

DAS NORMATIVE ELEMENT DES RECHTS IN SEINEM NICHT ZU FUNKTIONALISIERENDEN BEGRÜNDUNGSSINN

1. *Formalanalyse der Termini Rechts-Grund und Rechts-Prinzip*

Wenn wie selbstverständlich von «Funktionen des Rechts» die Rede ist, so könnte man meinen, «Recht» in all seinen einander analogen Manifestationen (1) *erschöpfe* sich in «Funktion», d. h. 'Recht' als eine nicht zu funktionalisierende Größe—und in diesem Sinne als sein «Substantielles»—gebe es gar sichts. Ob dem so ist, soll hier dahingestellt bleiben. Untersucht werden soll nur, welche grundsätzlichen Konsequenzen sich analytisch ergeben, falls von dem hinsichtlich faktischer Geltung wie 'praktisch'—realer Gültigkeit lediglich *problematisch* angesetzten Terminus 'Recht' im angegebenen Sinne ausgegangen und speziell das mit diesem Terminus implizierte *normative* Element auf seinen Begründungssinn hin reflektiert wird. In dieser Perspektive wird jenes Element hier als *der Rechts-Grund* bezeichnet; sein formal—prinzipielles Moment soll *das Rechts-Prinzip*, sein material—prinzipielles Moment hingegen soll *Natur der Sache* oder—im Falle konkreter Gestaltungen—das *Substantielle* heißen (2).

Allein schon vom Begriff *des* Rechts-Grundes her verbietet es sich, irgendeinen *anderen* Grund als ein *Äquivalent* dieses einen Rechts-Grundes anzunehmen. Der «naturalistische Fehlschluß» von einem *nicht* normativen Element auf ein *normatives* erscheint auch in dieser Hinsicht als

(1) Zur Analogizität des Rechts vgl. vor allem: A. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*. Karlsruhe, 1965, 15; L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Rechtsphilosophie*, Neuwied am Rhein und Berlin-Spandau, 1965, 247.

(2) Nicht im Sinne irgendwelcher «Substanzmetaphysik», sondern in Entsprechung einerseits zum Sprachgebrauch und andererseits zum Grundgedanken der *Unbeliebigkeit von Gestaltungen*; vgl. M. MÜLLER, *Die ontologische Problematik des Naturrechts*, in: A. KAUFMANN (Hg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, 1965, 468.

ausgeschlossen (3). Als nicht zu funktionalierend begreift sich der Rechts-Grund insgesamt jedoch auch im Sinne der logischen Selbstverständlichkeit des Folgens von «Folge» auf «Grund». Insofern ein Grund gründet, kann er nicht zugleich und in derselben Hinsicht bloß Folge seiner Folgen sein. Anzunehmen ist mithin auch, daß der Rechts-Grund, *insofern er als Grund begründend ist*, nicht etwa in *derselben* Hinsicht *zugleich nicht* begründend sein kann, indem er ausgerechnet durch das allererst von ihm Begründete *selbst* begründet wird.

Logisch möglich ist jedoch, einen Grund als Grund *seiner Folgen* zu sehen, ihn also in seiner «Begründungsfunktion» *von den Folgen her*, und in diesem Sinne *funktional* zu denken. Wird jedoch das Rechts-Prinzip rein nur auf seinen *Begründungssinn*, d. h. nur auf seinen *formal-prinzipiellen Gehalt* hin reflektiert, so entfällt eine solche, sich aus dem Begründungssinn selbst erst *ergebende* Perspektive. Klar wird dann, daß das Rechts-Prinzip von vorneherein qua Prinzip als ein Unableitbares gedacht ist, das weder von anderen Gründen noch von seinen Folgen her gleichwohl bloß abgeleitete «Folge» sein könnte. Mit dem Rechts-Prinzip bedeutet aber auch der Rechts-Grund insgesamt seinem Begriff zufolge einen *Primärsinn*, der strenggenommen *nicht* funktional *ersetzbar* oder wie ein wesentlich *fungibles* Element (d. h. wie eine *bloße* Folge) *einsetzbar* sein kann. Jeder Versuch eines «Funktionalisierens» in der einen oder der anderen Bedeutung des Wortes (4) führt deshalb nur dazu, daß das Phänomen 'Rechts-Grund' bzw. 'Rechts-Prinzip' (oder auch das der 'Natur der Sache' und des 'Substantiellen') alsbald entschwindet. Steht ein funktionales bzw. fungibles «Äquivalent» zur Diskussion, so stehen Rechts-Grund und Rechts-Prinzip etc. auch schon nicht mehr wirklich zur Diskussion. Dasselbe gilt jedoch für jedes wirkliche Recht im Ganzen, insofern der Rechts-Grund insgesamt als das seine Folgen allererst zu 'rechtlichen' Folgen Begründende gedacht ist. Seinem Begriffe nach ist der Rechts-Grund ja nichts anderes als das *Konstituens* bzw. das

(3) Zu dessen Problematik in definatorischer Hinsicht vgl. R. LAUTMANN, *Wert und Norm. Begriffsanalysen für die Soziologie*, Köln und Opladen, 1969, 60, 85, 103.

(4) Beide Bedeutungen sind vom Sprachgebrauch her aufgenommen; vgl. jedoch auch N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Opladen, 1972, 15. «Die funktionalistische Methode soll gerade die Feststellung begründen, daß etwas sind und auch nicht sein kann, daß etwas ersetzbar ist. Um funktionale Äquivalenzen sichtbar zu machen, genügt eine relative Invarianz des Bezugsgesichtspunktes, die von anderen Bezugsgesichtspunkten aus auflösbar ist.» «Die Konstanten fungieren nur noch als Variationsbedingungen und sind als solche unter dem Gesichtspunkt ihrer Eignung für diese spezifische Funktion variabel.»

Kriterium des 'Rechtlichseins' des Rechts (5), d. h. nicht etwa eine von diesem paradox abgetrennte Sphäre eines bloßen Ding an sich, oder gar eines zweiten, radikal konkurrierenden «Rechts» (welches qua «Folge» dann gleichfalls auf seinen Konstitutionsgrund hin zu bedenken wäre... und so ad infinitum). Jeder Versuch des «Funktionalisierens» kann *faktisch* nur zur Konsequenz haben, daß der unableitbare wirkliche GRUND durch *bloße* (d. h. in keiner Weise mehr *begründete!*) Folgen, also insbesondere das Rechts-Prinzip durch Quasi-Begründungen oder Pseudo-Rechtfertigungen abgelöst wird (6).

2. *Der Unterschied zwischen paradoxer Totalbegründung und wirklicher Begründung*

Ein Hauptanliegen des sogen. «Kritischen Rationalismus», wie er von Hans Albert vertreten wird, ist die ganz prinzipielle Ausschaltung allen «Denkens» in bloßen, gleich-gültigen «Rechtfertigungsgründen» (7). Diesem Anliegen ist jedoch wenig gedient, wenn das Kind mit dem Bade ausgeschüttet wird, indem die Dimension des Rechts-Grundes, ja sogar das Rechts-Prinzip selbst zusammen mit jenen Quasi-Gründen radikal negiert wird. Es genügt nämlich nicht, letztere nur ganz pauschal als unwissenschaftlich und als praktisch perniziös auszuschließen. Sie müssen sich vielmehr auch in ihrer jeweiligen *Bestimmtheit als* Pseudo-gründe entlarven lassen. hierfür ist jedoch jeweils die —zumindest anfangshafte— Erkenntnis eines wirklichen Rechts-Grundes *conditio sine qua non*. Die negatio rechtlicher Fundamentalkritik setzt schon qua Ent-

(5) D.h. er ist begrifflich die Vorwegnahme der Antwort auf die Frage, ob und irwieweit das Recht «wirklich *rechtlich*» ist oder *nicht*. Eine funktionalistische Methode, der es (per definitionem) *nicht* um die «Annahme eines Grundes dafür, daß etwas ist und nicht ist», also auch nicht um die Vermeidung unendlichen Regresses zu gehen braucht (vgl. N. LUHMANN aaO), wäre hier von vorneherein unangemessen. Allein schon eine Theorie der bloßen *Problematik* des «Rechtlich-seins» des Rechts wäre durch eine solche, in ihren sinnvollen Anwendungsmöglichkeiten eng begrenzte Methode alsbald verstellt —was gegen die Anwendung dieser Methode, nicht aber gegen Sinn und Bedeutung jener Theorie spricht.

(6) Das bedeutet jedoch nicht, daß nicht im Rahmen eines *Rechtssystems* doch auch Quasi-Begründungen sinnvollerweise möglich, d.h. *letzten Endes* als (methodisch wie generell-sachlich) «gerechtfertigt» gelten könnten. Vgl. etwa zur freien Rechtsfindung mit Hilfe von *rationes decidendi*, welche strenggenommen bloß noch so etwas wie «Rationalisierungen» bedeuten, I. TAMMELO, *Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit*, Frankfurt (M), 1971, 133.

(7) Vgl. H. ALBERT, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, 1969²; N. LUHMANN aaO.

larvung von pseudorechtlichen «Gründen» die affirmatio wirklicher Rechts-Begründung als realmöglich voraus.

Diese Realmöglichkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß das sogen. *Münchhausen-Trilemma* (von infinitem Regreß, logischem Zirkel oder Abbruch des Verfahrens) die Konsequenz ist, «wenn man für *alles* eine Begründung verlangt» (8), d.h. *auch für jede Begründung* bzw. für *jeden* Grund schlechthin. Jene Konsequenz ist nämlich zwar mit *diesem* Verlangen paradoxer *Totalbegründung*, welches alles, was als «Grund» auftaucht, alsbald *aus Prinzip* zur *bloßen* «Folge» relativiert, von vorneherein impliziert; *nicht* impliziert ist sie aber mit der —hier übernommenen— *klassischen* Begründungsidee, die davon ausgeht, ein *wirklicher Grund* bzw. eine *wahre Begründung* sei allein schon mit jeder Behauptung *als* aktueller *Behauptung* (mit Gewicht!) zumindest im Sinne eines erhobenen Anspruchs in Wirklichkeit mitgedacht, müsse also auch als *möglich* gelten. Darum trifft der «Beweis», der mit seiner Reduktion auf das Münchhausen-Trilemma tatsächlich nur die immanente Widersprüchlichkeit eines Prinzips der Totalbegründung expliziert, zudem nicht, was er *auch* treffen soll: die klassische Begründungsidee. Zugleich als deren Widerlegung präsentiert, bedeutet er den logischen Fehler einer *ignoratio elenchii* (9).

3. *Aktuales Unbedingt-sein des Rechts-Prinzips oder funktional-relativistische Dialektik.*

Ist der «Rechts-Grund», wie er hier in Frage steht, zwar nicht im Sinne der von Albert kritisierten Totalbegründung, wohl aber im Sinne der klassischen Begründungsidee konzipierbar, so ist es auch unbedenklich, in der hier geübten Weise ihn auf negative Prinzipien hin zu analysieren. Muß insbesondere das *fundamental-normative* Moment der Dimension des Rechts-Grunds, d.h. das Rechts-Prinzip qua formal-prinzipielle Verbindlichkeitsregel als *denkmöglich* gelten, dann kann allein schon aus seinem so wie hier problematisch angesetzten *Begriff* Grundsätzliches gefolgert werden. Im Unterschied zu einem rein *formellen* «Prinzip der kritischen Prüfung», das faktisch auf einen «Argumentationsdarwinismus» hinausläuft (10), erlaubt das Rechts-Prinzip, das seinem Begriffe nach Rechts-Kriterium ist, eine normativ-prinzipiell aufgeklärte und vernünftig-methodisch geleitete kritische Prüfungspraxis.

(8) H. ALBERT aaO 13.

(9) Vgl. dazu genauer: Ch. SCHEFOLD, *Plädoyer für kritische Begründung* (Manuskript).

(10) Wie F. Kambartel gelegentlich bemerkte.

Aus dem Begriff 'Rechts-Prinzip' folgt, daß all das, was diesem Prinzip radikal *widerspricht*, schlechthin *nicht* 'gerechtfertigt' sein kann, und daß in diesem Sinne jede Zweck- oder Wert-Position unter dem Vorbehalt der kritischen Überprüfung am Rechts-Prinzip steht, in welcher sie entweder sich bewährt oder scheitert (11). Seinem Begriffe nach letztentscheidendes Kriterium, bedeutet das Rechts-Prinzip die *notwendige Letztbedingung* für jedes wirkliche *Sich-bewähren* von in 'rechtlicher' Hinsicht relevanten Positionen. Dem entsprechend führt die Analyse seines bloßen Begriffes zum negativen *Prinzip der Unmöglichkeit jeder mit dem Rechtsprinzip unvereinbaren Begründung oder Rechtfertigung* (12).

Dieses analytische Prinzip würde mißverstanden, wenn es nicht im Sinne des *kontradiktorischen*, sondern in dem des *konträren* Gegensatzes aufgefaßt würde. Niklas Luhmann glaubt in seiner Rechtssoziologie am (klassischen) Prinzipien-Denken die «unbestimmte Negation anderer Möglichkeiten» als eine «schlechte Lösung» des Problems der *Entscheidung* kritisieren zu müssen (13). Die dieser Kritik zugrunde liegende Entscheidungstheorie dringt jedoch, wenn sie das Zustandekommen von Entscheidung vor allem im Sinne eines Ausschlusses *anderer Möglichkeiten* denkt, insofern zum letzten *Entscheidungsmoment* von «Entscheidung» oder «Behauptung» noch gar nicht vor; sie bleibt auf der Ebene äquivalenter Entscheidungsmöglichkeiten (15), d.h. auf der der *Dialektik* von (potentiell) «Ja» und (potentiell) «Nein» stehen, statt den Abgrund der *Letztentscheidung* zwischen 'Ja!' oder 'Nein!' zu bedenken und auf *alle* seine Konsequenzen hin auszulegen (16). Wird, wie hier, Letzteres

(11) Insofern es dabei um *mehrere* Positionen geht, kommt es darauf an, ob eine bestimmte Position, so wie sie sich selbst präsentiert, im *Verhältnis* der Positionen dem Rechts-Prinzip widerspricht oder nicht. *Endgültig* «scheitert» eine Position nur, wenn sie *überhaupt nicht* in seinem Sinne festgehalten bzw. modifiziert werden kann, d.h. wenn sie im Sinne des wohlverstandenen Vernunftinteresses der 'Position» des *Rechts-Prinzips* sich qua beschränkt-bestimmte Position aufgeben muß. Vgl. demgegenüber die Engführung «kritisch-rationalistischer» Widerspruchsmethodik bei H. ALBERT aaO 43 ff.

(12) Vgl. dazu das Prinzip des rechtlichen Rigorismus bei L. NELSON, *System der philosophischen Rechtslehre*, Leipzig, 1920, 49 f., dessen Methode analytischer Prinzipien einer formalen Rechtslehre hier übernommen und weitergeführt wird.

(13) Vgl. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (2 Bde), Reinbek bei Hamburg, 1972, 358.

(14) AaO.

(15) Vgl. N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, 27; H. ALBERT aaO.

(16) Zum Unterschied zwischen Dialektik und Wahrheit vgl. H. KRINGS, *Transzendente Logik*, München, 1964, 327.

im Prinzip versucht, so ergeben sich vom Begriff des Rechts-Prinzips her analytische Prinzipien, die nicht bloß die *Komplexität* von noch konträr entgegengesetzten Rechts-Norm- bzw. Rechts-Folge-Möglichkeiten betreffen, sondern primär die (nicht mehr funktional-strukturell im Sinne von *Äquivalenten* zum Unterschied zwischen Gleich-gültigem relativierbare!) Kontradiktion zwischen 'Rechtlich-sein' und striktem 'Widerrechtlich-sein' meinen. Im Sinne dieser *Kontradiktion* auf *prinzipiellster* Stufe ist auch der *privative* Gegensatz zu verstehen, wie er auf der noch *objektiven* Stufe 'rechtlicher' Urteilsbildung entscheidend ist (17). Endet ein rechtlich relevanter Entscheidungsprozeß objektiv wie affirmativ strikt *widerrechtlich*, so bedeutet dies —um an Formulierungen Luhmanns anzuknüpfen— eine völlige «Sackgasse der Entwicklung» bzw. eine *radikale* Dysfunktion (18), also *nicht* bloß so etwas wie eine *Abweichung*, welche, obwohl ganz allgemein als «schlecht» und «böse» eingestuft, gleichwohl «in manchen Hinsichten auch positive Funktionen» erfüllen oder, etwa als Quelle von Innovationen, sogar notwendig sein könnte (19).

Dem Anliegen Luhmanns, die «allgemeine Richtung der Evolution auf höhere Komplexität» hin (20) zu berücksichtigen, insbesondere aber dem neuzeitlichen Zusammenhang von Ausdifferenzierung, funktionaler Spezifikation und Positivierung des Rechts gerecht zu werden (21), ist nicht mit einer *nur* noch *funktionalen* Definition des Rechtsbegriffs und der entsprechenden Theorie (22), sondern mit einer vom wesentlich unfunktionalisierbaren Rechts-Prinzip ausgehenden Theorie wirklichen *Rechts* am besten gedient, da diese an Stelle der Abstraktion eines bloß *material*-allgemeinen Sinnes primär eine *formal-prinzipielle* Verbindlichkeitsregel leitend werden läßt. Denn diese 'Regel' bedeutet strenggenommen nur das aktuelle Unbedingt-sein einer prinzipiellen *Denk-Weise*, welche in ihrem optimalen 'Abstrakt-sein' zwar maximale, aber gleichwohl nicht unkontrolliert bleibende *Variabilität* im Sinne von *Rechtsver-*

(17) Dieser Gegensatz ist der von «Extremen», die «in ihrer Existenz als wirklich auftreten und als Extreme»; dabei «liegt es doch nur in dem *Wesen* des einen, Extrem zu sein, und es hat für das andre nicht die *Bedeutung* der *wahren Wirklichkeit*». Vgl. K. MARX, *Frühe Schriften*, 1. Bd., Hg. v. H.-J. LIEBER u. P. FURTH, Darmstadt, 1962, 37.

(18) Vgl. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 172; *Soziologische Aufklärung*, 21.

(19) N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 123.

(20) aaO 137.

(21) aaO 226.

(22) aaO.

vernunft eröffnet, statt unfreiwillig-systematisch «Sackgassen» zuzulassen (23). Letztere können gar nicht zu derjenigen 'Komplexität' oder 'Evolution' gerechnet werden, wie sie sinnvollerweise bejaht werden kann, wären also im Gegenteil in dem Gedanken fortschreitender *Regression* zu *monströser* «Komplexität» idealtypisch zusammenzufassen. Die Vernunft-Grenzen gesellschaftlichen Wachstums können dann —und *nur dann!*—gewahrt bleiben, wenn das Rechts-Prinzip als Primärsinn respektiert ist und zudem zum wirklichen Leitmotiv zumal der gesellschaftlich *führenden* Entscheidungsprozesse wird (24).

4. *Die Relativität des Rechtsprinzips hinsichtlich seiner Anwendungsvoraussetzungen.*

Als fundamentalste 'Weise' des Entscheidens ist das Rechts-Prinzip nicht *mehr* als eben *nur Prinzip* jeder *Rechts-Begründung* von 'rechtlich' Relevantem zu Rechts-Norm oder Rechts-Folge, welches es daher lediglich *voraussetzt*, statt es *total determinieren* zu wollen (25). Wo rechtlich relevante, aber jedem rechtlichen Ordnen vorgegebene Zwecke oder Werte miteinander *unvereinbar* wurden, muß *entschieden* werden; soll aber dabei eine wiederum nur einseitige Position vermieden werden, so muß die prinzipiell auf den rechten Ausgleich bedachte Haltung eines unbefangenen, die strittigen Positionen gleichsam in seiner Person vereinigenden Dritten eingenommen werden (26) - und nicht zuletzt darin

(23) Vgl. aaO 17, 143, 183, 226. Zum «heute nicht mehr als ein Normenkatalog, als eine Art Metaverfassung», sondern als «kritisch prüfende Denkweise» aufzufassenden «Naturrecht» vgl. R. SPAEMANN, *Die Aktualität des Naturrechts*, in *Naturrecht in der Kritik*, hg. v. F. BÖCKLE u. E. W. BÖCKENFÖRDE, Mainz, 1973, 276.

(24) Gerade dann, wenn nicht mehr die Politik oder das Recht, sondern «die Wirtschaft» heute den «funktionalen Primat» (dank «Erfassung und Reduktion höherer Komplexität»!) haben sollte, wie N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, 226 f., meint, wird im Sinne rechtlich-vernünftig bleibender Evolution die Frage dringlich, wie die Wirtschaft *als* solche *im Sinne* des Rechts-Prinzips fungieren kann, selbst wenn sie gegenüber positivrechtlichem bzw. staatlich-politischem Regeln weitgehend unabhängig bleibt.

(25) In dieser Prinzip-Relativität des Rechts-Prinzips liegt die Wurzel für die rechtsstaatliche-liberale Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft, wie sie zuerst im Hegelschen «Prinzip der modernen Staaten» ausgesprochen ist, «das Prinzip der Subjektivität sich zum selbständigen Extrem der persönlichen Besonderheit vollenden zu lassen und zugleich es in die substantielle Einheit zurückzuführen und so in ihm selbst diese zu erhalten»; G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hg. v. J. HOFFMEISTER, Hamburg, 1955⁴, § 260.

(26) Die Vernunft-Autorität dieses Dritten wird in der «Herrschaft der Gesetze» als institutionalisiert gedacht.

besteht der fundamental aufklärende 'Sinn' des Rechts-Prinzips für jede Streitentscheidung. Im wirklichen Ausgleich selbst, dessen Grundidee mit dem Rechts-Prinzip je schon impliziert ist, wird das Auszugleichende nicht allererst zu seiner ihm je schon eigenen, relativen Werthaftigkeit konstituiert, sondern lediglich *sinngemäß umstrukturiert*, indem ein —nach dem Kriterium des Rechts-Prinzips— *nicht* vertretbares Zweck- oder Wert-Interesse durch ein vernünftigerweise vertretbares, d.h. im besten Sinne 'äquivalentes' Interesse *ersetzt*, oder darüber hinaus eine im Verhältnis angemessene *Selektion* in Anbetracht nur *beschränkter* Befriedigungsmöglichkeiten vorgenommen wird (27). Im Extremfalle eines unumgänglichen, völligen *Verzichts* einer Seite auf konkreten Interessen erfüllung vermag der formal-prinzipielle *Sinngehalt* des Rechts-Prinzips, der per definitionem nicht funktional zu ersetzen ist, als Vernunftinteresse κατ' ἐξοχήν selber das einfachhin *universelle Äquivalent* aller möglichen Interessen zu bedeuten (28). Zum *bloß* «funktionalen» (Quasi-) «Äquivalent» degeneriert es erst dann, wenn es als *ideologische Leerformel* bloß noch zum «Rechtfertigen» von allem und jedem *benutzt*, d.h. überhaupt nicht mehr in seinem Sinnbezug auf die Sachen selbst mit Hilfe des *material-formalen* Prinzips der Natur der Sache *adäquat* aktualisiert wird (29). Solange noch *alles und jedes* «gerechtfertigt» wird, steht die letztlich entscheidende, wirkliche *Begründung* bzw. *Rechtfertigung* im Sinne des Rechts-Prinzips noch aus. Dieses selbst aber erlaubt, seiner *nur prinzipiellen* Intention zufolge, nur eine sich strikt auf die Letztentscheidung beschränkende, insofern also 'relativ' bleibende, das

(27) Dabei ist nicht nur das reziproke Verhältnis der unmittelbar Beteiligten, sondern in letzter Konsequenz das gesamtgesellschaftliche Verhältnis entscheidend; der Sinn des Rechts-Prinzips äußert sich nicht etwa nur darin, eine *bloß besondere* Ordnung eines *isolierten* Lebensverhältnisses zu ermöglichen, sondern das *Ganze* 'rechtlich' zu strukturieren; dies wird in der Analyse des Begriffs des Rechts-Prinzips zur Betonung des Moments der *Allseitigkeit* führen. Vgl. auch W. MAITHOFER, «Anthropologie der Koexistenz», in: *Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, hg. v. A. HOLLERBACH, W. MAITHOFER u. TH. WÜRTEMBERGER, Frankfurt am Main, 1972, 183 ff.; zum Verfahren der *Transformierung* von Begehungen vgl. O. SCHWEMMER, *Philosophie der Praxis. Versuch zur Grundlegung einer Lehre vom moralischen Argumentieren*, Frankfurt am Main, 1971, 110 ff. (Kap. 4.2); zur rechtlichen Problematik der *Selektivität* im Sinne von Gerechtigkeit vgl. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 186 ff.

(28) In diesem Sinne läßt sich das bereits mit Hilfe des Gedankens notwendiger Selektion verbesserte Verfahren von O. SCHWEMMER aaO zum *universellen* Verfahren praktischer Vernunft vollenden.

(29) Wie Letzteres zu verstehen ist, kann freilich erst in einer *materialen* Theorie des Rechts-Prinzips gezeigt werden. In diesem Sinne zur entsprechenden Aufgabe einer Theorie materialer Gerechtigkeit. I. TAMMELO aaO, 55.

zu Beurteilende selbst *unparteiisch akzeptierende* Rechts-Begründung von Rechts-Norm bzw. Rechts-Folge. Allein schon aus dem noch problematisch bleibenden Begriff 'Rechts-Prinzip' folgt demnach analytisch das negative *Prinzip der Unmöglichkeit, mit dem Rechts-Prinzip alles und jedes zu begründen oder zu rechtfertigen* (30).

Dieses analytische Prinzip bedeutet nicht zuletzt auch die Unzulässigkeit, *mittels* des (dann auch schon pervertierten!) «Rechts-Prinzips» das von diesem lediglich Vorauszusetzende schon *vor* der abschließenden Rechts-Entscheidung *negativ* zu bewerten — also etwa das *noch nicht* 'rechtlich' Bewertete ohne weiteres mit der später kaum noch widerleglichen Vermutung der Wert-Negativität zu belegen (31).

Das «Prinzip» der *Totalbestimmung totalitärer* Reglementierung, welche alles, was nicht von ihm her als *notwendig* erscheint, im vorhinein als *ausgeschlossen* abwertet, ist durch jenes analytische Prinzip erst recht in seiner Widersinnigkeit zu enthüllen (32). Dies 'Prinzip' schließt qua *Vernunftprinzip der Nicht-Omnikompetenz rechtlicher Wertbestimmung* (33) jede *sich verabsolutierende*, auf «Fanatismus» hinauslaufende «(Rechts-)Rationalität» aus (34). Nur diese Pseudo-Rationalität kann — etwa im Sinne des Luhmannschen Konzepts einer «Vollpositivierung des Rechts» (35) — in die bedenkenlose Hybris ausarten, alles und jedes für «positivrechtlich» (*nicht: rechtens!*) «machbar» zu halten, und es je nach «Opportunität» (36) womöglich auch tatsächlich machen zu wollen. Seinem Begriffe nach eine strikt nicht-totalisierende Bestimmung (37) bedeutet das Rechts-Prinzip ein denkbar unbefangenes Verweisen auf seine Voraussetzungen, deren *Substantielles* in einer nicht mehr nur

(30) Das Rechts-Prinzip ist, anders gesagt, zwar im Sinne materialer Gehalte, nicht aber im Sinne des Formalgehalts einer prinzipiellen actualitas eine *Leerform*; zur Problematik von Leerformen vgl. CH. SCHEFOLD, *Die Rechtsphilosophie des jungen Marx von 1842. Mit einer Interpretation der 'Pariser Manuskripte' von 1844*, München, 1970, 72 ff.

(31) Vgl. dagegen zu der — vom Rechts-Prinzip her als sinnvoll begründeten — juristischen Technik der widerleglichen Vermutung zugunsten der Vernunft des Bestehenden: M. KRIELE, «Gesetzprüfende Vernunft und Bedingungen rechtlichen Fortschritts», in: *Der Staat*, 6. Bd. 1967, 56 ff.

(32) Zur entsprechenden Kritik von K. MARX am totalitären «aktuellen Präventivgesetz» vgl. CH. SCHEFOLD aaO, 165 ff.

(33) Vgl. L. NELSON aaO, 51.

(34) Vgl. G. W. F. HEGEL aaO, § 5, Anm.

(35) N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, 180.

(36) aaO, 190.

(37) Die daher auch kein «totales Engagement» erlaubt, vgl. H. ALBERT aaO, 4 f.

rechtstheoretisch-prinzipiellen, sondern sich im Hinblick auf Natur und Geschichte *konkretisierenden* Reflexion einzuholen wären (38). Auch dies Substantielle ist per definitionem ein GRUND, für welchen bloß funktionale Äquivalente strenggenommen nicht einmal denkbar sind. Insofern sich immer wieder Substantielles präsentieren wird, das sich 'rechtlich' zu bewähren vermag, ist eine total-rationalistische Auflösung *alles* substantiell Vorgegebenen in einen «perfekten Regelkreis» verabsolutierten «Funktionieren» (39) schlechthin ein Ungedanke. Dem *Primärsinn* des *Rechts-Prinzips*, wie er allein schon in dessen noch problematisch bleibendem *Begriff* antizipiert ist, entspricht dagegen der *Vernunftgrundsatz der Nicht-Verabsolutierung rechtlicher Rationalität gegen ihre natürlichen und geschichtlichen Voraussetzungen*.

CHRISTOPH SCHEFOLD

(38) Vgl. dazu neuerdings W. KORFF, *Norm und Sittlichkeit. Untersuchungen zur Logik der normativen Vernunft*, Mainz, 1973, 4. u. 5. Kapitel.

(39) Vgl. R. SPAEMANN, *Die zwei Grundbegriffe der Moral*, in: *Phil. Jahrbuch*, 74 Jg 1967, 383.