsverfas-sung, sondern vielmehr, umgekehrt, von der letzteren allererst die gute moralische Bildung eines Volks zu erwarten ist), mithin der Mechanism der Natur durch selbstsüchtige Neigun-gen, die natürlicherweise einander auch äußerlich entgegen wirken, von der Vernunft zu ei-nem Mittel gebraucht werden kann, dieser ihrem eigenen Zweck, der rechtlichen Vorschrift, Raum zu machen, und hiemit auch, soviel an dem Staat selbst liegt, den inneren sowohl als äußeren Frieden zu befördern und zu sichern. – Hier heißt es also: Die Natur will unwider-stehlich, daß das Recht zuletzt die Obergewalt erhalte. Was man nun hier verabsäumt zu tun, das macht sich zuletzt selbst, obzwar mit viel Ungemächlichkeit.“ Kant, Zum ewigen Zum ewigen Frieden, AA VIII, S. 366.

³⁰ Köhler, Michael: Recht und Gerechtigkeit, 1. Aufl. Tübingen 2017, Vorwort (ohne Paginie-rung), S. 1.

³¹ 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 verfestigte bestehende soziale Herrschafts- und Unterdrückungszustände); v. Freier, Friedrich: „Kritik der Hegelschen Formalis-musthese“, Kant-Studien 1992, S. 304 ff [309 ff]; Süchting, Gerald: „Eigentum und

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.“³²

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* klar in den Blick genommen:

„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).“³³

- 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 vollständig geklärt ist. Diese begriffliche Abgrenzung ist 1797 in den Vorbegriffen zur Metaphysik der Sitten erreicht.³⁴

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, und einer gründlichen, zutreffenden Analyse des Einwands der Inhaltsleere/abstrakten Formalität des kategorischen Imperativ bei Hegel, S. 178 ff. [191 ff]). Diese Auslegungen zum kategorischen Imperativ und dessen zutreffende Verteidigung gegen einige Einwände und Bedenken können hier vorausgesetzt werden.

³² MdS, AA VI, S.222.

³³ GMdS, B S.37

³⁴ MdS, AA VI, S. 226.

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 und damit eine rein normativ-geistige Konstruktion.³⁵

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.“³⁶

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 rechtlicher Achtung, rechtlicher 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 Gegenstände nach Gesetzen eingeteilt werden könne³⁷. Diese (an den Kategorientafeln orientierte) begriffliche Systematik in der Erwerbslehre Kants wurde bei Köhler leitend für

³⁵ Das Sollen aus Freiheit ist als reiner Verstandesbegriff ein Schema mit objektiver praktischer Realität, welchem keine Anschauung unterlegt werden kann. Das „Sollen“ kann begrifflich dieses Schema praktischer Vernunftsschlüssigkeit 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“.

³⁶ MdS, AA VI, S.222.

³⁷ 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.

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.

aa Formallogischer Begriff der Notwendigkeit³⁸

„p ← 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 („←“ wird in der formallogischen Notation „Replikator“ genannt).

bb 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, (...)“³⁹

Zusammengefasst: -das Notwendige ist das als unseiend Undenkbare-.⁴⁰ 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.

³⁸ Herberger/Simon Wissenschaftstheorie für Juristen, Frankfurt am Main, 1. Aufl. 1980, S. 48 ff.

³⁹ KdrV, AA III 194,

⁴⁰ Heidegger, Martin: Die Frage nach dem Ding, Gesamtausgabe Frankfurt/Main 1984, Bd. 41, S. 242.

cc 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-⁴¹, 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.“⁴²

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.⁴³ 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“.⁴⁴ Vollkommene Pflichten sind „nach dem objektiven Verhältnis des Gesetzes zur Pflicht“ nur Rechtspflichten.⁴⁵ Zu unterscheiden sind Rechtspflichten gegen sich selbst und Rechtspflichten gegen andere. Zwangsbewehrte Rechtspflichten sind nur unter Wesen

⁴¹ KpV AA V S. 66, dazu Süchting, Gerald: Die Modalkategorien in der Privatrechtstheorie, in: Eigentum und Sozialhilfe, Berlin 1995, S. 87.

⁴² GMdS, B S.76.

⁴³ MdS, AA VI, S.222.

⁴⁴ KpV A S. 117, dazu Süchting, Gerald: Die Modalkategorien in der Privatrechtstheorie, in: Eigentum und Sozialhilfe, Berlin 1995, S. 87.

⁴⁵ MdS B S.49, AA VI S. 240.

denkbar, welche wechselseitig Rechte und Pflichten haben (Personen).⁴⁶

- (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-.⁴⁷

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.⁴⁸ „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.“⁴⁹ Was mit „bestehen kann“ gemeint ist: (1) im äußeren Verhältnis ist die freie Willkür der anderen zu achten und (2) die eigene äußere Handlung ist 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.⁵⁰ Gegenüber der eigenen oder fremden Handlungsmaxime (also der Regel, welche der Handlung subjektiv zu Grunde liegt) ist das allgemeine Rechtsgesetz neutral.

Dies bedeutet allgemein: nach dem allgemeinen Rechtsgesetz können

⁴⁶ MdS B S.49, AA VI S. 241.

⁴⁷ Formulierung angelehnt an oben Fußnote 34, Heidegger, Martin: Die Frage nach dem Ding, Gesamtausgabe Frankfurt/Main 1984, Bd. 41, S. 242.

⁴⁸ MdS B S.49, AA VI S. 230-231.

⁴⁹ MdS B S.49, AA VI S. 230.

⁵⁰ MdS B S.49, AA VI S. 230.

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 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."⁵¹

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.⁵²

- 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 -allgemein sittlich-kulturellen, z.B. religiösen oder politischen- Bekenntnis verhält, solange dieses sich in seinen Äußerungen mit dem allgemeinen Rechtsgesetz harmonisch verhält. 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 (tolerant) zu verhalten. Gleiches gilt für die eigene Glücksvorstellung und die Art und Weise der Glücksverfolgung. Das Recht als Inbegriff der Bedingungen, unter denen äußere Freiheit in Gesellschaft denkbar ist, eröffnet und begrenzt für die konkret vorpositiv gegebene Verfügungs- und Gestaltungsmacht des Individuums, über die eigenen Verhältnisse bestimmen zu können, den gesellschaftlichen Gestaltungsraum.

⁵¹ Kant, Zum ewigen Zum ewigen Frieden, AA VIII, S. 366.

⁵² MdS B S.49, AA VI S. 230-231.

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 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 „Recht und Gerechtigkeit“ ausgearbeitet wird. Strukturen rechtswidriger Machtverhältnisse, Befehls- und Gehorsamsverhältnisse, z.B.: unangemessen benachteiligender Dauerschuldverhältnisse oder verfestigter Entrechtungen/Benachteiligungen in privatrechtlichen Beziehungen können auf der Grundlage dieses klar konturierten Rechtsbegriffs äußerer Freiheit erkannt, beschrieben, von *rechtlichen* Sollens-Verhältnissen unterschieden und wertend beurteilt werden.

10 Sollen in der Rechtsphilosophie Michael Köhlers

Der begriffliche Rahmen in den Vernunftkritiken Kants und in dessen Rechtslehre in der Metaphysik der Sitten ermöglicht ein intertextuell vertieftes Verständnis von rechtlicher Normativität in Michael Köhlers „Recht und Gerechtigkeit“.

Einleitend in 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.“*⁵³

Verbindlichkeit und Sollen seien subjektiv-autonom zu begründen oder gar nicht: „Das

⁵³ 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.

Prinzip der Rechtsgesetzlichkeit ist, da sie sich auf frei handelnde, Alternativen erwägende Subjekte bezieht, grundverschieden von der Erfahrungsgesetzlichkeit. Es kann kein naturanaloges, 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.“⁵⁴ Auch eingeeübte 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.⁵⁵

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.“⁵⁶ 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.⁵⁷ „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.“⁵⁸*

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*

⁵⁴ Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 7.

⁵⁵ Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 7.

⁵⁶ Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 31.

⁵⁷ Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 31, dort Fn. 9.

⁵⁸ Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 34.

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 werden kann, sondern als eigentümliche Seite normativ-praktischer Wirklichkeit jene überformend und vorläufige Bestimmtheiten aufhebend einbezieht, (...).“⁵⁹ - 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.⁶⁰

Für die Entwicklung des Rechtsbegriffs⁶¹ ist in RuG die Unterscheidung (1) der formellen Positivität⁶² des Rechts von (2) der inhaltlichen oder empirischen Positivität⁶³ 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*

⁵⁹ Köhler, Michael: „Recht und Gerechtigkeit. Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit“, Tübingen 1. Aufl. 2017, S. 34.

⁶⁰ MdS; AA VI, S. 223.

⁶¹ RuG S. 108 ff.

⁶² RuG S. 109 ff.

⁶³ RuG S. 112 ff.

*kategoriale Gesetzmäßigkeit 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.*⁶⁴

Auf dieser Grundlage lässt sich von der (1) formellen Positivität und der (2) inhaltlich/empirischen Positivität des Rechts -und des Sollens- die (3) normative Positivität⁶⁵ unterscheiden.

Diese normative Positivität von Recht und Sollen wird in RuG im Kapitel „*Das freiheitliche Recht in seiner Eigenständigkeit - Begründung und Grundbegriffe*“⁶⁶ 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 selbstbestimmt 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.*“⁶⁷

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*

⁶⁴ RuG S. 113.

⁶⁵ Der Begriff einer normativen Positivität wird von Köhler nicht verwendet und wird hier eingeführt.

⁶⁶ RuG S. 119-129

⁶⁷ RuG S. 128.

*können, also das objektive Recht inhaltlich zu entwickeln.*⁶⁸ 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 – (...).“*⁶⁹

Diese vordergründig mehrdeutige Begriffsverwendung in RuG ist auslegend im Textverständnis zu konkretisieren. In RuG ist an anderer Stelle die Verbindlichkeit/Normativität unterschieden von deren inhaltlicher Entsprechung, der Pflicht: *„Verbindlichkeit bedeutet, dass der 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.“*⁷⁰ Dies von Köhler angedeutete inhaltliche Entsprechungsverhältnis zwischen Pflicht und Verbindlichkeit ist in der Begriffsbildung Kants in der Einleitung zur Metaphysik der Sitten wiederzufinden. (Rechts-)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.

11 Die dem Sollen zu Grunde liegenden symbolischen Formen

⁶⁸ RuG S. 129

⁶⁹ RuG S. 128.

⁷⁰ RuG S. 128 oben.

Was eine symbolische Form ist, fasst Kreis mit einem Hinweis auf die normative Dimension⁷¹ regelgeleiteter geistiger Tätigkeit auf der Grundlage von Cassirers Philosophie der symbolischen Formen zutreffend zusammen⁷²:

„(...) Eine symbolische Form ist ein Inbegriff gleichartiger Typen von Regeln zur Bildung von Ausdrucksgestalten, und zwar so, dass zu ihm notwendigerweise viererlei gehört:

- (i) ein Inbegriff aller Ausdrucksgestalten, die anhand der Regeln der jeweiligen Art gebildet werden können;*
- (ii) eine bestimmte Wirklichkeit (eine jeweilige „Welt“), nämlich dasjenige, was sich durch Austausch der jeweiligen Ausdrucksgestalten jeweils als in der Wirklichkeit bestehend erschließen lässt;*
- (iii) ein Inbegriff aller geistigen Inhalte, diesen Ausdrucksgestalten ausgedrückt werden können;*
- (iv) ein Inbegriff bestimmter sozialer Handlungsräume, nämlich*
 - (a) die Menge derjenigen sozialen Gruppen, in denen Ausprägungen dieser Regeln faktisch anerkannt sind, und*
 - (b) die Menge derjenigen etablierten sozialen Praktiken, innerhalb deren die jeweiligen Ausdrucksgestalten erzeugt und verstanden werden können.“*

Diese definitorische Verdichtung lässt für den Funktionsbegriff rechtlichen Sollens folgende Schlüsse zu:

Die dem Symbol/der *Ausdrucksgestalt* des rechtlichen Sollens zu Grunde liegenden symbolischen Formen/*Ausdrucksformen* sind die formalen Bedingungen und notwendigen Regeln praktischer Urteilskraft, unter denen die *Ausdrucksgestalt* des rechtlichen Sollens denkbar ist. Im Aufweis und in der Durchführung einer aufgeklärten Subjektivität des Menschen in der Kritik der reinen Vernunft und der Kritik der praktischen Vernunft, insbesondere in den Kategorienlehren, welche in dem Menschenrecht der Freiheit mündet (*„Freiheit -Unabhängigkeit von eines anderen nötigen der Willkür-, sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen*

⁷¹ Der apriorisch-normative Charakter der geistigen Tätigkeit in der Produktion von Ausdrucksgestalten („Normative Dimension“) wird von Kreis deutlich weiter verstanden als die moral- oder rechtsphilosophische Symbolisierungsleistung mit dem Gegenstand „menschliche Praxis“ im Freiheits- und Sollensbegriff. Die Normativität in diesem weiten Sinne bezieht sich z. B. für den sprachgebundenen Ausdruck auf die Richtigkeit des Denkens und des Ausdrucks nach den transzendenten Kategorien a priori, der formalen Logik und der Grammatik des betreffenden Sprachraums sowie auf die Übereinstimmung mit dem begriffenen Gegenstand. Für diesen weit, d.h. die 1. und die 2. Vernunftkritik überspannend verstandenen Normativitätsbegriff s.a. Pollok, Konstantin: Kant’s Theory of Normativity. Exploring the Space of Reason“, 1. Aufl. Cambridge 2017, welcher für alle drei Kritiken Kants (KdrV, KdpV und KdU) die Normativitätsvoraussetzungen apriorischer Begründungsstrukturen untersucht.

⁷² Kreis, Guido: Cassirer und die Formen des Geistes, Frankfurt am Main 1. Aufl. 2010, S. 449.

kann, ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht“),⁷³ und in der Philosophie der symbolischen Formen Cassirers sind diese formalen Bedingungen sprachgebundener rechtlicher Symbolik vorgetragen⁷⁴.

Mit dem Symbol rechtlichen Sollens werden die Formen der Erschließung einer rechtlichen Normativität als Elemente der zweiten, i.e. der geistigen Natur des Menschen bezeichnet und deren formale Struktur aus Freiheit repräsentiert. Die Formen der Erschließung sind die kategorialen Voraussetzungen einer Metaphysik der Sitten (Rechtslehre), unter denen rechtliche Normativität denkbar wird.

Die Frage ist aufgeworfen, ob sich dieser symbolische Repräsentationszusammenhang „aus Freiheit“ schlüssig in die Vorstellungswelt Cassirers, welche in „Substanzbegriff und Funktionsbegriff“ und in der „Philosophie der symbolischen Formen“ ausgearbeitet ist, integrieren lässt, resp., ob sich die Begriffslehre und die Formenlehre Cassirers, welche als Phänomenologie des naturwissenschaftlichen Bewusstseins entworfen ist, in eine Metaphysik der Sitten (Rechtslehre) und in die zweite Natur des Menschen fortschreiben lässt.

In der „Philosophie der symbolischen Formen“ bei Cassirer sind die symbolischen Formen vordergründig nur als notwendige Bedingungen der Möglichkeit der Synthesis der Ausdrucksgestalt der ersten Natur des Menschen, der Wirklichkeit in naturwissenschaftlich-mathematischer und soziologischer Hinsicht konzipiert. In der Philosophie der symbolischen Formen Cassirers werden die Begriffe Ethik, Moral, Tugend und Recht als Gestalten des objektiven Geistes nicht behandelt, d.h.: nicht unter die Begriffe Symbol und symbolische Form subsummiert und nicht weiter ausgelegt. Cassirer entwirft auf der Grundlage der von ihm vorgetragenen Philosophie der symbolischen Formen keine praktische Philosophie.

Der Befund, dass Cassirer selbst es nicht unternahm, schließt es freilich nicht aus, die Lehre von der Gruppierung gleichartiger Regeln der Erkenntnis -z. B. in Kategorientafeln, wie von Kant vorgeschlagen- auf die Symbole der praktischen Philosophie (hier:

⁷³ Kant, Immanuel, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, B Allgemeine Einteilung der Rechte, AA VI, S. 237.

⁷⁴ Cassirer, Ernst: Philosophie der symbolischen Formen. Erster Teil. Die Sprache, ECW XI. Cassirer untersucht die Phänomenologie der sprachlichen Form. Das letzte Kapitel dieser Untersuchung mündet in der Erscheinungsform der Sprache als des Ausdrucks der reinen Beziehungsformen und in einer tieferen Untersuchung der Urteilssphäre (der kategorialen Bedingungen der Begriffsbildung a priori) und der Relationsbegriffe: „*Der Gegensatz zwischen den beiden Extremen des Sinnlichen und des Intellektuellen fasst den eigentümlichen Gehalt der Sprache nicht, weil diese in all ihren Leistungen und in jeder Einzelphase ihres Fortschritts sich als eine zugleich sinnliche und intellektuelle Ausdrucksform erweist.*“ S. 300. Zu den Grundlagen der Sprachanalyse Cassirers in der Vernunftkritik (Kritik der reinen Vernunft) Kants s. ebda. S. 293 ff. - im Gebrauch der Urteilskraft in den begrifflichen Bestimmungen durch die Verwendung von Sprachzeichen, welche eine Verbindung (Kopula) anzeigen, löst sich die Sprache vom dinglich-substantiellen Ausdruck und entwickelt sich hin zu einem synthetisch-funktionellen Zusammenhang zum sprachlich Bedeuteten, a.a.O. S.293.

Recht und der rechtliche Sollensbegriff) und die ihnen zugrunde liegenden symbolischen Formen anzuwenden. An verstreuten Stellen in Cassirers Gesamtwerk sind mehr oder weniger deutliche Hinweise zu finden, welche diese Anwendung rechtfertigen.⁷⁵ Bei dieser analogen Anwendung ist den Besonderheiten der zweiten Natur des

⁷⁵ Cassirer, Ernst: Freiheit und Form, ECW VII, S. 354-366; ders.: Axel Hägerström, 4. Kapitel: Recht und Mythos, S. 81 bis 105, in ECW XX1, S. 59; 81-105; -Cassirer räumt in diesem Kapitel ein, dass er bei seiner Rezeption des Rechtshistorikers Axel Hägerström nur eingeschränkt verstehens- und auskunftsfähig sei. Als Nichtjurist verfüge er nicht über die erforderlichen juristischen Kenntnisse und erst recht nicht über die rechtshistorischen Kenntnisse A. H.s. Er schränkt seinen Darlegungsgegenstand ein und vollzieht den Denkweg seiner Philosophie der symbolischen Formen anhand des Rechtsbegriffs bei A. H. nach, über die Sprachgebundenheit und die ursprünglich abergläubisch-magisch-mythologische Verankerung (rechtsgeschichtliche Reflexionen zur antiken griechischen und römischen Rechtswelt) hin zu einer aufgeklärten Synthese kategorial regelgeleiteter Symbolisierung. Den basalen Unterschied zu seinem naturwissenschaftlich-mathematisch geprägten Denkweg in der Philosophie der symbolischen Formen markiert er deutlich: *„Die Rechtsbegriffe haben die gleiche Aufgabe der „Synthesis“ zu vollziehen, aber ihre Einheitsbildungen haben einen ganz anderen Charakter, da sie sich nicht auf eine Einheit von Wahrnehmungen, sondern von Handlungen beziehen.“* S. 93-. Ders.: The Myth of the State, ECW XXV, S. 273 ff, dort wird nach einem Nachvollzug der Staats- und Rechtstheorie bis Hegel die Untersuchung der Ausdrucksgestalt „Recht“ inhaltlich reduziert auf eine Analyse der mythologischen (= nicht aufgeklärten) Grundlagen der Bildung und des Vollzugs von Recht, Rechtsbegriff, Rechtssystem und Staatlichkeit. Auf der Grundlage dieser Nebenschriften Cassirers erörtert Moxter, Michael: Recht als symbolische Form? in: Philosophie der Kultur-Kultur des Philosophierens. Ernst Cassirer im 20. und 21. Jahrhundert. Herausgegeben von Recki, Birgit, Hamburg 2012, S. 623 ff die Möglichkeit einer Rechtslehre als Fortschreibung der Philosophie der symbolischen Formen im Ergebnis positiv (S. 628 ff [633-634], insbesondere mit Bezug auf die Schrift Axel Hägerström und ausführlichem Zitat, ECW XXI): *„Es zeigt sich also, dass Cassirer unter der Überschrift „Recht und Mythos“ nicht nur die Ursprünge des Rechts diskutiert, sondern den Objektivitätsbegriff seiner Philosophie der symbolischen Formen ausformuliert. Das Recht als symbolische Form zu betrachten, ist deshalb kein Denktitel, der symboltheoretische Nebenschauplätze der Rechtssphäre aus kulturanthropologischer Perspektive beschreibt. Im Gegenteil handelt es sich um einen Theorievorschlag, der auf eine transformierte Gestalt metaphysischer Anfangsgründe der Rechtslehre zielt.“* (S. 634); und: *„Cassirers Erweiterung der Kritik der reinen Vernunft zu einer an der Mehrdimensionalität symbolischer Formen orientierten Kritik der Kultur sucht die synthetischen Leistungen im Aufbau der Erfahrung nicht allein in Kategorien oder Verstandeshandlungen, sondern spricht in umfassenderem Sinne von „konstitutiven Tätigkeiten“. Das ermöglicht es ihm, auch den Rechtsbegriff in eine transformierte Gestalt der Transzendentalphilosophie einzubeziehen.“* a.a.O. S. 638. Nur in der Überschrift skeptischer zu einer Fortschreibung der Philosophie der symbolischen Formen hin zu einer selbständigen Moralphilosophie äußert sich Recki, Birgit in: Kultur als Praxis. Eine Einführung in Ernst Cassirers Philosophie der symbolischen Formen, Berlin 2004, S. 151 ff (Kapitel II. Kultur ohne Moral? Warum Ernst Cassirer trotz der Einsicht in den Primat des Praktischen keine Ethik schreiben konnte). Tatsächlich wendet sich Recki im unter dieser tendenziell abweisenden Überschrift stehenden Text nicht gegen eine Fortschreibung der Philosophie der symbolischen Formen in die Moral- und Rechtslehre hinein, sondern fordert diese Fortschreibung sogar ein. Recki stellt den starken Einfluss Kants auf Cassirers moralphilosophisches Denken fest (S. 155). Das rechtsphilosophische Nachdenken Cassirers sei i. Ü. dürftig (S. 157, Fußnote 20). *„(...) den Beispielen für Cassirers Kantianismus in den grundlegenden Fragen der praktischen Philosophie ließe sich im einzelnen noch manches hinzufügen. Die Einschätzung, Cassirer sei Kantianer geblieben und habe sich auch in Fragen der praktischen Philosophie als solcher zu erkennen gegeben, findet sich insbesondere auch mit Blick auf seine Beiträge zur politischen Philosophie bestätigt: die Begründung*

der Menschenrechte und des liberalen Verfassungsstaates macht Cassirer im weiteren anti-republikanischen Klima der Weimarer Zeit als den eigentlichen Beitrag der deutschen Philosophie zum politischen Denken geltend. Im Hinblick auf das systematische Defizit seiner eigenen Theorie bleibt dieser Befund jedoch steril: es ist nicht zu sehen, wie daraus ein Rechtfertigungsargument für die thematische Vernachlässigung der Moral im Kontext einer Philosophie der symbolischen Formen gewonnen werden kann. Cassirer hat sich auch in anderen Teilen des Systems kultureller Symbolismen von der Überzeugungskraft des Kantischen Gedankens nicht an der Durchführung seines Ansatzes hindern lassen, sondern jenen für diese fruchtbar gemacht. Dasselbe wäre auch in der Frage der praktischen Philosophie möglich, ja vor allem: Es wäre weiterhin nötig gewesen. Denn Cassirer entwickelt seinen transzendentalen Idealismus als eine symboltheoretische Philosophie der Kultur, und im Interesse an der Konsistenz der Theorie wäre eine gleichermaßen symboltheoretische wie kulturphilosophische Reformulierung selbst der Kantischen Moralkonzeption zu fordern.“ (S. 158). Widersprechend zu einer möglichen Moral- und Rechtslehre unter der Philosophie der symbolischen Formen äußert sich Kreis, Guido: Cassirer und die Formen des Geistes, 1. Aufl. Frankfurt 2010, wo er feststellt, dass die Moral im Unterschied zur Sittlichkeit keine symbolische Form sein könne (S. 454). Dies ergäbe sich aus der terminologisch strengen Unterscheidung zwischen der Moral als dem Inbegriff universal gültiger Handlungsprinzipien und der Sittlichkeit als dem Inbegriff lebensweltlich geltender Handlungsnormen. Die Moral erfülle das Kriterium des Faktischen nicht (Kriterium des Faktischen, siehe S. 453). Eine Lebensform, in welcher die moralischen Gesetze tatsächlich realisiert seien, sei eine kontrafaktische Hypothese (S. 455). Nur die Handlungsnormen, welche eingebettet in den konkret-geschichtlichen Zusammenhang der Sittlichkeit seien, könnten eine symbolische Form ausbilden. Die Moral sei deswegen lediglich die logische Konsequenz der symbolischen Form `Sittlichkeit`, selbst jedoch keine symbolische Form (S. 455). „Wenn diese Deutung richtig ist, dann wäre die Moral der äußerste und abstrakte Punkt, zu dem man in einer rekursiven Analyse der praktischen Dimension des objektiven Geistes, in diesem Falle der faktisch realisierten praktischen Normativität, geltungslogisch überhaupt vordringen kann. Dabei bleibt die analytische Methode der Philosophie des objektiven Geistes tatsächlich gewahrt, denn die Moral ist nicht, wie bei Kant, als oberstes Handlungsprinzip vorausgesetzt, aus dem sich die Rechtsprinzipien synthetisch entwickeln lassen; sie ist vielmehr als das allgemeinste Resultat einer Analyse des Faktischen schrittweise erschlossen. Damit erging es der Moral wie den Kategorien. Auch die Kategorien konnten aus den grammatischen Regeln der Ausdrucksformen allererst als Typen von Regeltypen analytisch erschlossen werden. Der kategorische Imperativ der Moral lässt sich aus den praktischen Regeln der empirischen Lebenswelt, aus den Regeln des Ethos und den Normen des Rechts, als deren Konsequenz erschließen, auch wenn er nie konkret in seinem vollen Gehalt realisiert werden kann. Cassirers Moralphilosophie wäre dann nicht die Analyse einer eigenen symbolischen Form, sondern der Konsequenz logischer Anhang der Analyse der symbolischen Form Recht. Aber die Berechtigung der Moralphilosophie wäre trotz des Prinzips der Ausdrucksgebundenheit alles Geistigen damit erwiesen.“ (363 bis 364). Dies dürfte vor dem Hintergrund des oben nachgewiesenen Textbefundes bei Cassirer (Axel Hägerström) nicht überzeugend sein, wobei es dahinstehen kann, ob bei Kreis das Verhältnis zwischen Ethik und Recht als relativ eigenständiger Gebiete der praktischen Philosophie Kants zutreffend darstellt. Störend ist die nicht scharf unterschiedene Verwendung der Begriffe „Symbol“ und „symbolische Form“ bei Kreis, der genau diese Begriffe an anderer Stelle perfekt definiert (S. 438 ff, zur symbolischen Form insbesondere S. 452). Bei dem Funktionsbegriff „Recht“ handelt es sich nicht um eine symbolische Form, wie Kreis ausführt, sondern um ein sprachgebundenes Symbol, welches auf die ihm zu Grunde liegenden symbolischen Formen hinweist, welche immer mitgesprochen werden, wenn vom Recht die Rede ist. Warum sich dieser Funktionsbegriff „Recht“ als Symbol nicht mit den Mitteln einer „Philosophie der symbolischen Formen“ erklärbar sei, wird aus den Erwägungen von Kreis nicht erkennbar. Das „Kriterium des Faktischen“, welches Kreis als den Ausschlag gebendes Ausschlusskriterium einführt, lässt sich in den Texten Cassirers nicht finden und ist dort von Kreis auch nicht nachgewiesen. Die besondere Faktizität im Normativen ist die Geltung einer Regel. Warum soll sich ein Symbol der normativen Welt nicht durch (1) Auslegung

Menschen und der Kausalität aus Freiheit (siehe oben „Eingeschränkte Analogie zwischen der Kausalität der Natur und einer Kausalität aus Freiheit“) Rechnung zu tragen. Einzelheiten wären u.a. in einer noch auszuarbeitenden Kritik der praktischen Urteilskraft zu erläutern.

Die dem rechtlichen Sollen zu Grunde liegenden symbolischen Formen der praktischen Philosophie sind kategorial vorausgesetzte Bestimmungen (Regeln), welche von einem individuellen Sprecher, welcher sich des sprachgebundenen Symbols „Sollen“ bedient, innerhalb der sprachlichen Grammatik und der „Grammatik“ der praktischen Urteilskraft innerhalb einer Metaphysik der Sitten (Rechtslehre) stets mitgesprochen werden. Dies ist die subjektive geistige Natur der Symbolisierung, welche im rechtlichen Symbol „Sollen“, wenn es gedacht und gesprochen - somit: durch Ausdruck und Gestalt Teil der geistigen Welt wird. Auf diese Weise enthält das Symbol „Sollen“ bereits im individuellen Sprachgebrauch das Typische und Regelhafte der Bildung von normativen Begriffen, und zwar (nota bene) für alle denkbaren und tatsächlich vorfindlichen Sprachen.

Das Charakteristikum der symbolischen Formen, welche dem Symbol „rechtliches Sollen“ zu Grunde liegen, ist deren Allgemeingültigkeit. Jedes rechtliche Sollen aus Freiheit in allen sozialen Gruppen, Kulturen und rechtlichen Gestalten muss sich notwendig auf diese zu Grunde liegenden symbolischen Formen beziehen, welche in der dafür notwendigen Allgemeinheit auszuformulieren sind. Die symbolischen Formen sind in *faktischer* Sicht die notwendigen Formen der Erschließung von Wirklichkeit. In *normativer* Hinsicht sind sie Formen der Erschließung von Geltung. Der Prozess, die individuelle und die trans-individuelle Entwicklung ist die Symbolisierungsleistung des menschlichen Geistes. Das Resultat ist das Symbol:

- als Erkenntnisleistung der theoretischen Philosophie - das Symbol in der Welt des Faktischen und
- als Erkenntnisleistung der praktischen Philosophie - das Symbol in der normativen Welt der Geltung.

Das Symbol des „rechtlichen Sollens“ und die zu Grunde liegenden symbolischen Formen lassen sich aus den praktischen Regeln des sozialen Lebens, d.h. aus der normativen Verfassung lebensweltlicher Sittlichkeit erschließen. Die normative Verfassung ist die Grundlage der normativen Ordnung, welche ein abgegrenzter Kreis lebensweltlicher Sittlichkeit *auch* ist. Dies geschieht gesellschaftswissenschaftlich durch Beobachtung und Feststellung der normativen Grundlagen (i.e. -unter anderem- „Recht“), Feststellung der Regelbildung und dem Erkennen von Typenreihen bei der

und (2) durch eine Klärung der symbolischen Formen seiner Geltungsbedingungen erläutern lassen? Kreis erwägt dies nicht. Nicht nur der Begriff des Rechts, sondern alle grundlegenden Rechtsbegriffe lassen sich aus der Vorstellungswelt der Philosophie der symbolischen Formen heraus nach ihren Geltungsbedingungen aufklären. Genau das ist hier anhand des Funktionsbegriffs von einem -rechtlichen Sollen- demonstriert.

Regelbildung sowie durch den Rekurs auf die besonderen erkenntnistheoretischen und praktisch-philosophischen Bedingungen des Erkennens und Bewertens. Genau dies ist das Programm einer Metaphysik der Sitten, wie von Kant für die inhaltlich scharf abgegrenzten Untersuchungsgegenstände Rechts-, Tugend- und Religionslehre durchgeführt und von Michael Köhler für die Rechtslehre in „Recht und Gerechtigkeit“ fortgeschrieben. Genau in diesem Sinne sind das Symbol des „rechtlichen Sollens“ und die zu Grunde liegenden symbolischen Formen im Denkraum „objektiver Geist“ verankert, welcher im normativen Symbol und den zu Grunde liegenden symbolischen Formen nur (aber immerhin) objektive praktische Realität hat.

12 „Recht und Gerechtigkeit“ als Fortschreibung der „Metaphysik der Sitten“ und der „Philosophie der symbolischen Formen“?

Man darf der in der Überschrift dieses Essays enthaltenen Alliteration „Kant. Cassirer. Köhler.“ und dem in dieser Alliteration suggerierten inhaltlichen Zusammenhang nicht auf den Leim gehen. Es gibt keine stringente Genealogie von Kants Metaphysik der Sitten zu Cassirers „Philosophie der symbolischen Formen“. Ebenso gibt es keine stringente Genealogie von der Philosophie der symbolischen Formen hin zu „Recht und Gerechtigkeit“ bei Köhler.

Cassirer hat keine Rechtsphilosophie auf der Basis seiner sprach- und mythosbasierten Philosophie der symbolischen Formen entworfen. In seiner Kant-Biografie geht Cassirer im Kapitel „Der Aufbau der kritischen Ethik“⁷⁶ bei Kant auf die Metaphysik der Sitten nicht ein. In seiner Darstellung von Kants Lehre wird die Rechtslehre nur randständig erwähnt.⁷⁷ Immerhin wird die Rechtslehre Kants als „*ein bestimmtes objektiv-geistiges Kulturgebiet*“ (sic) identifiziert, dessen Eigenart/Notwendigkeit des Aufbaus auf allgemeinen Prinzipien der praktischen Philosophie Kants beruht.⁷⁸ Seine Ausführungen zu „Recht und Mythos“ in seiner Rezeption Axel Hägerströms bleibt vor dem Hintergrund der sachhaltigen Systementwürfe von Kant und Hegel, auf denen er hätte aufbauen können, formenarm und rechtswissenschaftlich wenig ergiebig. Gleiches gilt für seinen Essay „The Myth of the State“, in welchem er u.a. den Einfluss von Hegels Philosophie auf die Entwicklung des modernen politischen Denkens zwar untersucht, jedoch die Grundlinien der Philosophie des Rechts und den in diesen Grundlinien

⁷⁶ Cassirer, Ernst: Kants Leben und Lehre, ECW VIII, S. 224 ff.

⁷⁷ Cassirer, Ernst: Kants Leben und Lehre, ECW VIII, S. 382 ff. der Blick auf die Rechtslehre Kants ist dabei stellenweise begrifflich unsicher. So identifiziert Cassirer die Konzeption des rechtlichen Zustands bei Kant unter der regulativen Idee, „als ob“ ein Gesellschaftsvertrag diesem Zustand zugrunde läge, mit der naturalistischen Lehre vom Gesellschaftsvertrag bei Rousseau. Dies dürfte in der vorbehaltlosen Formulierung („*Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag - insbesondere in der Ausbildung, die sie durch Rousseau erhalten hatte - wird hier überall als gültig vorausgesetzt.*“) nicht vertretbar sein, Cassirer, Ernst: Kants Leben und Lehre, ECW VIII, S. 384.

⁷⁸ Cassirer, Ernst: Kants Leben und Lehre, ECW VIII, S. 384.

entfalteten Formenreichtum im privaten und im öffentlichen Recht kaum aufnimmt. Gleichwohl ist die in diesem Essay -zutreffend gegen Hegel gerichtete- ausgeführte Totalitarismuskritik auf der Basis der Rechts- und Geschichtsphilosophie Hegels aktuell, (immer noch) lesenswert⁷⁹ und gibt Hinweise auf Inhalte und Form einer denkbaren Rechtsphilosophie Cassirers, hätte dieser die Rechtsphilosophie selbst ausgearbeitet.

Köhler hat in „Recht und Gerechtigkeit“ die Philosophie der symbolischen Formen von Cassirer nicht zur Kenntnis genommen. Das ist ohne Vorwurf und ohne beckmesseri-sche Kritzelei festzustellen. Im Literaturnachweis zu „Recht und Gerechtigkeit“ -jedoch nicht in den Fußnoten zur Rousseau-Rezeption bei Köhler⁸⁰- tauchen nur die Schriften Cassirers zu Rousseau auf.⁸¹ Die von Cassirer mit der Philosophie der symbolischen Formen vorgelegte philosophische allgemeine Kulturwissenschaft, welche zugleich eine umfassende Philosophie des objektiven Geistes vorträgt, wird in „Recht und Gerechtigkeit“ nicht bemerkt. Auf der anderen Seite sind der stringente Kant-Bezug und die vorbehaltlose Bearbeitung des Programms einer Metaphysik der Sitten, welche in „Recht und Gerechtigkeit“ durchgeführt wird, unübersehbar. Dies betrifft die

- Konzeption einer auf sprachlich-begrifflich gebundene Erkenntnisleistung ausge-richteten Subjektivität auf der Basis der ersten Vernunftkritik Kants (welche die praktische Vernunftleistung von Anfang an impliziert),
- dies betrifft die weitere begriffliche Entwicklung rechtlicher Personalität in naturzu-ständlichen Verhältnissen,
- diese weiter beobachtend in den Formen des Privatrechts und
- betrifft weiter die Untersuchungen im Übergang zu bürgerlich-rechtlichen Verhält-nissen, von dort ausgehend zur Konzeption des Staates und
- zur Konzeption eines Völkerrechts und Weltbürgerrechts nach den Grundsätzen einer Metaphysik der Sitten aus Freiheit.

In Methode, Aufbau und Inhalt ist „Recht und Gerechtigkeit“ ohne Mutwillen als Kom-mentar zur Rechtslehre der Metaphysik der Sitten Immanuel Kants mit den Begriffen des positiven Rechts im 21. Jahrhundert auszulegen. Dies ist die eigenständige und herausragende Leistung der Rechtsphilosophie Köhlers, welche ihre Alleinstellung in der zeitgenössischen Rechtsphilosophie begründet.

Den in ihren Gegenstandsbereichen so unterschiedlichen wissenschaftlichen Leistun-gen von Cassirer und Köhler ist gemeinsam, dass sie in der ersten und zweiten Ver-nunftkritik Kants gründen und diese in eine Kulturphilosophie (Allgemeiner Teil) des objektiven Geistes (Cassirer) und in eine objektiv-geistige Kulturphilosophie (Besonde-erer Teil) des Rechts (Köhler) überführen. Mit der Philosophie der symbolischen Formen

⁷⁹ Cassirer, Ernst: The Myth of the State, ECW XXV, S. 269 ff.

⁸⁰ RuG S. 86-89.

⁸¹ RuG S. 856 - es bleibt auch nach längerer Nachsuche im Fußnotenapparat in RuG unklar, wo und in welchen Zusammenhängen die im Literaturverzeichnis angegebenen Arbeiten Cassirers zu Rousseau von Köhler verwertet wurden.

Cassirers wird eine plausible und stringente Vermittlung der Vernunftkritik Kants mit den historisch und räumlich kontingenten grammatischen und symbolischen Strukturen konkreter Sprachen, Alltags- und Lebensformen und deren Ausprägung in individueller Erkenntnisleistung unternommen.⁸² Dabei bleibt das Programm der Letztbegründung für Cassirer im Blickfeld der praktisch-philosophischen Bemühung: *“Kants Lehre vom Gegensatz des empirischen und intelligiblen Charakters erhält ihre volle Bedeutung erst innerhalb dieser allgemeinen Problemverknüpfung. Denkt man - wie Schopenhauer es getan hat - den intelligiblen Charakter in der Weise, dass das wollende Subjekt sich in einem vorzeitlichen, seiner empirischen Weise zugrunde liegenden Akt seine Wesensbestimmtheit ein für alle Mal gegeben habe, an die es nun in der Welt der Erfahrung unausweichlich gebunden bleiben, so gerät man damit in ein völlig unentwirrbares Labyrinth metaphysischer Fragen. Denn wir besitzen keine einzige Kategorie, die uns ein derartiges Verhältnis des „An-sich“ und der Erscheinung des schlechten Unzeitlichen und Außerzeitlichen zur Sphäre der Zeitlichkeit erklären und deuten könnte. Aber alle diese Zweifel schwinden sofort, wenn man Kants Lehre auch an diesem Punkte wieder von dem Boden der Metaphysik und Mystik auf den der reinen Ethik versetzt; wenn man sie in dem Sinne nimmt, in dem Schiller und Fichte sie verstanden haben. Dann erst zeigt es sich, dass die Bedeutung des intelligiblen Charakters uns nicht in eine mythische Vergangenheit zurück-, sondern in die ethische Zukunft voraus weist. Die Gegebenheit, auf die er hinführt und deren wir in seinem Begriff wahrhaft gewiss werden, ist wiederum nur die Gegebenheit unserer unendlichen praktischen Aufgabe. Ein und dieselbe Handlung steht das eine Mal unter dem Zwang der vergangenen und abgelaufenen Ursachen, während sie sich auf der anderen Seite unter den Gesichtspunkt der künftigen Zwecke und ihrer systematischen Einheit stellt. In der ersteren Betrachtung erhält sie ihre empirische Daseinsbedeutung, in der zweiten ihren Wertcharakter; in jener gehört sie der Reihe der Ereignisse, in dieser der intelligiblen Ordnung des Sollens und der freien ideellen Bestimmung an.“*⁸³

Diesem in einer Philosophie der symbolischen Formen affirmativen Hinweis Cassirers auf das Faktum der Vernunft, dass dieses Faktum nämlich die Person befähigt, sich selbst als unter selbst gesetzten Handlungsregeln zu begreifen, welche einer moralischen (Selbst-)Prüfung zugänglich sind, wird man mit dem systematischen Zugriff von „Recht und Gerechtigkeit“ auf das Programm einer Metaphysik der Sitten/Rechtslehre bei Kant kaum entkräften können.

Dies Faktum der Vernunft und die daraus resultierende Teleologie- und Heteronomiekritik ist der Ausgangspunkt des Konzepts einer rechtlichen Letztbegründung bei Köhler: *„Methodologisch ist die Rechtswissenschaft als praktische Prinzipienwissenschaft Teil der Moralphilosophie. Darin beansprucht sie in bestimmtem Sinne Letztbegründung. Das ist auch praktisch unabdingbar. Denn Rechtsfragen erfordern - wegen ihres Gegenstandes: der Eröffnung und Abgrenzung äußerer Freiheiten - eine*

⁸² Kreis, Guido: Cassirer und die Formen des Geistes, Frankfurt am Main 1. Aufl. 2010, S. 21-22.

⁸³ Cassirer, Ernst: Kants Leben und Lehre, ECW VIII, S. 247.

allgemeingültig begründete, und zwar im doppelten Wortsinne zwingende Antwort, soll die „Lösung“ nicht auf schiere Gewalt hinauslaufen oder sich nicht bloß auf das Gerechtigkeitsgefühl stützen.“⁸⁴

Mit Vorsicht und mit Respekt vor der Eigenständigkeit der wissenschaftlichen Leistungen ist möglicherweise der folgende Befund erlaubt: Die Philosophie der symbolischen Formen Cassirers und die Rechtsphilosophie Köhlers auf der gemeinsamen Grundlage ihrer Homogenität in der Vernunftkritik Kants und -jwls.- deren prinzipiell harmonischer Weiterführung könnten in einem Ergänzungsverhältnis zueinanderstehen.

Dies konnte hier anhand des rechtlichen Sollensbegriffs als eines Symbols und der Darstellung der dem Sollen zu Grunde liegenden symbolischen Formen demonstriert werden. Damit könnte für die Philosophie der symbolischen Formen ein möglicher Anschluss an das Programm einer Metaphysik der Sitten/Rechtslehre in der Tradition Kants mit den Begriffen des positiven Rechts des 21. Jahrhunderts bei Köhlers „Recht und Gerechtigkeit“ aufgewiesen sein.

Der Ertrag für eine Rechtslehre nach Kant ist hingegen (unter anderem und nicht abschließend) die Wende zur Sprache, zur notwendig sprachgebundenen Symbolisierung ihrer Grundbegriffe und deren Aufklärung. Mit der Philosophie der symbolischen Formen ist der Rechtswissenschaft eine logische Lehre von der elementaren Verbindung der objektiv gültigen Rechtsregeln an die Hand gegeben, welche normativ mit dem Wortschatz und der Grammatik einer natürlichen oder formalen Sprache bis zu den Grundlagen der transzendentalen Apperzeption ausformuliert werden kann. Die Kritik der reinen Vernunft enthält eine reduzierte Begriffslehre, jedoch keine Sprachtheorie. Eine Rechtsphilosophie in der Tradition Kants ohne die sprachwissenschaftliche Ergänzung bleibt erkenntniskritisch defizient, wie der „linguistic turn“ in der theoretischen Philosophie zu Beginn des 20. Jahrhunderts (und früher) in verschiedenen Ausprägungen valide aufwies. *„Wenn alle objektiv gültige Erfahrung in Gestalt von Urteilen vorliegt, zugleich aber alles Urteilen auf seinen Ausdruck in sprachlichen Gebilden angewiesen ist und die Logik des Urteils mit der Funktionsweise sprachlicher Ausdrücke nicht einfach identisch ist, dann bedarf es einer kritischen Sprachtheorie, die die genuin sprachlichen Bedingungen alles Urteilens und damit aller Erfahrung reflektiert.“⁸⁵*

Dieser für die theoretische Vernunftkritik festgestellte Befund gilt im übertragenen Sinn ebenfalls für die Beurteilung der rechtlichen Grundlagen (1) personaler Praxis und (2) der praktischen Urteilskraft. Normative Aussagen sind sprachgebunden und die besonderen normativ-sprachlichen Bedingungen rechtlichen Urteilens unterliegen in gleicher Weise (1) der Kritik und (2) der wissenschaftlichen Reflexion wie das sprachgebundene Urteilen in der Naturwissenschaft. Für diese im weiteren Sinne rechtswissenschaftliche

⁸⁴ RuG, S. 10.

⁸⁵ Kreis, Guido: Cassirer und die Formen des Geistes, Frankfurt am Main 1. Aufl. 2010, S. 21-25.

(Sprach-)Praxis nach Kant gibt die Philosophie der symbolischen Formen ein mögliches begriffliches Instrumentarium.