

<b>Zeitschrift:</b>	Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie = Revue philosophique et théologique de Fribourg = Rivista filosofica e teologica di Friburgo = Review of philosophy and theology of Fribourg
<b>Band:</b>	57 (2010)
<b>Heft:</b>	1
<b>Artikel:</b>	Romano Guardini als Rechtsdenker
<b>Autor:</b>	Blechta, Gabor-Paul
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-760589">https://doi.org/10.5169/seals-760589</a>

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 16.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Romano Guardini als Rechtsdenker<sup>2</sup>

## 1. WARUM GERADE GUARDINI?

Es versteht sich auf den ersten Blick nicht ohne Weiteres, Romano Guardini als Rechtsdenker rezipieren zu wollen, da er als katholischer Theologe und Philosoph auch heute noch vornehmlich als Protagonist der katholischen Jugendbewegung und zuweilen mehr noch als massgeblicher Denker der Liturgischen Bewegung bemüht wird.<sup>3</sup> Trotz seiner zahlreichen Schriften zu politischen Themen<sup>4</sup> und der intensiven Erörterung von politischen und rechtlichen Fragen mit seinem früh verstorbenen Jugendfreund, dem Juristen und Theologen Karl Neundörfer<sup>5</sup>, scheint es immer noch gewagt zu sein, Guardini für ein politisches und insbesondere rechtsphilosophisches Thema in Anspruch zu nehmen. So resümierte 1985 Schlette im

<sup>1</sup> Der Verfasser ist Privatdozent an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i.Üe. und Rechtsanwalt in Zürich.

<sup>2</sup> Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, gehalten am 6. Mai 2009 im Rahmen des Kolloquiums „Theologie im Disput“ an der Theologischen Fakultät der Universität Freiburg i.Üe. unter der Leitung von Frau Prof. Dr. Barbara Hallensleben.

<sup>3</sup> S. bspw.: GERL-FALKOVITZ, Hanna-Barbara: *Romano Guardini. Leben und Werk*. 4. A. Mainz 1995, 125–133; 166–224.; SCHLETTE, Heinz Robert: *Romano Guardini. Werk und Wirkung*. 2. A. Bonn 1985, 6f.; SCHWAN, Alexander: *Politik aus dem Geist des Personalen. Theologisch-politische Überlegungen im kritischen Anschluss an Romano Guardini*, in: SCHUSTER, HERMANN, Josef (Hg.): *Guardini Weiterdenken*. Berlin 1993, 155–178; WATZAL, Ludwig: *Das Politische bei Romano Guardini*. Percha/Kempfenhausen 1987, 17–31.

<sup>4</sup> Beispielhaft seien hier einige erwähnt (veröffentlicht in: GUARDINI, Romano: *Wurzeln eines grossen Lebenswerks. Aufsätze und kleine Schriften*. 4 Bde., in: GUARDINI, Romano: *Werke*. hg. v. Franz Henrich. Mainz: Matthias-Grünewald-Verlag 2000–2003: *Die Grundlagen des Sicherheitsbewusstseins in den sozialen Beziehungen* (1913); *Zum Begriff der sittlichen Freiheit* (1916); *Zum Begriff des Befehls und des Gehorsams* (1916); *Zum Begriff des Berufes* (1919); *Neue Jugend und katholischer Geist* (1920); *Vom Sinn des Gehorchen*s (1920); *Die Sendung der katholischen Jugend* (1921); *Katholische Religion und Jugendbewegung. Eine Antwort an Max Bondy* (1921); *Quickborn. Tatsachen und Grundsätze* (1921); *Eine neue politische Wirklichkeit* (1924); *Rettung des Politischen* (1924); *Über die Möglichkeit öffentlichen Sprechens* (1924); *Zum politischen Problem des Völkerbundes* (1925); *Die Gefährdung der lebendigen Persönlichkeit* (1926); *Gedanken über politische Bildung* (1926); *Zum Problem der Demokratie. Ein Versuch der Klärung* (1946); *Politiker mit Ehrfurcht. Ein persönliches Wort zur Wahl* (1953); *Abstrakte Kunst philosophisch gesehen. Gutachten für die Entschädigungsklage eines abstrakten Künstlers gegen den Staat X* (1956); *Zum ethischen Problem unserer kulturellen Situation* (1957); *Gesichtspunkte für ein Gespräch über Freiheit, Demokratie und humanistische Bildung* (1959); *Zur Frage der Wiedereinführung der Todesstrafe* (1961).

<sup>5</sup> GUARDINI, Romano: *Karl Neundörfer zum Gedächtnis*, in: *Schildgenossen* 6 (1926) 388; GERL-FALKOVITZ: *Guardini*, 80–83: Gerl-Falkovitz weist daraufhin, dass Guardini und Neundörfer eine Schrift über den „Geist des kanonischen Rechts“ beabsichtigt hatten, was indessen infolge des frühen Ablebens Neundörfers unversucht blieb.

Rahmen seines Überblicks über das Werk Guardinis, dass eine „Erörterung seiner (sc. Guardinis) Stellung zur Politik“<sup>6</sup> fehle. In diesem Sinne wies 1987 auch Watzal, der in seiner Schrift Guardini als politischen Denker darstellt, daraufhin, dass Guardini „schwerpunktmässig auf dem Gebiet der Theologie und Pädagogik rezipiert worden“<sup>7</sup> sei. Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich Guardini tatsächlich nicht in eingehender Weise zum Recht geäussert hat,<sup>8</sup> bzw. warum er bisher politisch und rechtstheoretisch nicht in angemessenem Umfang rezipiert worden ist, obwohl sein grundlegendes Interesse für politische und insbesondere auch rechtliche Fragen zumindest implizit bereits aufgrund seiner radikalen Neuzeitkritik in seiner berühmten Schrift *Das Ende der Neuzeit*<sup>9</sup> wie auch in seinen Münchener Ethik-Vorlesungen erkannt werden kann. Immerhin stösst seine fundamentale Neuzeitkritik, welche auf eine zum Glaubenssatz erhobene Anthropozentrik als Folge des Autonomiedogmas verweist, zumindest bei der gegenwärtigen politischen Philosophie auf einiges Interesse.<sup>10</sup>

Wie für die politische Philosophie macht gerade Guardinis Autonomie- und Neuzeitkritik eine Rezeption, im Sinne einer rechtstheoretischen „relecture“, auch für den rechts- und staatsphilosophisch reflektierenden Juristen interessant, da Guardinis Sorge um die Person im Kontext seiner persönlichen Erfahrungen mit der in sich zerrissenen Demokratie der Weimarer Republik und dem darauf folgenden nationalsozialistischen Terrorregime auf die Schaffung einer Demokratie der personalen Verantwortung und gegen den Totalitarismus gerichtet war. Die politischen Aufsätze Guardinis kennzeichnen ihn als einen politisch sensiblen Menschen, der in grundsätzlicher Weise über den Staat und die Sozialwissenschaften nachdenkt.<sup>11</sup> Guardinis politische Reflexionen basieren im Wesentlichen weniger auf seiner Nähe zum phänomenologischen Ansatz Schelers, der auf ein intuitives Wertfühlen und eine reine Wesensschau rekurriert, als vielmehr auf seiner politisch-sozialkritischen Analyse der infolge der neuzeitlichen Entwicklung veränderten Situation des Menschen. In diesem Sinne geht es Guardini im Kontext seines politischen Denkens um das Kernproblem der Macht und deren Kontrolle, mithin um den rechten Gebrauch der Macht, welche die künftige Kulturarbeit des Menschen ausmachen wird. Eine in diesem Sinne ungebändigte Macht führt zum Chaos, was indessen durch wissenschaftliche Rhetorik und eine technokratische, allmächtige Bürokratie als Konstituenten des Gegenwärtigen verdeckt wird. Damit kritisiert Guardini eine für das nachneuzeitliche Gesellschaftsleben

<sup>6</sup> SCHLETTE: *Guardini*, 27.

<sup>7</sup> WATZAL: *Das Politische*, 17f.

<sup>8</sup> Gerl-Falkovitz weist darauf hin, dass Karl Neundörfer „nach Guardinis Vorstellung eine Grundlegung der Politik und des Rechtswesens in den Bund (sc. in Quickborn)“ hätte einbringen sollen: GERL-FALKOVITZ: *Guardini*, 191f.

<sup>9</sup> GUARDINI, Romano: *Das Ende der Neuzeit. Ein Versuch zur Orientierung*. Basel 1950.

<sup>10</sup> SCHWAN: *Politik*, 155–178.

<sup>11</sup> Siehe hierzu: WATZAL: *Das Politische*, 9.

konstitutive Haltung, die sich an blossen Zahlen und Daten, am statistisch Gesichertem, mithin an einem alles bestimmenden szientistischen Denken orientiert, welches eine vermeintlich gesicherte Standortbestimmung zur Existenzbewältigung verspricht, aber keine bleibenden Werte mehr zur Verfügung stellen kann. Eine solche Kulturkritik steht bei näherem Hinsehen in einer bemerkenswerten Nähe zur Kulturkritik der auf christliche und jüdische Wurzeln rekurrierenden Kritischen Theorie, die auf eine Lebensmentalität hinweist, welche die ambivalenten Folgen von Wissenschaft, Technik und einer anonymen Verwaltungsmacht teilnahmslos hinnimmt und sich am Positivismus, Utilitarismus und letztlich an einem platten Totalitarismus orientiert. Nicht zuletzt infolge der nationalsozialistischen Diktatur hat sich Guardini nach 1945 für die Demokratie eingesetzt, wenn er auch hinsichtlich ihrer Umsetzung eine eher pessimistische Haltung einnahm, da er die Demokratie als die anspruchsvollste und gerade deswegen auch als die am meisten gefährdete politische Herrschaftsform betrachtete, da sie Selbstlosigkeit, Zucht und allem voran Freiheit voraussetze, was den Menschen zuweilen überfordere. Letztlich beruht diese Sicht Guardinis gerade nicht auf einer äusseren Formstruktur der politischen Ordnung, sondern vielmehr auf einer inneren Wertestruktur, welche das Verständnis der Wirklichkeit nicht als äussere Faktizität, sondern als eine innere transzidente Wahrheit fasst. Eine solche Haltung bedingt eine reale Demokratie, welche die Selbstbewahrung des Menschen als personale Identität im Sinne eines Basiswertes zu garantieren vermag und einer jeden szientistischen Technokratie und jeder Art von Despotismus in je verschiedenem Masse kritisch gegenübersteht. Es stellt sich infolgedessen die Frage, welche Art von politischer Ordnungsstruktur eine solche Haltung, die die Personalität des Menschen als Prämisse des Politischen begreift, im Auge hat. Blickt man auf Guardinis Werk, ergibt sich in der Überschau folgendes Bild des Politischen:

Zu einer wahrhaft personalen Existenz gehört für Guardini eine Offenheit des Individuums für „absolute Forderungen“,<sup>12</sup> was eine Autorität voraussetzt, welche die Würde der Person, mithin die personale Eigenverantwortlichkeit, beachtet. Die Beantwortung der Frage nach der Guardinischen Personenwürde verweist in ihrem Kern auf die der Imago Dei-Lehre entsprechenden, christlichen Wurzeln des neuzeitlichen Individualismus und des neuzeitlichen politischen Freiheitsbegriffs, welche infolge von immannenzphilosophischen und rationalistischen Strömungen in Vergessenheit geraten sind. Guardini, der mit seinem dialogischen Personalismus die Mitte zwischen Individualismus und Kollektivismus zu halten versucht, gibt die Personalität des Menschen als geschichtliche Existenz mit einer eigenen individuellen Substanz vor, die sich erst im Dialog und somit im Wesen der Verantwortung manifestiert. Im politischen Kontext führt eine solche personalistische Grundlegung zu einem naturaliter gegebenen Recht der Person

<sup>12</sup> GUARDINI, Romano: *Die Macht*. 4. A. Mainz 2001, 171–175.

auf in der personalen Eigenständigkeit wurzelnde politische Mitwirkung und Mitverantwortung, welche die aktive Teilnahme am politisch-gesellschaftlichen Leben und somit an der politischen Willensbildung nach sich zieht. Die Person hat folglich ein Recht auf eine Verfassung, welche ihr ihrerseits ermöglicht, soziale und politische Verpflichtungen, mithin Verantwortung, zu übernehmen. Eine solche personalistische Grundlegung der Existenz gibt ohne Weiteres die politische Ordnungsform einer freiheitlichen und sozialen Demokratie vor, was Guardini in die Tradition einer politischen Philosophie stellt, die, wenn auch zuweilen auf der Grundlage einer divergierenden politischen Anthropologie, auf Karl Rahner, Gabriel Marcel, Jacques Maritain, Erik Wolf, Martin Buber, Franz Rosenzweig, Karl Barth, Emil Brunner und Karl Jaspers, um nur einige zu nennen, rekurriert. Eine solche dialogisch-personalistische Grundhaltung bedingt die Beachtung der unbedingten Würde der Person als Konstitutivkriterium des Politischen und als das Masshalten zwischen Individualität und Kollektiv, was im Hinblick auf die institutionelle Ausgestaltung der politischen Herrschaftsstruktur zu den Prinzipien der Solidarität und Subsidiarität führt. Die Beachtung dieser Prinzipien ermöglicht eine institutionelle Ordnungsstruktur, welche die Grundvoraussetzungen für einen im personalistischen Sinne demokratischen Aufbau von unten nach oben zur Verfügung stellt. Die im Kontext des dialogischen Personalismus erhobenen Forderungen nach Solidarität und Subsidiarität führen daher, im Kontext eines christlichen Humanismus, zu einer Herrschaftsform, welche sich einem freiheitlichen Solidarismus verpflichtet fühlt und eine rechtsstaatliche, pluralistische, soziale und freiheitliche Demokratie zu begründen vermag. Damit erscheint die Personalitätsprämissen, als universaler Wert, geradezu als Konstituante eines freiheitlichen und sozialen Demokratieverständnisses, obwohl die Demokratietheorie vermeintlich mit einer grundlegenden, auf Pluralität rekurrierenden Relativität verbunden zu sein scheint. Dem widerspricht nicht, dass die Demokratie als ein funktionales Ordnungsmuster für die Bewältigung von ideologischen Pluralitäten dient, sondern im Gegenteil entwickelt sich die Demokratietheorie neben ihrer, die Pluralität integrierenden, Ordnungsfunktion zugleich zum institutionellen Garanten von unverfügablen Basiswerten. Folglich ist im Kontext der Personalitätsprämissen das institutionelle Handeln des demokratischen Staates den personalen Basiswerten subordiniert, wobei im dialogischen Sinne auch das soziale Handeln der Person diese personalen Werte zu beachten hat. Guardini hat diesen Konnex zwischen institutionell-staatlichem und sozialem Handeln der Person auf die Gleichung vom „Gleichgewichtsverhältnis zwischen individueller Selbständigkeit und objektiver Ordnung“<sup>13</sup> gebracht, was erst im Kontext seiner Gegensatzlehre ganz verständlich wird.<sup>14</sup> Damit ent-

<sup>13</sup> GUARDINI: *Zum Problem der Demokratie*, 323.

<sup>14</sup> Siehe hierzu: GUARDINI, Romano: *Der Gegensatz. Versuche zu einer Philosophie des Lebendig-Konkreten*. 4. A. Mainz 1998; siehe auch: infra N. 6.

sprechen die Basiswerte der personalen Lebenshaltung denjenigen der demokratischen Staatlichkeit, weshalb institutionelles demokratisches Handeln stets in den Dienst der personalen Basiswerte zu stellen ist und Personalitätsprämisse sowie demokratische Ordnungsstruktur sich geradezu gegenseitig bedingen. In diesem Sinne versteht es Guardini als politischer Denker im Kontext seiner Gegensatzmethode auf unnachahmliche Weise eine scheinbare Paradoxie zu überwinden, mithin die gegenseitige Verwiesenheit von unverfügaren personalen Basiswerten und sozialpluralistischer Relativität zu erstellen. Insbesondere, aber nicht nur, aus diesem Grunde erscheint es als unverzichtbar, dass sich auch Juristen mit Guardini befassen, mithin, dass Guardini rechtstheoretisch rezipiert wird.

## 2. DIE RELATIVIERUNG DES RECHTS IM KONTEXT VON NEUZEIT UND AUFKLÄRUNG

### 2.1 *Dualistischer Rechtsbegriff und Säkularisierung*

Das Recht wurde bis in die Mitte des 17. Jahrhunderts als institutionalisierter Reflex einer axiologischen Prämisse und somit als die einer universalistischen Wertkonzeption entsprechende, gerechte und vernünftige Ordnung verstanden. Dieser monistisch gefasste Rechtsbegriff wandelte sich indessen im weiteren Verlaufe des Jahrhunderts zunehmend und führte im Zuge der Forderung nach Wertfreiheit zu einem dualistischen Rechtsbegriff, der nunmehr die Trennung einerseits in ein positives und andererseits in ein natürliches Recht vorgab.<sup>15</sup> Dabei wurde das positive Recht zwar als das Generat einer legislativen Anordnung dargestellt, wenn auch trotz der Entwicklung der voluntaristischen Positivitätsthese ein Naturrechtsrekurs noch anerkannt wurde. Die weitere Entwicklung dieses Relativierungsprozesses führte im Kontext des Vernunftdogmas über die Profanierung des Naturrechts anhand des kontraktualistischen und utilitaristischen Ansatzes schliesslich zum modernen Rechtspositivismus, dessen Grundlagen folglich auf die Entwicklung des neuzeitlichen Intellektualisierungsprozesses und so gesehen auf Renaissance und Reformation zurückgehen.<sup>16</sup> Dieser Relativierungsprozess verband sich mit der Säkularisierung aller Lebensbereiche und führte, unterstützt durch das Aufkommen des naturwissenschaftlich-mechanistischen Weltbildes, insofern zu einer umfassenden Säkularisierung des Ethos, als dieses nunmehr in einer höchsten, auf immanente Selbsterhaltung rekurrerenden Kategorie reflek-

<sup>15</sup> Zu den Verbindungs- und Überwindungsversuchen der positivistischen Trennungsthese seit Hegel: KAUFMANN, Matthias: *Rechtsphilosophie*. Freiburg i.Br. 1996, 180–198.

<sup>16</sup> Siehe hierzu etwa: VERDROSS, Alfred: *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*. 2. A. Wien 1963, 100–106; COING, Helmut: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 5. A. Berlin 1995, 28–30; WOLF, Erik: *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*. 3. A. Tübingen 1951, 176–216 und 252–305; zum Menschenbild des Humanismus: LORTZ, Joseph: *Die Reformation in Deutschland*. 1. Band. 3. A. Freiburg i.Br. 1949, 48–68.

tiert war.<sup>17</sup> Die Konzeption eines derart säkularisierten Ethos, wonach sowohl der Staat als auch die Individuen ausschliesslich auf die Erhaltung einer individuell-autonomen, profanen Existenz reduziert waren, warf andererseits in zunehmendem Masse die Frage nach der Rechtfertigung einer solchen autonom-selbstgesetzgebenden Existenz, sowohl des Individuums, wie auch des Staates<sup>18</sup> und seiner Zwangsgewalt auf, und somit die Frage nach der Legitimität von Macht und Recht in einer auf der Grundlage der Autonomiethese explizierten Wirklichkeit.<sup>19</sup> Da die Freiheit nunmehr als autonome Freiheit vorgegeben war, wurde es alsdann möglich, den Staat kontraktualistisch und demnach auf der Grundlage eines Vertrages zu legitimieren, der von den Individuen in einem definitorisch vorgegebenen Naturzustand eingegangen war.<sup>20</sup> Das im Staat vorherrschende Ethos folgte alsdann aus der Selbstgesetzgebung seiner Glieder als Manifestation ihrer nunmehr als Autonomie verstandenen Freiheit. Je nach dem, ob der vorgegebene Naturzustand egoistisch oder altruistisch gefasst war, resultierten die ethischen Normen aus dem positiven Recht, bestanden als dem positiven Recht vorgelagerte Normen oder das positive Recht selbst galt schliesslich als Ausfluss eines allgemeinen, ethisch gefassten Willens.<sup>21</sup>

## 2.2 Säkularisierung des Naturrechts

Die Säkularisierung des Ethos verband sich im Laufe des neuzeitlichen Intellektualisierungsprozesses mit der Säkularisierung des Naturrechts. Am Anfang dieser Entwicklung stand das nominalistisch geprägte, individualistische Naturrecht, welches von einer ursprünglich schrankenlos konzipierten Freiheit des Individuums ausging. Die in dieser Tradition stehende kontraktualistische Staatslehre erblickte im Staat eine von freiheitlich

<sup>17</sup> GUARDINI: *Das Ende der Neuzeit*, 41–64.

<sup>18</sup> Zum Staatsbegriff und zur Entstehung des modernen, säkularisierten Staates: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie. Antike und Mittelalter*. Tübingen 1992, 4; DERS.: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. 2. A. Frankfurt a.M. 1992, 92; STOLLEIS, Michael: *Reichspublizistik-Politik-Naturrecht im 17. und 18. Jahrhundert*, in: DERS. (Hg.): *Reichsdenker in der frühen Neuzeit*. 3. A. München 1995, 9–28; ZIPPELIUS, Reinhold: *Allgemeine Staatslehre*. 13. A. München 1999, 106–147.

<sup>19</sup> Im Gegensatz zu Höffe (HÖFFE, Otfried: *Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zur Rechts- und Staatsethik*. Stuttgart 1988, 57f.) weist Kersting darauf hin, dass es in der klassischen Politik nie um die Frage der Herrschaftslegitimation, sondern um jene nach der Qualität der Herrschaftsordnung ging, da der politische Aristotelismus, der den Menschen als zoon politicon gefasst hat, bis zur Ausbreitung der Rechts- und Staatsphilosophie Kants, das Verständnis des Menschen in seinen sozialen und politischen Lebensverhältnissen geprägt hat. Andererseits stellt sich die Frage nach der Herrschaftslegitimation erst mit dem Aufkommen des Individualismus der neuzeitlichen politischen Philosophie (KERSTING, Wolfgang: *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*. Darmstadt 1996, 4; 11–18).

<sup>20</sup> KERSTING: *Gesellschaftsvertrag*, 14f.; 17.

<sup>21</sup> Siehe die umfassende und übersichtliche Darstellung bei KERSTING: *Gesellschaftsvertrag*.

entscheidenden Individuen, anhand Vertragsbindung konstituierte Sozial- und Herrschaftsstruktur.<sup>22</sup> Im Gegensatz zu den auf christlich-traditionellem Boden stehenden Rechts- und Staatsphilosophien, die das Naturrecht unter Rekurs auf die geschöpfliche Natur und den Telos des Menschen begründet hatten,<sup>23</sup> entwickelte sich eine nunmehr profane Legitimation des Naturrechts,<sup>24</sup> die den Menschen und folglich auch das Recht mithin naturkausal nationalistisch in den natürlichen Trieben und Instinkten aufgehen liess.<sup>25</sup> Diese monistischen, ausschliesslich mechanisch-kausale Regelhaftigkeiten anerkennenden Systeme legitimierten das Naturrecht demnach nicht mehr als eine natürliche Ordnung sittlicher Normativität, sondern, ihrer immanenten Systemrationalität entsprechend, vielmehr als Zwangs- und Herrschaftsinstrument im Spannungsfeld von menschlichen Triebimplikationen und einer instrumentellen Herrschaftsgewalt. Das Recht war mithin zum blosen sozialen Ordnungsfaktor reduziert und all seiner moralischen Relevanz entledigt, da es infolge der Transformation der Handlungs rationalität des Individuums von einer qualitativen Sittlichkeitskategorie zu einer quantitativen Naturalitätskategorie, seiner, bis dahin im Kontext einer christlich vorgegebenen Ordnung begründeten, axiologischen Eigengesetzlichkeit gegenüber einer mechanischen Natur verlustig ging.<sup>26</sup>

Die weitere Entwicklung führte zu einem, unter der Prämissee des Vernunftprimats stehenden, rationalistischen Naturrecht, anhand dessen Vorgaben das Naturrecht auf dem Wege einer erkenntnis- und legitimations theoretischen Profanisierung vom Autoritätsanspruch dogmatisierter Glaubenswahrheiten gelöst war. Diese, mitunter zu einseitiger Radikalität neigende, Entwicklung führte zu einer rationalistischen Konvergenzthese von *ratio* und *auctoritas*, die in Verbindung mit der Traditionsthese nicht zuletzt als machtpolitisch motivierte Legitimationstheorie diente. Damit wurde die Möglichkeit eines axiologischen Rekurses im Hinblick auf die

<sup>22</sup> Zum kontraktualistischen Beweisprogramm: KERSTING: *Gesellschaftsvertrag*, 48–58.

<sup>23</sup> Zur Ableitung des Rechts aus der Natur und zum naturalistischen Fehlschluss: KAUFMANN, M.: *Rechtsphilosophie*, 59–62.

<sup>24</sup> Zum Bedeutungswandel des Rationalitätsbegriffs vom Formprinzip des Menschen als Element der thomasisch-teleologischen Metaphysik, das nur noch bei Grotius einen gewissen Einfluss ausgeübt hat, zur Cartesianischen *clara et distincta perceptio*: WELZEL, Hans: *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*. 4. A. Göttingen 1990, 112.

<sup>25</sup> Zur Anwendung der analytisch-synthetischen Methode auf das Recht bei Hobbes: WELZEL: *Naturrecht*, 113; zu den naturalistischen Naturrechtslehren von Hobbes, Spinoza, Locke und Rousseau: VERDROSS: *Abendländische Rechtsphilosophie*, 113; zur Ableitung des Rechts aus der Natur des Menschen: KAUFMANN, M.: *Rechtsphilosophie*, 62–87.

<sup>26</sup> Siehe hierzu: BÖCKENFÖRDE: *Recht, Staat, Freiheit*, 106f.; siehe zur These, dass der vorvertragliche Hobbessche Naturzustand ein Naturunrechtszustand sei, der zur positivistischen Trennung von Recht und Moral führe, sowie zur absoluten Souveränität und Letztinstanzlichkeit: KERSTING: *Gesellschaftsvertrag*, 73–79; 100–108; zur Staatsgewalt als Ordnungsmacht bei Hobbes: ZIPPELIUS, Reinhold: *Geschichte der Staatsideen*. 9. A. München 1994, 97–105; zur Staatstheorie nach der *Deus sive natura*-These bei Spinoza: SENN, Marcel: *Spinoza und die deutsche Rechtswissenschaft. Eine historische Studie zum Rezeptionsdefizit des Spinozismus in der Rechtswissenschaft des deutschsprachigen Kulturraumes*. Zürich 1991.

Rechtserkenntnis insoweit negiert, als das Zwangskriterium nunmehr die Normativitätsprämisse des Rechts bildete. Im Zuge dieser Entwicklung wurde demnach das „Sollen“ zum „Wollen“ transformiert, was nicht nur im Widerspruch zu einem universalen Naturrechtsgehalt stand, sondern auch zu einer weitgehenden Eliminierung des axiologischen Gehalts menschlicher Handlungs rationalität führte.<sup>27</sup> Näher betrachtet rekurrierten die profanen Naturrechtslehren auf die Cartesianische „*clara et distincta perceptio*“, mithin auf eine radikal rationalistische Erkenntnistheorie, wonach sich die Erkenntnis gewissheit in dogmatischer Weise aus einer klaren und deutlichen Erkenntnis der Entstehungsbedingungen der Erscheinungen ergab.<sup>28</sup> Dem ist insofern beizupflichten, als die unterschiedlichen Naturrechtslehren tatsächlich nicht wesenstheoretisch, sondern vielmehr erkenntnistheoretisch divergierten, oder in anderen Worten nicht das Naturrecht selbst, sondern vielmehr die Erkenntnisweise des Naturrechts zum Problem wurde.<sup>29</sup> Die Beantwortung dieser naturrechtlichen Schlüsselfrage, ob und wie Naturrecht erkannt werden kann, wurde im Kontext des profanen Naturrechts im Einklang mit dem vorherrschenden erkenntnistheoretischen Paradigma anhand einer abstrakt-methodischen Begrifflichkeit expliziert, in deren Kontext das methodische Denken selbst ontologisiert wurde und folglich die Form an sich, die nunmehr zum Begriffsinhalt wurde, zum Sein erhoben.<sup>30</sup> Damit war es möglich, die Vielfalt des Begriffs inhalts durch die Vielfalt der Methode zu begründen.<sup>31</sup>

### 3. RECHTSPOSITIVISMUS

Unter dem Einfluss des positivistischen Wissenschaftsparadigmas entwickelte sich eine am Primat des Systemkriteriums orientierte Rechtswissenschaft, die sich seit der Mitte des 19. Jahrhunderts dem Positivismus zuwandte und durch einen Reduktionismus gekennzeichnet war, wonach das Konstitutivkriterium des positivistischen Wissenschaftsbegriffs streng auf empirisch verifizierbare, stringente Regelmässigkeiten begrenzt war.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Walter Ott's These „Objektivität von Idealität durch Positivität“ (OTT, Walter: *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*. 2. A. Berlin 1992, 267) verkennt nicht nur diese Folgen, sondern auch das dynamische Element der Rechtsentwicklung; zum Problem der Ableitung von Sollensätzen aus Imperativen: KAUFMANN, Arthur: *Rechtsphilosophie*. 2. A. München 1997, 197.

<sup>28</sup> WELZEL: *Naturrecht*, 112.

<sup>29</sup> Zur Erkenntnistheorie der neueren Naturrechtslehre: BRUCH, Richard: *Ethik und Naturrecht im deutschen Katholizismus des 18. Jahrhunderts. Von der Tugendethik zur Pflichtethik*. Tübingen 1997, 255–292, und zum Unterschied in der Bewertung der neuen Erkenntnistheorie zwischen Katholizismus und orthodoxem Protestantismus: BRUCH: *Ethik und Naturrecht*, 48–54.

<sup>30</sup> Zur Anwendung der mathematischen Methode auf das Naturrecht siehe BRUCH: *Ethik und Naturrecht*, 214–219.

<sup>31</sup> Siehe hierzu die positivistischen Ausführungen zum Erkenntnisbegriff bei OTT: *Rechtspositivismus*, 139.

<sup>32</sup> LARENZ, Karl: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. A. Berlin 1991, 36–83.

Eine solche faktizistische Reduktion hat zwar einerseits eine grundsätzliche Wertkategorie als solche nicht per se negiert, andererseits indessen die Möglichkeit einer wissenschaftlichen Erkenntnis von axiologischen Legitimationskategorien überhaupt und insbesondere im Hinblick auf das Recht verworfen. In diesem positivistischen Kontext konnten im Sinne des kausal-mechanistischen Explikationsmodells Gegenstand der Erkenntnis einerseits empirische Tatsachen und andererseits formallogische Denkkonstruktionen der Mathematik sein, weshalb im Bereiche der positivistischen Rechtswissenschaft neben dem normlogischen, etatistischen Positivismus Kelsens insbesondere psychologische und soziologische Faktizitäten als Bestimmungskriterien von Positivität vorgetragen wurden.<sup>33</sup> Dabei zeichnete sich Positivität im etatistischen Sinne anhand der hoheitlichen Setzung von Rechtsvorschriften aus, die nach Austin – im Gegensatz zu Kelsen – als auf das Zwangskriterium rekurriende Imperative einer kompetenten staatlichen Instanz konzipiert waren, wobei in der Tradition Kants streng zwischen Sein und Sollen des Rechts differenziert wurde.<sup>34</sup> Der aus dieser Erkenntnissaltung resultierende Gesetzespositivismus begründete Rechtsgeltung und Rechtsbegriff folglich anhand eines formell korrekten Erlassverfahrens und legitimierte das legitimierende Verfahren bei Kelsen etwa auf der Grundlage einer hypothetischen Grundnorm, die im Hinblick auf die Begründung von Rechtsgeltung allerdings ihrerseits ideell gefasst war und insofern selber nicht positivistisch legitimiert werden konnte.<sup>35</sup>

Grundsätzlich ist allen rechtspositivistischen Theorien gemeinsam, dass sie im Hinblick auf die Rechtsgeltung auf Faktizitäten, einerseits der empirischen und andererseits der seelischen – hier wie dort kausalgesetzlichen – Wirklichkeit abstellen.<sup>36</sup> Demnach grenzt sich der Rechtspositivismus klar vom Dualismus des Rechtsbegriffs und der Rechtsidee ab und generiert insofern einen mechanistisch-kausal legitimierten, monistischen Rechtsbegriff, wenn auch darauf hingewiesen wird, dass einer moralisch unhaltbaren Rechtsnorm die Rechtsqualität zwar nicht versagt wäre, aber andererseits auch nicht gebilligt werden müsse und der Rechtspositivismus im Übrigen selbst mit der Anerkennung absoluter Werte vereinbar sei. Der infolge der relativistischen Tendenz der rechtspositivistischen Thesen erfolgende Verweis auf die Variabilität der empirischen Geltungsmerkmale führt im Weiteren zur Ablehnung eines universalistisch konzipierten Rechtsbegriffs,

<sup>33</sup> Siehe zur geistesgeschichtlichen Entwicklung des deutschen Rechtspositivismus: WOLF: *Grosse Rechtsdenker*, 621.

<sup>34</sup> AUSTIN, John: *The Province of Jurisprudence Determined*. London 1955. Übers. v. Norbert Hoerster, in: HOERSTER, Norbert: *Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie*. Stuttgart 1990, 15.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre*. 2. A. Wien: Verlag Österreich 2000, 197.

<sup>36</sup> Siehe die breite Darstellung der rechtspositivistischen Theorien bei: OTT: *Rechtspositivismus*, 32.

da der positivistisch begründete Rechtsbegriff demnach stets der Abänderbarkeit unterliegt.<sup>37</sup>

#### 4. DER BEDARF AN MATERIALEN BESTIMMUNGSKRITERIEN DES RECHTS

Wird von der These der Notwendigkeit materialer Bestimmungskriterien des Rechts und allgemein gefasst von der Aufgabe des Rechts, Gerechtigkeit verwirklichen zu wollen ausgegangen, stellt sich die Frage, inwiefern ein ausschliesslich empirisch bestimmter Rechtsbegriff begründbar sei und ob er nicht gerade dadurch letztlich in seinem Sinngehalt eliminiert werde.<sup>38</sup> Sollte dem so sein, wird folglich ein metapositiver Grundgehalt des Rechtsbegriffs, im Sinne eines ethischen Mindestmasses,<sup>39</sup> vorausgesetzt werden müssen, welches das positive Recht an unverfügbare Basiswerte bindet, mithin einen wertrelevanten metapositiven Kerngehalt des positiven Rechts begründet. Folglich wird insofern ein Konnex zwischen Rechtsordnung und Wertordnung erstellt, als das Recht – trotz aller Skepsis – anhand einer unverfügbarer Sinnstruktur dargestellt wird.<sup>40</sup>

Die Beantwortung der Frage nach einer solchen Sinnrelevanz wird von Guardini unter Rekurs auf die dialogische Verwiesenheit von Person und Gemeinschaft entwickelt, welche ihrerseits auf eine enantiologische, mithin auf eine in einer Gegensätzlichkeitsstruktur beruhenden, Relationalität abstellt.<sup>41</sup> Das in diesem Kontext die personale Sozialimplikation begründende Kriterium besteht alsdann in einer der Personalität des Menschen eigenen dialogischen Ganzheit, da dialogische Personalität<sup>42</sup> bloss im Hinblick auf den Gemeinschaftsbezug der Person realisiert werden kann<sup>43</sup> und der Hoheitsanspruch der Gemeinschaft seinerseits nur insofern legitimiert ist, als sie die Personalität des Individuums zu gewährleisten vermag.<sup>44</sup> Andererseits bedeutet der Anspruch auf Personalität im Verhältnis zum Staat nicht bloss Berechtigung, sondern vielmehr auch Verpflichtung, da die staatliche Ordnung die Person insoweit in Verantwortung nimmt, als die Annahme der personalen Verpflichtung in Freiheit verwirklicht wird. Guardini anerkennt demnach einerseits die praktisch-funktionale Relevanz

<sup>37</sup> OTT: *Rechtspositivismus*, 112.

<sup>38</sup> Siehe hierzu: GUARDINI: *Das Ende der Neuzeit*, 119.

<sup>39</sup> Siehe in diesem Zusammenhang die Ausführungen von Petraschek zum Verhältnis von Rechtsbegriff, Rechtsidee und Rechtsideal (PETRASCHEK, Karl: *System der Rechtsphilosophie*. Freiburg i.Br. 1932, 83–107).

<sup>40</sup> Siehe im Kontext auch: HÖFFE, Otfried: *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*. Frankfurt a.M. 1994, 73.

<sup>41</sup> GUARDINI, Romano: *Ethik. Vorlesungen an der Universität München (1950–1962)*. Aus. d. Nachl. hrsg. v. Hans Mercker, unter Mitarb. v. Martin Marshall. 2 Bde. 3. A. Mainz 1997, Bd. II, 850.

<sup>42</sup> Zum Personenbegriff Guardinis: *Welt und Person. Versuche zur christlichen Lehre vom Menschen*. 6. A. Mainz 1988, 110.

<sup>43</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 854f.

<sup>44</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 857.

von staatlicher Rechtssetzungshoheit, weist indessen andererseits auf die sittliche Relevanz jeder Autorität hin, die sich in ihrem Grunde als die Fähigkeit erweist, sittlich im Gewissen verpflichten zu können.<sup>45</sup> Insofern kann eine Verpflichtungsbefugnis des Staates, mithin der positive Geltungsanspruch des Rechts, weder aus blosser Utilität, noch aus faktischen Machtverhältnissen allein begründet werden, sondern bedarf stets auch einer individuellen Internalisierung der Verpflichtungswirkung.<sup>46</sup> Angesichts dieser theoretischen Vorgaben stellt sich die Frage nach dem Grund der Gewissensverpflichtung einerseits und andererseits nach dessen Gehalt, mithin nach der Begründung der Rechtsautorität selbst. In der personalistischen Denkhaltung wird hierbei auf die Dialogizität der Person verwiesen, wonach „Autorität“ als das Bewusstsein einer ganzheitlich-dialogischen Verantwortung dargestellt wird.<sup>47</sup> Die aus einer solchen Verantwortungshaltung fliessende Aufgabe des Staates, die Personalität des Menschen im staatlichen Verband zu gewährleisten, wird nicht zuletzt durch die Entwicklung zu einer anonymen Massengesellschaft beträchtlich gefährdet, da „die Unterschiede zwischen den Einzelnen sich einebnen, und eine qualitativ gleichförmige Menge“<sup>48</sup> entstehe. In diesem Kontext hebt Guardini hervor, dass das Leitbild einer staatlichen Organisationsstruktur sich nicht an der mechanisch exakt funktionierenden Maschinennorm, sondern vielmehr an „einer Ordnung unter Personen“<sup>49</sup> auszurichten habe, wodurch die Realisierung von Freiheit erst ermöglicht werde. Andererseits gilt die von einer „echten“, mithin auf der Grundlage einer der Staatlichkeit vorgehenden Unverfügbarkeit begründeten, Autorität ergangene Verpflichtung auch gegen den individuellen Willen der Betroffenen, da eine solche Verpflichtung sich im Grunde gerade als die Annahme von personaler Freiheit erweist.<sup>50</sup> Mit dieser Erkenntnis ist indessen ein entscheidender Schritt getan, wonach die Kantische – auf der subjektiven Autonomie basierende – Freiheitsformel im Kontext der von Guardini verwendeten enantiologischen Methode anhand einer Begründung von Freiheit aus ihrer scheinbaren Antinomie, mithin aus Autorität, überwunden wird. Eine solche Freiheitskonzeption impliziert andererseits die Erkenntnis, wonach eine von aller objektiven Bindung losgelöste Freiheit sich letztlich selber aufhebt. Die objektive Freiheitsbindung weist alsdann insofern eine grundsätzliche ethische Relevanz auf, als eine jede Herrschaftsordnung, sofern sie den Anspruch erhebt, Freiheit verwirklichen zu wollen, letztlich bloss unter

<sup>45</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 859.

<sup>46</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 861.

<sup>47</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 873.

<sup>48</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 876; s. zum „ganzheitlichen“ Menschenbild auch USTERI, Martin: *Das Verhältnis von Staat und Recht zur Wirtschaft in der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Volkstümliches Recht als Gegensatz zur Verwaltungsherrschaft*. Zürich 1981.

<sup>49</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 879.

<sup>50</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 886.

Rekurs auf eine ethische Unverfügbarkeit gewährleistende Prämissen legitimiert werden kann.

Die Frage nach der Begründung einer solchen metapositiven Prämissen von Staatshoheit und Recht reflektiert, angesichts einer paradigmatisch positivistischen Wissenschaftlichkeit, die Notwendigkeit einer Legitimationstheorie, welche die Abhängigkeit des positiven Rechtsbegriffs von metapositiven Prämissen rational darzulegen imstande ist. Dabei erweist sich insbesondere die Frage von grundlegender Bedeutung, was einerseits Rationalität im Kontext des positivistischen Wissenschaftsparadigmas aussmache und andererseits inwiefern die Rechtswissenschaft Anspruch auf Wissenschaftlichkeit überhaupt erheben könne.

## 5. RECHT UND POSITIVE WISSENSCHAFTLICHKEIT

Im Rahmen der im 19. Jahrhundert insbesondere in der deutschen Rechtswissenschaft einsetzenden Transformation der Jurisprudenz von einer dogmatischen zu einer theoriegeleiteten und insofern wissenschaftlichen, und in diesem Sinne dem positiven Wissenschaftsparadigma entsprechenden Disziplin, stand die grundlegende Frage im Zentrum des Diskurses, ob es möglich sei, die juristische Dogmatik als innere Form des Rechts zu definieren. Das Bestreben nach einer Verwissenschaftlichung der Jurisprudenz auf dem Wege einer disziplinären Ausdifferenzierung der Rechtstheorie stand im Kontext einer grundlegenden Erschütterung des bis dahin die Rechtsphilosophie konstituierenden Vernunftrechtsglaubens, als dem exklusiven – auf metapositiv-apriorische Prinzipien rekurrierenden – Repräsentanten des Wissenschaftsprädikats. Damit sah sich der zur Entstehung der „Allgemeinen Rechtslehre“ führende Transformationsprozess insofern mit dem Problem konfrontiert, den Wissenschaftscharakter der neuen Disziplin darzulegen, als der Erkenntnisgegenstand von wissenschaftlicher Rechtserkenntnis nunmehr bloss noch das positiv gesetzte Recht im Rahmen seiner Strukturalität sein konnte.<sup>51</sup> Dieser einschneidende Paradigmawechsel ist insbesondere im Kontext der Autonomisierung der Wissenschaften und deren disziplinären Ausdifferenzierung zu sehen, da damit die Empirie zur materialen Grundlage des wissenschaftlichen Wissensbegriff erhoben wurde, dessen Wahrheitsanspruch nun nicht mehr a priori gegeben war, sondern vielmehr der Verifikation durch Empirie bedurfte. In methodischer Hinsicht verdrängte hierbei die wissenschaftliche Explikation des Besonderen anhand von empirisch generierten hypothetischen Universalisierungsmodellen das System von logischen Deduktionen aus Allgemeinbegriffen.<sup>52</sup> Die Frage nach der Wissenschaftlichkeit liess folglich keine Apriori zu, sondern reduzierte sich methodenkonstitutiv auf

<sup>51</sup> FUNKE, Andreas: *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie*. Tübingen 2004, 39; Siehe im Kontext: WELZEL: *Naturrecht*, 183; LARENZ: *Methodenlehre*, 36–83; VERDROSS: *Rechtsphilosophie*, 188–198.

<sup>52</sup> WELZEL: *Naturrecht*, 183.

ein mittels Analyse und Deskription dargestelltes hypothetisches Modelldenken. Damit wurde indessen für das neue, dem Relativitätsdogma unterliegenden Wissenschaftsparadigma die Explikation und Begründung ihrer eigenen Wissenschaftlichkeit zum Problem, da diese infolge des Methodenpostulats und des Systemkriteriums nunmehr bloss noch methodenimmanent dargestellt werden konnte.<sup>53</sup> Trotz dieser Vorgaben hat sich die Rechtstheorie in ihren Anfängen um die Mitte des 19. Jahrhunderts nicht an einem ausschliesslich positivistischen Rechtsbegriff im Sinne der positivistischen Trennungsthese entfaltet.<sup>54</sup> Vielmehr hatte sich ein umfassend positivistisch konstituierter Rechtsbegriff erst im Kontext der Anerkennung der Rechtstheorie als eigenständige Disziplin, vornehmlich in den Werken von Bierling und Bergbohm, verfestigt.<sup>55</sup> Hinzu kommt, dass die ursprünglich als privatrechtliche Theorie konzipierte Rechtstheorie in der Folge ihrer disziplinären Eigenständigkeit in den Einflussbereich eines staatsrechtlichen Positivismus zu stehen kam, welcher den ursprünglich noch vorhandenen Gerechtigkeitstelos der Rechtstheorie nun nicht mehr zu integrieren imstande war.<sup>56</sup>

Der im Kontext der Enzyklopädiebewegung mehr und mehr voranschreitende Prozess der Verwissenschaftlichung zog einen breiten Diskurs über eine aus der Dogmatik ausgegliederte, systematische Allgemeine Rechtslehre nach sich. Somit war die Rechtstheorie als eine Theorie des positiven Rechts und zwar vorerst des positiven Privatrechts konzipiert und primär durch das Dogma einer positivistischen Wissenschaftlichkeit begründet worden. Dabei ermöglichte eine solche neue Grundlegung der Rechtswissenschaft die Erarbeitung eines grundlagentheoretischen Teils, welche systemgenerierend gewirkt hat und sich insofern als Integrativtheorie des Rechts und der Wissenschaft vom Recht erwies. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass selbst Bierling und Bergbohm als Protagonisten eines positivistischen Rechtsbegriffs die Notwendigkeit einer ethischen Grundlegung des Rechts, mithin den Primat einer materialen Rechtsphilosophie im Hinblick auf die formale Allgemeine Rechtslehre postuliert haben.<sup>57</sup> Eine strenge Trennung zwischen formaler Rechtstheorie und materialer Rechtswissenschaft vollzog sich alsdann in grundlegender Weise erst zu Anfang des 20. Jahrhunderts mit Kelsens in den Kontext des logischen Empirismus des Wiener Kreises einzuordnenden normlogischen Rechtspositivismus.

Kelsens „Reine Rechtslehre“ reflektierte als postmetaphysische Rechtstheorie, ganz im Sinne des logischen Empirismus, die programmatischen Vorgaben einer rationalen, empirischen und metaphysikfreien Explikation

<sup>53</sup> FUNKE: *Strukturtheorie*, 42f.

<sup>54</sup> Siehe hierzu die eingehende Analyse von BROCKMÖLLER, Annette: *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*. Baden-Baden 1997, 257.

<sup>55</sup> Siehe im Kontext: FUNKE: *Strukturtheorie*, 129.

<sup>56</sup> BROCKMÖLLER: *Rechtstheorie*, 276.

<sup>57</sup> BROCKMÖLLER: *Rechtstheorie*, 277.

der Wirklichkeit.<sup>58</sup> Die dabei erfolgte Ausdifferenzierung des Normativitätsbegriffs führte im Kontext der vorherrschend neopositivistisch beeinflussten Ideologiekritik zu einer radikal realistischen Konzeption der Wissenschaftlichkeit des Rechts, welche einerseits auf die Webersche Werturteilsthese und andererseits auf den Objektivitätsgrundsatz rekurrierte.<sup>59</sup> Die These von einer wissenschaftlichen Weltauffassung als grundlegende Prämisse einer vom logischen Empirismus postulierten Einheitswissenschaft entsprach im Kontext von Werturteilsfreiheit und Objektivitätsdogma dem Reinheitsgebot der Kelsenschen Rechtstheorie, was neben dem postulierten Erkenntniswert letztlich mittels Ideologiekritik auf das Methodenprimat abzielte.<sup>60</sup>

Wie der Neopositivismus als eine allgemeine Theorie der Wissenschaftssprachen auf die Universalisierung der Sprachanalyse der Physik gerichtet war, verstand sich Kelsens normlogischer Rechtspositivismus als Rechtswissenschaft im Sinne einer spezifischen Disziplin, welche den noch zu rekonstruierenden Erkenntnisgegenstand des „Logischen Positivismus“, mithin das naturwissenschaftliche Wissenschaftsparadigma, als vorgegeben betrachtete.<sup>61</sup> Der Logische Positivismus hat im Kontext seiner Erkenntnismethode die Sinnfähigkeit moralischer Sätze abgelehnt und im Hinblick auf rechtswissenschaftliche Aussagen, hier im Gegensatz zu Kelsen, einen konsequent naturalistischen Reduktionismus vertreten, wonach die Rechtswissenschaft als Tatsachenwissenschaft und gerade nicht als Normwissenschaft konzipiert war. Es ging um das Problem der Normativität, wobei der normlogische Rechtspositivismus die Sinnhaftigkeit von Rechtsnormen beschreibenden Rechtssätzen im Sinne einer Proposition festgesetzt hat und sich im Weiteren mit der Frage beschäftigte, wie dieser Sinn exakt und objektiv verifiziert werden könne. Infolge dieser Theoriebasis wurde demnach das „Recht“ als objektiv gegebener Erkenntnisgegenstand betrachtet und von anderen Gegenständen, welche methodenwidrig mit dem Recht identifiziert waren, unter Rekurs auf die Sein-Sollen-Dichotomie, mithin anhand des Normativitätsarguments, abgegrenzt. Die Kritik von Mises' am normlogischen Rechtspositivismus bemängelte indessen gerade die Berechtigung des Normativitätsarguments als wissenschaftsdisziplinäres Abgrenzungskriterium und führte die Idee von der Norm-

<sup>58</sup> Siehe zum Zusammenhang zwischen Neopositivismus und normlogischem Positivismus: STADLER, Friedrich: *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Über Familienähnlichkeiten*, in: JABLONER / STADLER (Hgg.): *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre*. Wien 2001, IX–XXI; ferner: JABLONER, Clemens: *Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen. Kelsen und die Einheitswissenschaft*, in: JABLONER / STADLER (Hgg.): *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre*. Wien 2001, 19–43.

<sup>59</sup> KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 111.

<sup>60</sup> Siehe hierzu: JABLONER: *Kelsen und die Einheitswissenschaft*, 43.

<sup>61</sup> Siehe im Kontext: PFERSMANN, Otto: *Die Wiener Schulen und der moralische Realismus. Eine Problematisierung*, in: JABLONER / STADLER (Hgg.): *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre*. Wien 2001, 191–207.

wissenschaft auf ein Defizit an Letztbegründung in Rechtslehre und Ethik zurück.<sup>62</sup>

Wie Kelsen hat auch Luhmann den Positivitätsbegriff als Konvention dargestellt und verstand das positive Recht als Recht, das gesetzt ist und Kraft Entscheidung gilt.<sup>63</sup> Im Gegensatz zu Kelsen stellt für Luhmann die Einheit des Rechtssystems allerdings keine operative Prämissen des Rechtssystems selbst dar und kann weder als Prinzip noch als Norm dargestellt werden.<sup>64</sup> Obwohl die Einheit des Rechtssystems operationell fortlaufend reproduziert wird, kann sie selbst nicht eine Systemoperation repräsentieren, da sie eine Selbstreferenz der das System repräsentierenden Einheit darstellt und anhand eines Eigenvollzugs diese folglich stets verändern würde. Die Einheit des Systems generiert somit das System selbst, weshalb sie für ihren operativen Vollzug auch keiner Konvention einer Grundnorm bedarf, welche selbst immer bloss eine Beschreibung des Systems darstellen würde. Folglich stellt die Faktizität der systemischen Selbstproduktion, mithin die „Autopoiesis“,<sup>65</sup> auch die Einheit des Rechts dar, weshalb die Ausdifferenzierung des Rechts bloss insofern gelingen kann, soweit es als autopoietisches System dargestellt wird, dessen Umwelt die Gesellschaft selbst ausmacht.<sup>66</sup>

Infolgedessen führt Luhmanns systemtheoretische Konzeption, im Bemühen, den Realitätsbezug von Rationalität herzustellen, im Ergebnis dazu, dass jede ontologische Prämissen, welche auf die Begründung von Rationalität der Person gerichtet ist, durch eine spezifische Systemrationalität eliminiert wird, mithin die Person durch das System substituiert wird.<sup>67</sup> Dabei revidiert Luhmann die zentrale These der Aufklärung von der objektiven Vernunft insoweit, als diese Vernunft in der modernen Gesellschaft durch soziologische Reflexion substituiert sei, welche allein imstande ist, die Komplexität der Wirklichkeit zu beschreiben und qua funktional-struktureller Methode der soziologischen Systemtheorie zu reduzieren.<sup>68</sup> Luhmanns Anonymisierung der Rationalität führt zu einem funktionalen, selektiven Rechtsbegriff, welcher nicht mehr auf die Ordnung anhand normativer Verhaltensmodelle im Sinne von Konfliktregelungsmechanismen, sondern auf Modelle faktischer Erwartungsstabilisierung mittels Kontingenzregulierung rekurriert. Damit repräsentiert das Recht die selektive Struktur eines sozialen Systems, welches sich prozessual anhand einer

<sup>62</sup> MISES, Richard von: *Kleines Lehrbuch des Positivismus. Einführung in die empiristische Wissenschaftsauffassung*. Hrsg. u. eingel. von Friedrich Stadler. Frankfurt a.M. 1990, 462.

<sup>63</sup> LUHMANN, Niklas: *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt a.M. 1999, 113–153.

<sup>64</sup> LUHMANN: *Das Recht der Gesellschaft*. 2. A. Frankfurt a.M. 1997, 73.

<sup>65</sup> LUHMANN: *Das Recht der Gesellschaft*, 45.

<sup>66</sup> LUHMANN: *Das Recht der Gesellschaft*, 24ff.; 31.

<sup>67</sup> Siehe hierzu die ausführliche kritische Stellungnahme von DE GIORGI, Raffaele: *Wahrheit und Legitimation im Recht*. Berlin 1980, 195–232.

<sup>68</sup> DE GIORGI: *Wahrheit*, 204.

Sozialevolution ausdifferenziert und funktional spezifiziert, wobei die Positivität des Rechts als Konstituante der Prozessualität von Ausdifferenzierung fungiert.<sup>69</sup> Im Hinblick auf das systemtheoretische Wissenschaftsparadigma hat die Rechtstheorie folglich, wie im Übrigen alle anderen wissenschaftlichen Theorien, die grundlegende Aufgabe zu bewältigen, die Reduktion von Komplexität unter der methodischen Vorgabe eines hoch abstrakten, funktional äquivalenten und fungiblen Erkenntnisbezugs zu vollziehen.<sup>70</sup> Das Rechtssystem stellt demnach strukturell einen durch Kontingenz konstituierten Selektionsprozess dar, der nur anhand einer Theorie beschrieben werden kann, welche system- und entscheidungstheoretische Implikationen erfasst, um mittels Reduktion der Komplexität der anhand Selektionsprozesse bestimmten Rechtsstruktur die Selbstregulierungs- und Stabilisierungsmechanismen des Rechtssystems zur Verfügung zu stellen.<sup>71</sup> Folglich ist nur das System, mithin die Systemrationalität, nicht aber das Subjekt in der Lage, Komplexität durch Systemstabilisierung zu reduzieren, wobei der Grad der Komplexität immer unbestimmt und somit latent bleibt. Dieser Realitätsmodus erschöpft sich indessen in seiner Potentialität und existiert folglich nicht effektiv sondern bloss noch potential, mithin nach der Möglichkeit seines Seinkönnens im Kontext einer reflexiven Selektivität.<sup>72</sup>

Damit wird die systemtheoretische Konzeption von Wirklichkeit anhand des Differenzverhältnisses von Sein und Kontingenz konstituiert, welches folglich ein Identitätsverhältnis von Wirklichkeit und Möglichkeit, mithin die Integration von Kontingenz im Sein ausschliesst, weshalb das Sein als dann bloss für die Bewältigung von Kontingenz qua systemischer Reduktion stehen kann. Sollte dem so sein, erweist sich indessen auch eine systemtheoretisch gefasste Rechtstheorie als konstruktivistische Verstandesleistung, welche die Normativität des Rechts folgerichtig bloss als Kontingenzregulation im Kontext eines operativ geschlossenen Systems beschreiben kann. Allerdings stellt das Kontingenzargument nur vordergründig das konstitutive Begriffselement des Rechts dar, da das Rechtssystem unter Weiterführung des systemtheoretischen Arguments in Wirklichkeit anhand Positivität konstituiert wird. Denn, sollte das Recht funktional eine Kontingenzregulation unter Vollzug von ausschliesslich systeminternen Operationsregeln leisten, ist nicht einzusehen, warum Morallnormen nicht am Rechtssystem partizipieren können, da unter Anwendung der systemtheoretischen Methode auch Morallnormen geeignet wären, Kontingenzregulation zu leisten, weil letztlich die gesamte Wirklichkeit kontingent ist. Allein die Positivierung könne indessen, wie Luhmann im Hinblick auf die Rechtstheorie selbst referiert,<sup>73</sup> die Stabilisierung des

<sup>69</sup> DE GIORGI: *Wahrheit*, 212.

<sup>70</sup> DE GIORGI: *Wahrheit*, 218.

<sup>71</sup> DE GIORGI: *Wahrheit*, 225.

<sup>72</sup> DE GIORGI: *Wahrheit*, 229.

<sup>73</sup> LUHMANN, Niklas: *Rechtssoziologie*, 3. A. Opladen 1987, 362f.

Systems als rekursive Selektivität gewährleisten, weshalb Luhmanns Definition des Rechtsbegriffs in konstitutiver Weise auf dem Positivitätsargument beruht, da das Kontingenzargument offenbar nicht hinreichend wäre, um die Rechtsnormen von anderen Normen theoretisch und institutionell abzugrenzen.<sup>74</sup> Sollte indessen das Positivitätsargument, wie von Luhmann vorgegeben, tatsächlich eine Reaktion auf unbewältigte Kontingenzen darstellen, erwiese sie sich als die Formel für die Institutionalisierung von Kontingenzen und damit als die „Legalisierung der Transformierbarkeit von Recht“.<sup>75</sup> Da der traditionelle Versuch, Kontingenzen durch Letztbegründungskonzeptionen auszuschliessen, in kontraproduktiver Weise das Bewusstsein um Kontingenzen erweitert hat, stellt die Positivitätsformel geradezu einen Verzicht auf Letztbegründung dar und es stellt sich die Frage, ob die Positivitätsformel im Hinblick auf das Recht die einzige mögliche Reaktion auf ein Letztbegründungsdefizit darstellt. Die Frage kann zumindest dann verneint werden, wenn das Sein nicht anhand der Kontingenzformel reduziert wird.

Luhmanns Rechtstheorie stellt eine positivistische Theorie des Rechts dar, welche nicht mehr an der Rationalität des Subjekts, sondern an der Rationalität des Kontingenzen reduzierenden Systems, mithin an der Rationalität des Systems als Surrogat des rationalen Subjekts, das an die Systemnorm angeglichen wird, anknüpft. Insofern wird das rationale Subjekt durch Systemrationalität substituiert, welche in einer an sich kontingenzen Welt am Ende die einzige Notwendigkeit darstellt, wobei das Argument im Übrigen insofern zirkuläre Elemente aufweist, als die Annahme einer an sich kontingenzen Welt und deren Bewältigung anhand systemischer Reduktion selbst wieder eine Notwendigkeit darstellt, da die Kontingenzen letztlich absolut gilt. Der Zirkel ist blos deshalb nicht per se evident, weil das System selbst die Fiktion von der Komplexität einer kontingenzen strukturierten Wirklichkeit generiert und den tatsächlichen Grad einer solchen kontingenzen Komplexität latent hält.<sup>76</sup>

Das Wissen einer solchen Rationalitätskonzeption wird als funktionalistische Analyse der Wirklichkeit reflektiert, welche indessen weniger die Wirklichkeit selbst, als vielmehr eine Formel, mithin rationale Gesetze, über die Wirklichkeit als die Wirklichkeit selbst suggeriert. Es geht letztlich um die rationale Beherrschung einer wissenschaftlich suggerierten, kontingenzen Wirklichkeit über Organisationsmechanismen und funktionale Normung, welche letztlich, da selbst kontingenzen, auch den Menschen, der nun nicht mehr in einer Verantwortungshaltung steht, beherrschen.<sup>77</sup> Nach Guardini sind die Gesellschaftswissenschaften insofern Mitverursacher einer solchen systemrationalen Absorption des Menschen, als sie das

<sup>74</sup> S. im Kontext: DE GIORGI: *Wahrheit*, 228.

<sup>75</sup> DE GIORGI: *Wahrheit*, 214.

<sup>76</sup> DE GIORGI: *Wahrheit*, 202.

<sup>77</sup> GUARDINI, Romano: *Die Technik und der Mensch. Briefe vom Comer See*. 2. A. Mainz 1990, 48.

Subjekt selbst als abstraktes, der Kontingenz unterliegendes System und nicht als eine in Freiheit konstituierte Person beschreiben.<sup>78</sup> Dabei wird der Kontingenzbegriff durch den Freiheitsbegriff als Konstitutivum der Wirklichkeit und folglich auch des Subjekts substituiert und den Sozialwissenschaften die Aufgabe zugeschrieben, die Freiheit der Person als Grundlage der sozialen Ordnung, oder in der Diktion der Systemtheorie, als Grundlage von Kontingenzbewältigung festzusetzen. Das Grundproblem der sozialen Beziehungen, die in eine Ordnung gebracht werden wollen, besteht in der Unsicherheit, ob sich ein jeder an die eine solche Ordnung tragenden Regeln hält, denn nur Regelmässigkeit ist voraussehbar und gewährleistet dadurch die Sicherheit einer planmässigen Organisationsform sozialer Strukturen.<sup>79</sup> Sozial begründete Regelhaftigkeit wird dabei durch Generalisierungsschemata generiert und zum Zwecke der Durchsetzung regelkonformen Verhaltens institutionalisiert, was die Wirksamkeit insbesondere des Rechts voraussehbar macht. Allerdings erweist sich diese institutionell vorgesehene Wirksamkeit nicht als absolut, da sich die Regeln nicht unmittelbar, wie etwa Naturgesetze in Handlungen übersetzen lassen, sondern vielmehr vorgängig vom Regeladressaten als Handlungssubjekt internalisiert werden müssen, um eine Handlung zu veranlassen. Damit wird indessen die Voraussicht auf die Wirksamkeit der Regeln insofern instabil, als die individuelle Internalisierung und der Vollzug der als Generalisierungsformel konzipierten Regel sich selbst nicht wieder als voraussehbare Generalisierung darstellen lässt, weshalb sozialen Regeln die Begrenzung ihrer eigenen Wirksamkeit notwendig inhärent ist.<sup>80</sup> Die Regelmässigkeit einer anhand Regeln bestimmten Handlung ist insofern voraussehbar, als sie infolge Kausalität einer rationalen Beobachtung zugänglich ist und insoweit Sicherheit, mithin Kontingenzbewältigung, gewährleistet. Allerdings wird dieses, Sicherheit vermittelnde Kausalitätsschema im Falle von subjektiver Internalisierung und Vollzug der Regeln, mithin durch die Willensentscheidung, insofern erweitert, als diese infolge einer Vielzahl von Handlungsmöglichkeiten einen Selektionsprozess vollzieht, was selbst wieder als Kausalprozess dargestellt werden kann, allerdings bloss soweit als Motive den Selektionsprozess steuern.

Die Begründung für die Selektion einer Handlungsalternative sieht Guardini allerdings weniger in einer kausal-logischen Selektion anhand eines Motivs, sondern in einer Selektion anhand metarationalen Selbstbezugs und Selbstverfügung des Willens, mithin in der Willensfreiheit.<sup>81</sup> In diesem Kontext kann alsdann das soziale Sicherheitsbewusstsein im Sinne von Kontingenzbewältigung – welche gerade nicht funktional gefasst wird – weder durch Motive noch soziale Garantien, noch durch freie Selbst-

<sup>78</sup> GUARDINI: *Die Grundlagen des Sicherheitsbewusstseins in den sozialen Beziehungen* (1913), in: DERS.: *Wurzeln eines grossen Lebenswerks*. Bd. I. 20; 34.

<sup>79</sup> GUARDINI: *Sicherheitsbewusstsein*, 22.

<sup>80</sup> GUARDINI: *Sicherheitsbewusstsein*, 26.

<sup>81</sup> GUARDINI: *Sicherheitsbewusstsein*, 28.

verfügung begründet werden, sondern rekurriert auf „letzte, allgemeine Orientierungspunkte“,<sup>82</sup> mithin auf allgemein gültige Werte im Sinne eines Sollens, welche sowohl für das Handeln des Individuums, als auch für gesellschaftliches Handeln konstitutiv wirken. Das soziale Sicherheitsbewusstsein gründet sich alsdann gerade darin, dass ein solches Sollen auch für den anderen verpflichtend wirkt – da andernfalls dessen Willensfreiheit negiert wäre – und welches dadurch in einer Ordnung stehende Regelmässigkeit und Voraussehbarkeit sozialen Handelns garantiert.<sup>83</sup>

Guardini postuliert demnach eine normative Wertimplikation des Rechtsbegriffs, welche allgemein gültige Werte repräsentiert und durch Internalisierung verpflichtend wirkt. Damit ist zugleich das Problem der Rechtsgeltung als zentrale Frage einer jeden Rechtstheorie angesprochen, mithin die Frage, auf welche Weise faktisch geltende Gesetzesnormen als verpflichtende, gesollte Normen reflektiert und dargestellt werden können. Es geht mithin nicht um die positive Begründung von Rechtsgeltung oder die Durchsetzbarkeit von Normen, sondern vielmehr um die Begründung der allgemeinen Verbindlichkeit einer solchen Rechtsgeltung und demnach um die Pflichtstruktur einer Rechtsnorm. Die sich hierbei ergebende grundlegende Frage lautet, ob eine solche Verbindlichkeit bloss rechtsimmanent und somit autonom oder auch insoweit heteronom begründet werden kann, als die Verpflichtungswirkung erst anhand Internalisierung von ausserrechtlichen, insbesondere sittlichen Prinzipien begründet wird. Eine rein autonome Begründung der Verbindlichkeit von Rechtsgeltung läuft auf die Konzeption des autonomen, selbstgesetzgebenden Subjekts hinaus, dessen Eigengesetzlichkeit keiner Generalisierung zugänglich ist und insoweit in einem aporetischen Subjektivismus des selbstgesetzgebenden Willens endet, wenn auch Kant das Gewissen noch als Reflex der autonomen praktischen Vernunft konzipiert hatte. Entgegen Hegels These vom objektiven Gewissen hat die in der Thomasischen Tradition stehende Lehre dem Urteil des individuellen Gewissens letzte Verbindlichkeit zugesprochen, und zwar bei Thomas bekanntlich auch dann, wenn das Gewissen schuldlos irrt. Sofern nun das Gewissen doch irren kann, kann es nicht der letzte Grund der Pflichtannahme sein und es stellt sich die Frage nach einer objektiven materialen Wertordnung, die dem Gewissensurteil vorgelagert ist und insofern die Normativität des Rechts zu begründen vermag.

Die neuere Rechtstheorie hat die Frage nach einer objektiven Materialität des Rechts mangels Begründungsfähigkeit verneint und begründungsfähige Surrogate etwa als Anerkennungs-, Konsensus-, Diskurs- oder Systemtheorien im Sinne von Begründungsmodellen zur Verfügung gestellt. Allerdings vermochten auch diese Substitutionsthesen keine grundlegende Begründung von Rechtsgeltung herzustellen, da sie sich letztlich als formale, regulative Konzeptionen einer argumentativen Rationalität erwiesen

<sup>82</sup> GUARDINI: *Sicherheitsbewusstsein*, 33.

<sup>83</sup> GUARDINI: *Sicherheitsbewusstsein*, 32.

haben, welche nicht das Sollen begründen, sondern blass den Anspruch des Sollens rekonstruieren. Das Defizit dieser Theorien liegt allerdings weniger in vereinzelten theoretischen Inkohärenzen, als vielmehr darin, dass sie die Personalität des Subjekts durchwegs eliminieren – sei es durch Anerkennung, durch ein System, durch Konsens oder auch durch das Konsensverfahren selbst – und damit die Möglichkeit ausschliessen, die sittliche Grundbestimmung der Person, mithin personale Freiheit, als Grundlage einer objektiven Werteordnung zu erkennen: Nicht das Sittliche soll an das Recht, sondern umgekehrt das Recht an das Sittliche angeglichen werden. Denn, sollten objektive Werte an der Freiheit der Person als sittliche Grundlage konstituiert werden, können nur sittliche Pflichten, seien sie positiviert oder nicht, internalisiert werden, weshalb auch die Verpflichtungswirkung des positiven Rechts blass qua Internalisierung begründet werden kann. Damit ist indessen weniger ein Identitätserfordernis zwischen Moral und Recht vorgegeben, als vielmehr eine Verweisungsrelationalität, wonach die Geltung des Rechts nicht allein rechtsimmanent, sondern gerade nur mittels Internalisierung durch das Subjekt, im Sinne von Vollzug personaler Freiheit, begründet werden kann. Trifft dies zu, so ist der Gegenstand der Rechtswissenschaft nicht etwa das positive Recht, sondern die Personalität des Subjekts, welche sich zugleich als axiologische Prämisse des Rechts erweist.

## 6. DIE PERSONALITÄTSPRÄMISSE ALS METAPOSITIVES VERBINDLICHKEITSKriterium DES RECHTS

Guardinis Personenbegriff, der auf die Beziehung einer dialogischen und sozialen Existenz zur Gemeinschaft rekurriert, gründet auf das Gegensatzverhältnis von Einzelheit und Ganzheit als Strukturelemente des Lebendig-Konkreten, da im Sinne der Gegensatzepistemologie die Einheit in der Gegensätzlichkeit der Ganzheit erkannt wird. Folglich bestimmen sich der Einzelne und die Gemeinschaft gegenseitig und verweisen auf die gemeinsame konstitutive Prämisse der Personalität. Sozialethische Reflexionen haben in diesem Sinne beim Prinzip der Personalität anzusetzen, da jede Sozialstruktur eine personale Ordnung und nicht blass einen politisch geeinten sozialen Zusammenschluss von Individuen darstellt, weshalb der Personenbegriff einer jeden sozialen Ordnungsstruktur als axiomatischer Normbegriff vorgegeben ist. Diese Einsicht führt zur These, dass die Person die Trägerin von vorsozialen Rechten ist, die von der Ordnung anzuerkennen sind, auch wenn sie gerade nicht von dieser begründet werden können.

Insbesondere im Hinblick auf die Begründung der Menschenrechte verweist die von Guardini vorgetragene, personal-christliche Position auf die Begründungsproblematik hin, eine universalisierbare Geltung der Menschenrechte im Kontext eines christlich-abendländischen Personenbegriffs interkulturell zu vermitteln. Der Diskurs der personalen Rechte ist hier im

Zusammenhang mit dem auf der Gegensatzmethode basierenden Spannungsverhältnis von Person und Staat zu sehen, wonach das Recht und die Würde der Person einerseits und die gegenseitige Pflichtkorrelation von Person und Staat andererseits auf der Grundlage einer personalen Ordnungsstruktur im Kontext einer politischen Ethik zu bestimmen sind. Im Hinblick auf die gegenseitige Pflichtkorrelation von Individuum und Gemeinschaft, die auf das Spannungsverhältnis von individueller Freiheit und gemeinschaftlicher Pflichten rekurriert, erweisen sich für den sozial-ethischen Diskurs insbesondere Guardinis Reflexionen über Autorität und Gehorsam, im Sinne eines eigenständig moralischen Bewusstseins, als massgebend.<sup>84</sup> Selbst die Pervertierung der Autorität zu roher und menschenverachtender Gewalt im Nationalsozialismus führte Guardini nicht zur Infragestellung oder axiomatischen Neutralisierung des personalen Autoritätsbegriffs, sondern, in Verbindung mit seinem Anliegen der Sorge um die Person, vielmehr zur Einsicht, dass das Phänomen der Autorität notwendiger denn je ethisch zu fundieren sei.<sup>85</sup> In funktionaler Hinsicht ist der Autorität daher aufgetragen – soll sie nicht in autoritäre Gewaltausübung umschlagen – dafür zu sorgen, dass dem Einzelnen in der Gemeinschaft Freiheit, Würde und Verantwortung zukommen, was letztlich eine echte Autorität und eine personale Ordnung erst entstehen lässt.

In staatspolitischer Hinsicht bedeutet personale Verantwortung nicht blos ein Recht, sondern vielmehr auch eine Pflicht des Einzelnen auf Selbständigkeit, welcher in der kritischen Überprüfung der Autorität und in der aktiven Wahrnehmung der freiheitlichen und politischen Grundrechte entsprochen wird.<sup>86</sup> Der personalistische Standpunkt des Einzelnen in der Gemeinschaft ist in diesem Zusammenhang gerade im Hinblick auf die Begründung der Bindungswirkung der staatlichen Gesetze von erheblichem Gewicht, da hier neben der formalen Verfahrenslegitimität eine materiale Legitimität angesichts des sittlichen Bindungspostulats der Gesetze gefordert wird. Folglich erhält ein staatlicher Erlass erst dann Gesetzesqualität im Guardinischen Sinne, sofern er den sittlichen Wert als dem Recht eigen zu reflektieren vermag und die staatlichen Regelungen demnach nicht blos als funktionalistische Nützlichkeitsregeln begründet werden, sondern vielmehr als das individuelle Gewissen bindende Anordnungen einer echten staatlichen Autorität, die ihre Sinnstruktur letztlich aus dem Guten schöpfen.<sup>87</sup> Eine solche personal-ethische Motivation der Gesetzesbegründung erweist ihre sozio-politische Relevanz insbesondere im Hinblick auf die im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips konzipierten, weniger Staat postulierenden Ordnungsstrukturen, die unabhängig von sozialen und individuellen Utilitätskriterien notwendigerweise auf eine in der sittlichen Indi-

<sup>84</sup> Siehe im Kontext: KURTH, Bruno: *Das ethische Denken Romano Guardinis. Gehorsam gegenüber Gott und Freiheit des Geistes. Eine moraltheologische Studie*. Paderborn 1998, 297.

<sup>85</sup> KURTH: *Das ethische Denken Romano Guardinis*, 303.

<sup>86</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 884.

<sup>87</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 868.

vidualverpflichtung – und nicht bloss auf einem durch Diskurs erstellten Konsens – beruhenden Akzeptanz der Gesetzesadressaten rekurrieren. Wird im Sinne der vorliegenden These die Personalität des Menschen als Normativkriterium seines Handelns gefasst, sind damit auch ethische Strukturprinzipien vorgegeben, welche auf die Personalität als Grundkategorie des handelnden Subjekts rekurrieren und diesen in seiner Relationalität zu sich selbst, zu seinem Sozialbezug und letztlich auch zu seinem Transzendentenzbezug bestimmen. Sofern nun das personale Sein als normatives Prädikat des Subjekts gefasst wird, und ferner die aus dem damit implizierten Freiheitsbegriff als solche abgeleitete Unpositivierbarkeit von ethischen Prinzipien festgesetzt ist, wird damit folgerichtig eine grundsätzliche Metapositivität der die Personalität normativ definierender Prädikate vorausgesetzt.<sup>88</sup>

Insbesondere im Hinblick auf die institutionelle Absicherung der Menschenrechte impliziert dabei die personalistische Konzeption der Menschenwürde, im Sinne einer axiologischen Prämissen der politischen Philosophie, keinen auf ein systemimmanentes Dilemma rekurrierenden Dissens im Hinblick auf ein wertpluralistisch konzipiertes Demokratieverständnis. Dieses, dem demokratischen System vermeintlich immanente Dilemma, weist insbesondere darauf hin, dass zwar die Verpflichtung auf ein universales Sinnkriterium, mithin auf eine absolute Wahrheit, mit der modernen, freiheitlich-pluralistischen Demokratietheorie unvereinbar sei, aber um das demokratische System zu erhalten, dennoch ein extrasystemischer Rekurs auf Basiswerte, welche einen faktischen Grundwertekonsens zu reflektieren imstande sind, als unantastbar erklärt werden müsse. Die in legitimations-theoretischer Hinsicht auf die Personalitätsprämissen rekurrierende Menschenwürde erweist sich demnach insofern als eine taugliche Konzeption einer Prämissen des postulierten Grundwertekonsenses, als sie zwischen einem universalistisch gefassten personalen und einem relativistisch gefassten politischen Sinnkriterium zu differenzieren vermag.

Das Personalitätsprinzip als Prämissen eines minimalen Grundwertekonsenses impliziert im Weiteren eine auf ihn zugeordnete institutionelle Rahmenordnung, die über die Sicherung des Grundwertekonsenses zugleich die demokratische Herrschaftsordnung zu legitimieren imstande ist. Auf dieser Grundlage ergibt sich alsdann die Forderung, dass insbesondere das Recht nicht bloss eine Zwangsordnung, sondern vielmehr eine Freiheitsordnung zu reflektieren habe, welche die im Rahmen des Grundwertekonsenses erzielten materialen Vorgaben zu verwirklichen vermag, was allein anhand eines instrumentellen Demokratieverständnisses nicht zu erzielen ist, da das Mehrheitsprinzip einen metapositiven Grundwerte-

<sup>88</sup> Siehe im Kontext: KERSTING, Wolfgang: *Politik und Recht. Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie*. Weilerswist 2000, 143.

konsens, selbst als Minimalthese, offensichtlich nicht zu legitimieren vermag.

Gerade eine moderne, nach freiheitlichen Grundsätzen konstituierte Gesellschaft, welche mit einem Bestand von partikulären Grundwerten einerseits nicht nur verträglich ist, sondern solche geradezu voraussetzt, bedarf andererseits einer minimalen kollektiven und nicht bloss teilkollektiven Freiheitsmaterialität, die ihrerseits das positive Mehrheitsprinzip ergänzt, um sich nicht anhand einer inhalts- und schrankenlosen Individualfreiheit auf dem Wege eines positivistisch verabsolutierten Mehrheitsprinzips selber zu dekonstruieren. Im Sinne der Personalitätsthese wird eine solche vom Konsens getragene, minimale kollektive Freiheitsmaterialität anhand einer universalisierbaren Konzeption der Menschenwürde dargestellt, die folglich nicht dem positiven Mehrheitsprinzip unterworfen ist, sondern diesem vielmehr als Inhaltsbestand von Freiheit und Gleichheit, welche ihrerseits als klassische Vorgaben der demokratischen Herrschaftsordnung gelten, vorangeht. In diesem Sinne impliziert der dargestellte Relationskonnex zwischen metapositiven Grundwerten und positivem Mehrheitsprinzip das Postulat, ein Gleichgewichtsverhältnis zwischen dem anhand des Mehrheitsprinzips ermittelten politischen Willen und den Zielwerten der politischen Praxis herzustellen, was im Sinne der Guardinischen Lehre im Rahmen der These von der Gleichgewichtsrelation von individueller Selbständigkeit und objektiver Ordnung reflektiert wird.<sup>89</sup>

## 7. DIE MENSCHENRECHTSFRAGE

Das in einem demokratischen Verfahren positivierte und insofern variable Recht erscheint zuweilen selbst als eine Bedrohung oder zumindest als eine Beschränkung der Menschenwürde, da diese, weil positiviert – von allfälligen konstitutionellen Änderungsverboten abgesehen – verfügbar wird. Um eine Kohärenz zwischen dem Anspruch der Menschenwürde auf Unverfügbarkeit und dem demokratischen Verfahren herzustellen, bedürfen folglich sowohl das Menschenrechtspostulat, als auch die Demokratithese einer, wenn auch nur mittelbar, gemeinsamen Legitimationstheoretischen Prämissen. Gegenteilig liesse sich nur dann einsichtig argumentieren, soweit geltend gemacht würde, dass das demokratische Verfahren der Sicherung der Unverfügbarkeit von positiv kodifizierten Menschenrechten und folglich auch der Prämissen der Menschenwürde geradezu entgegensteht. Damit ist im Weiteren auch die Frage aufgegeben, ob die Menschenrechte tatsächlich einer auf Universalisierbarkeit gerichteten, metapositiven Legitimation zugänglich sind oder bloss relativistisch, anhand ihres positiven Geltungsanspruchs als Resultante des demokratischen Entscheidungsprozesses, im

<sup>89</sup> GUARDINI: *Zum Problem der Demokratie. Ein Versuch der Klärung* (1946), in: DERS.: *Wurzeln eines grossen Lebenswerks*. Bd. 3, 320 und insbes. 323.

Sinne von konstitutionellen Grundrechten, mithin im Modus eines demokratischen Konsenses, begründet werden können. Zugleich erhebt sich die Frage nach dem Verhältnis der Menschenrechte und der Demokratietheorie, mithin nach dem Verhältnis von normativen Gerechtigkeitsprinzipien und positiver Rechtsordnung. In diesem Kontext lautet die Frage in theoretisch-systematischer Hinsicht, ob – ungeachtet des historischen Rekurses der Menschenrechtserklärungen auf die Volkssouveränität – die Menschenrechte zwingenderweise eine demokratische, auf dem Prinzip der Volkssouveränität beruhende Struktur des Staates voraussetzen, oder allenfalls nicht gerade umgekehrt die Verwirklichung und Ausübung der Volkssouveränität, in ihrer Funktionalität als die höchste Kompetenz einer positiven Rechtssetzung, einen universalen Geltungsanspruch der Menschenrechte voraussetzen und folglich eine, zumindest mittelbar, gemeinsame legitimationstheoretische Prämissen gegeben sein müsse.

Sofern nun die personale Würde als eine solche legitimationstheoretische Prämissen der demokratischen Ordnungsstruktur gesetzt wird, ist die Demokratie folglich auf die Verwirklichung einer die Personalität des Menschen gewährleistenden Freiheitsordnung zu verpflichten. In materieller Hinsicht wäre damit ein politisches Programm vorgegeben, das sich an der Würde, der Achtung von unverletzlichen und unveräußerlichen Rechten und der Gemeinschaftsimplikation der Person zu konkretisieren, mithin die Personalität des Menschen als Subjekt von Rechten zu gewährleisten hätte. Demnach ist der politischen Theorie die Aufgabe zugewiesen, metapolitische Prämissen zu integrieren, welche bloss insoweit einer konkretisierenden, zeit- und kulturrelevanten Interpretation zugänglich sind, als die anthropologische Prämissen der personalen Würde selbst nicht zur Disposition gestellt wird.<sup>90</sup>

Wird in diesem Sinne die personale Würde des Menschen als eine Unverfügbarkeit dargestellt, bedarf sie weder einer erkenntnistheoretischen noch einer axiologischen Rekonstruktion und liefert insofern ein selbsterweisliches Prinzipienargument, welches personale Gerechtigkeit zu gewährleisten und die Begründungs- und Anerkennungsfähigkeit von Grundrechten zu reflektieren vermag, um folglich als Bewertungskategorie einer auf Freiheit und Menschenrechte rekurrierenden politischen Ordnungsstruktur herangezogen zu werden. Die anthropologische Prämissen der Unverfügbarkeit von Personalität ist dadurch gerade auch in der Lage, Freiheit als Basiswert von demokratischen Ordnungsstrukturen vorzugeben.<sup>91</sup> Sofern dagegen eingewendet wird, dass die Demokratietheorie einen empirischen Pluralismus impliziere, ist dem insoweit nicht zu widersprechen, als der politische Basiswert „Freiheit“ und folglich die personale Würde nicht

<sup>90</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 877; in diesem Sinne erkennt auch Kersting als eine der wichtigsten „metatheoretischen Aufgaben der politischen Philosophie“ die Reichweite der „personentheoretischen Prämissen“ als „Leitmotive der gesamten philosophischen Konzeption“ zu bestimmen (KERSTING: *Politik und Recht*, 126).

<sup>91</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 878.

aufgegeben werden. Mit einer solchen Wertrelevanz der demokratischen Ordnung sind demnach zugleich insoweit die Grenzen des Pluralismus vorgegeben, als die dem Basiswert inhärenten Prinzipien dem Anwendungsbereich des Mehrheitsprinzips entzogen werden. Der naheliegende Einwand, dass die Einschränkung des Mehrheitsprinzips undemokratisch sei, ist indessen unbegründet, da danach offenbar verkannt wird, dass mit der Konzeption eines absolut gefassten Mehrheitsprinzips die Demokratie sich selbst aufheben würde und zwar einerseits infolge der Möglichkeit einer entsprechenden Mehrheitsentscheidung und andererseits infolge der Substitution des Basiswerts „Freiheit“ durch das Mehrheitsprinzip selbst. Das spezifische Problem, das eine solche wertresistente Demokratiekonzeption mit sich bringt, besteht im Übrigen darin, dass das demokratische Verfahren anhand der Relativierung des Basiswerts gerade dazu verwendet werden könnte, ein Unrecht zu legitimieren, was die Geschichte nur allzu oft bestätigt. Damit ist indessen die Pluralität als empirische Wirklichkeit insofern nicht in Frage gestellt als der Basiswert „Freiheit“ wesensnotwendig nicht aufgezwungen werden kann. Es wird im Weiteren auch nicht davon abgesehen, dass die anthropologische Prämissen durchaus mit Mehrheitsentscheidungen kollidieren kann, was indessen weniger die Unverfügbarkeit der personalen Würde in Frage stellt, sondern vielmehr auf die Notwendigkeit ihrer institutionellen Absicherung und auf die notwendige Revidierbarkeit von Mehrheitsentscheidungen hinweist.<sup>92</sup> Im Kontext des Rechts auf die Revidierbarkeit von Mehrheitsentscheidungen stellt sich andererseits die Frage, ob daneben ein grundsätzlicher Anspruch auf zivilen Ungehorsam, im Hinblick auf die personale Würde missachtende Mehrheitsentscheidungen bestehe. Ein solcher, gegen Einschränkungen der Menschenwürde gerichteter Anspruch ist zu Gunsten der Rechtssicherheit, selbst aus einer radikal personalistischer Perspektive, insoweit abzulehnen, als das demokratische Verfahren zwar Irrtümer in der Willensbildung minimieren, aber auch nicht völlig eliminieren kann. Die Frage danach, inwieweit in solchen Fällen der Rechtssicherheit der Vorzug nicht zu geben sei, scheint zumindest dann nicht mehr unbeantwortet zu sein, wenn die Unverfügbarkeit der personalen Würde durch einen Mehrheitsentscheid in grundsätzlicher Weise zur Disposition gestellt wäre.<sup>93</sup>

In diesem Sinne reflektiert in einer auf der Prämissen der personalen Freiheit beruhenden demokratischen Ordnungsstruktur die personale Würde des Menschen die Normativität seiner personalen Existenz und vermag dadurch eine auf Freiheit rekurrierende Handlungs rationalität vorzugeben. Die Normativität der personalen Existenz führt im Weiteren zur Eigenzweckhaftigkeit der Person, die insbesondere auch zur Prämissen der poli-

<sup>92</sup> Siehe im Kontext: ALEXY, Robert: *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, in: GOSEPATH / LOHMANN (Hgg.): *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt a.M. 1998, 244, insbes. 254.

<sup>93</sup> GUARDINI: *Ethik II*, 883; KOLLER, Peter: *Theorie des Rechts. Eine Einführung*. Wien 1997, 293; siehe ferner: Kersting: *Politik und Recht*, 51;

tischen Philosophie erhoben wird, da die Möglichkeiten einer personalen Handlungs rationalität bloss in sozialen Strukturen realisiert werden können. Insofern erhält die Personalität, im Kontext ihrer Dialogizität, eine konstitutive Wirkkraft und zwar nicht bloss als Recht, sondern auch als Pflicht. Der Konzeption einer dialogischen Personalität wird in demokratischen Ordnungsstrukturen alsdann insofern prinzipielle Geltungswirkung zugeschrieben, als der Dialog selbst personal qualifiziert wird und als ein Gestaltungsprinzip die soziale Ordnung anhand von partizipativen Zuordnungsverhältnissen strukturiert. Gerade die dialogische These des Personalismus eröffnet die Möglichkeit, das inhärente Dilemma der Demokratietheorie zu überwinden, wonach trotz der infolge Pluralität notwendigen Zurückweisung einer Verpflichtungswirkung von absoluter Wahrheit ein zumindest minimaler Grundwertekonsens für den Bestand von Demokratie unerlässlich ist. Die Konzeption der personalen Würde vermag dabei, in einem gewissen Sinne kontraktualistisch, insofern zwischen absoluter und politischer Wahrheit zu differenzieren, als die Verträglichkeit von personaler Unverfügbarkeit und politischer Relativität anerkannt und folglich die Konsenschance erhöht wird. Darüber hinaus ist personale Würde als Ordnungs- und Bestimmungsprinzip von Demokratie in der Lage, Solidarität und Subsidiarität als sozialstaatliche Prinzipien zu integrieren.<sup>94</sup>

### *Abstract*

*The question about a material concept of law is answered by reference to Romano Guardini's dialogical personalism, which refers to the reciprocal relationship between person and community.*

*In this context the criteria giving reasons for the sociality of persons, consist of a moment of totality of the individual, in that dialogical personalism can only be justified in view of the social implication of persons. The governmental right and power of sovereignty itself can only be legitimized as far as it is capable of ensuring the personality of individual.*

*Thereby, on the one hand the functional relevance of governmental legislation power is acknowledged, whereas on the other hand, the moral relevance of any authority is emphasized, which after all proves to be the ability to moral commitment.*

<sup>94</sup> Im Hinblick auf die Rechtstheorie: UTZ, Arthur-Fridolin: *Sozialethik*. Bd. 2 (= Politeia 10). Heidelberg 1963; *Rechtsphilosophie*, 84.