

Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff

Herausgegeben von
CARSTEN BÄCKER

Mohr Siebeck

Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff



Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff

Elemente einer diskursiven Theorie
fundamentaler Rechte

Symposium zum 75. Geburtstag von Robert Alexy

Herausgegeben
von
Carsten Bäcker

Mohr Siebeck

Carsten Bäcker ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie an der Universität Bayreuth.

ISBN 978-3-16-161810-9 / eISBN 978-3-16-161907-6
DOI 10.1628/ 978-3-16-161907-6

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von SatzWeise in Bad Wünnenberg aus der Minion gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Der vorliegende Band dokumentiert die Erträge eines internationalen Symposiums, welches – aus Anlaß des 75. Geburtstages von Robert Alexy am 9. September 2020 – vom 29. September bis zum 1. Oktober 2021 in deutscher und in englischer Sprache an der Universität Bayreuth stattfand. Das ursprünglich für den September 2020 geplante Symposium mußte im Zuge der Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie um ein Jahr verschoben werden. Es kamen Weggefährten, Freunde und Schüler des Jubilars in Bayreuth zusammen, um den freudigen Anlaß mit Referaten zu seinem Werk akademisch zu würdigen. Aufgrund der noch immer andauernden Pandemie fand das Symposium in einer hybriden Form statt. Von den in Bayreuth gehaltenen und diskutierten 23 Referaten haben 22 den Weg in diesen Band gefunden. Hinzugekommen sind zwei Beiträge, die auf dem Symposium aufgrund terminlicher Kollisionen nicht haben präsentiert werden können.

Großzügige Unterstützung erfuhr das Symposium wie auch die Drucklegung dieses Bandes durch eine Zuwendung des Recht und Wirtschaft in Bayreuth e.V., der sich der Förderung von Forschung und Lehre an der hiesigen Fakultät verschrieben hat. Dafür sei herzlich gedankt. Nicht minder sei dem Verlag Mohr Siebeck in Tübingen, namentlich Ilse König, für die umsichtige Betreuung des Bandes gedankt.

Einen großen Dank verdient das Team des Bayreuther Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, dessen Engagement in vielfacher Weise für das Gelingen des Symposiums wie auch für das Erscheinen dieses Bandes ursächlich war. So sind etwa die englischen Originalfassungen einiger Beiträge unter großem Einsatz des Lehrstuhlteams für den vorliegenden Band in die deutsche Sprache übertragen worden. Entsprechende Referenzen sind den Beiträgen vorangestellt. Besonders hervorzuheben ist das Engagement von Jonas Holoubek, dem die Organisationsleitung der Tagung ebenso wie die Redaktionsleitung dieses Bandes überantwortet war. Beiden Aufgaben ist er meisterlich und unter höchstem persönlichen wie zeitlichen Einsatz gerecht geworden.

Der größte Dank gebührt den Teilnehmern des Symposiums und den Autoren dieses Bandes. Trotz der Verlegung um ein Jahr haben alle an ihrer Zusage festgehalten, und die ausgearbeiteten Beiträge binnen recht kurzer Frist dem Herausgeber zur Publikation zugeleitet. Beides sind notwendige Voraussetzungen des Gelingens eines derartigen Projekts, die ein Veranstalter wie ein Herausgeber selbst nicht schaffen kann.

Ein größter Dank läßt noch einen allergrößten Dank zu. Dieser gebührt dem Jubilar selbst. Er hat das Symposium mit Antworten auf alle zuvor gegebenen 23 Referate beschlossen. Es ist ein unschätzbare Unglück, daß diese gesammelte Positionierung zu den hier dokumentierten Auseinandersetzungen mit seiner Theorie, die den Band beschließen sollte, wegen eines technischen Problems im Zuge der Aufzeichnung nicht im Wortlaut festgehalten werden konnte; sie bleibt sohin allein der Erinnerung der Teilnehmer überantwortet. Umso schöner ist es, daß Robert Alexy sich bereit erklärt hat, einige Reflexionen über die Entwicklung seiner Theorie der Grundrechte beizusteuern, die diesen Band nun eröffnen.

Bayreuth, im November 2022

Carsten Bäcker

Inhalt

Vorwort	V
Einleitung	1

Präludium

<i>Robert Alexy</i> Einige Reflexionen über die „Theorie der Grundrechte“ nach mehr als 35 Jahren	15
---	----

I. Diskurstheorie und Menschenrechte

<i>Carsten Bäcker</i> Unbegründetes Begründen. Zur Relativität von Robert Alexys diskurstheoretischer Begründung der Menschenrechte	25
---	----

<i>Laura Clérico/Martín Aldao</i> Theorie der juristischen Argumentation und Analyse von Genderstereotypen	45
--	----

<i>Leonardo Di Carlo</i> Robert Alexys Diskursregeln zwischen funktionaler und transzendentaler Dimension	69
---	----

<i>Eric Hilgendorf</i> Diskurstheorie des Rechts	83
---	----

<i>Georg Lohmann †</i> Über die Rollen von Rechtfertigungen bei Menschenrechten	97
--	----

<i>Alejandro Nava Tovar</i> Kulturrelativismus und Menschenrechte. Eine Antwort auf die dekoloniale Wende	109
---	-----

<i>Ulfrid Neumann</i> „Gute“ und „schlechte“ Metaphysik bei der Begründung der Menschenwürde?	125
---	-----

<i>Jan Sieckmann</i> Diskurs und Autonomie	143
---	-----

II. Prinzipientheorie und Grundrechte

<i>Hidehiko Adachi</i> Ideales Sollen als Sollen in der idealen Welt	165
---	-----

<i>Carlos Bernal Pulido</i> Wirtschaftliche und soziale Grundrechte und Verhältnismäßigkeit . . .	175
--	-----

<i>Martin Borowski</i> Die Grundrechte als Gebote vollständiger Optimierung	197
--	-----

<i>Virgílio Afonso da Silva</i> Das Abwägen von Prinzipien in einer Welt voller Regeln	217
---	-----

<i>María Elósegui</i> Die Gewichtsformel und das Kopftuch.	247
---	-----

<i>Dieter Grimm</i> Mehr Vor- als Nachteile? Robert Alexys Verteidigung des allgemeinen Freiheitsrechts	277
---	-----

<i>Matthias Klatt</i> Abwägung im Erkenntnisvakuum. Zu Bedeutung und Funktion formeller Prinzipien	287
--	-----

<i>Josef Franz Lindner</i> Grundrechte als Kooperationsrechte	319
--	-----

<i>Julian Rivers</i> Verhältnismäßigkeit und richterliche Kontrollkompetenz	329
--	-----

<i>Axel Tschentscher</i> Die schweizerische Rezeption der Grundrechtstheorie Robert Alexys . .	357
---	-----

Mark Tushnet

Verhältnismäßigkeit und das Problem regulatorischer Subventionen . . . 371

III. Rechtsbegriff, Rechtsgeltung und Rechtsinterpretation

Andreas Funke

Das institutionalistische Vorurteil in der Interpretationslehre.

Zur Bedeutung der Selbstbeurteilung von und im Recht 387

Nils Jansen

Die Geltung des Rechts. Begriffsgeschichte und Begriffsbildung 401

Jorge Alexander Portocarrero Quispe

Der Sondercharakter der Verfassungsnormen 419

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Die formellen Prinzipien und der Begriff des Rechts 439

Peng-Hsiang Wang

Alexys inklusiver Rechtsnichtpositivismus als eine hybride

Naturrechtstheorie? 453

Autorenverzeichnis 471

Einleitung

Die in diesem Band versammelten 24 Beiträge unterscheiden sich vielfach voneinander, aber sie eint ihr Bezugspunkt: alle kreisen – mal in engeren, mal in weiteren Bahnen – um die Rechtstheorie des Jubilars, die als diskursive Theorie fundamentaler Rechte Gegenstand des Symposions war. Sie ist von drei Kernelementen geprägt: einer diskurstheoretischen Grundlegung der juristischen Argumentation, einer normtheoretischen Erklärung der Struktur fundamentaler Rechte und einem moralinklusiven, nichtpositivistischen Rechtsbegriff. Diese drei Kernelemente, die sich in den drei Monographien des Jubilars deutlich widerspiegeln, werden im Titel und in der Gliederung dieses Bandes aufgegriffen.

Die Zuordnung der Beiträge zu dem einen, dem anderen oder dem dritten dieser Elemente erfolgte nach den Schwerpunkten der jeweiligen Überlegungen. Ohnehin lassen sich Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien und Rechtsbegriff im Werk des Jubilars nicht als voneinander isolierte Theoriestücke begreifen. Sie sind vielmehr von Anfang an interdependent: So impliziert schon die in der Dissertation des Jubilars entwickelte Theorie der juristischen Argumentation (1978) die erst später ausgearbeitete normtheoretische Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien, wenn Diskursregeln einerseits und approximativ anzustrebende, ideale Diskursbedingungen andererseits ihr strukturelles Herzstück ausmachen. In der Theorie der Grundrechte, der Habilitationsschrift des Jubilars (1985), in der den Grundrechten des Grundgesetzes die ihre Anwendung kennzeichnende Eigenschaft der Abwägungsfähigkeit und Abwägungsbedürftigkeit und mithin ihre Prinzipiennatur zugeschrieben wird, ist der Rückgriff auf die Theorie der rationalen juristischen Argumentation unabdingbar, um die Rationalität der zur Anwendung der Grundrechte erforderlichen Abwägungswertungen annehmen zu können. Der nicht-positivistische Rechtsbegriff schließlich, wie er wesentlich in der kleineren Schrift Begriff und Geltung des Rechts (1992) ausgearbeitet wurde, beruht maßgeblich, zum einen, auf dem dort entfalteten Prinzipienargument, welches geltend macht, daß ein entwickeltes Rechtssystem notwendig Prinzipien im Sinne der Theorie der Grundrechte enthält, und, zum anderen, auf einer Begründung der prioritären Geltung universaler moralischer Menschenrechte, die vom Jubilar unter Fortentwicklung seiner Theorie der juristischen Argumentation grundlegend in dem Aufsatz Diskurstheorie und Menschenrechte entfaltet wird. Dieser wurde im Sammelband des Jubilars, Recht, Vernunft, Diskurs (1995), erstmals publiziert. Es ist, vor diesem Hintergrund der vielfältigen Verflechtungen zwischen den Kernelementen der Rechtstheorie des Jubilars, nur konsequent, daß nicht we-

nige der jeweils einem der drei Elemente zugeordneten Beiträge auch zu den anderen Elementen Überlegungen enthalten.

Der Band wird eröffnet durch einige Reflexionen, die *Robert Alexy* nach mehr als 35 Jahren über seine Theorie der Grundrechte vorgenommen hat. Diese Reflexionen des Jubilars bestätigen die eben angedeutete Verwobenheit seiner drei theoretischen Kernelemente aus erster Hand. Drei Meilensteine der Weiterentwicklung hebt er hervor: eine analytische durch die Gewichtsformel, eine philosophische durch die diskurstheoretisch grundierte explikativ-existentielle Begründung der Menschenrechte, sowie eine methodologische, die darin bestehe, daß die Abwägung von Grundrechten als Prinzipien einer rationalen Überprüfung und sohin überhaupt nur der Rationalität fähig sei, weil die Theorie der juristischen Argumentation ein Urteil auch über die Rationalität von Wertungsentscheidungen, wie der Gewichtung von Eingriffsintensitäten, zulasse. Diese Reflexionen zeigen, daß die vorbenannten Interdependenzen zwischen den drei Elementen aus Sicht des Jubilars nicht etwa einfach nur bestehen, sondern seine Theorie gerade durch diese Verschränkungen bestärkt und fortentwickelt wird.

Der erste Teil des Bandes widmet sich im Schwerpunkt der Diskurstheorie und den Menschenrechten. Dieser Teil wird, kraft alphabetischer Reihenfolge, durch den Beitrag des Herausgebers eröffnet. Es wird der Versuch unternommen, die diskurstheoretische Begründung der Menschenrechte, wie sie der Jubilar zur Begründung des in seinen Augen Unbegründeten vorgelegt hat, in ihrem Anspruch auf Letztbegründetheit zu relativieren. Mit dieser Relativierung wäre der universale Geltungsanspruch der Menschenrechte, mithin ihre Universalität als Begriffsmerkmal, in Frage gestellt. Damit aber wäre zugleich auch die den Menschenrechten, verstanden als moralische Fundamentalrechte, begrifflich unterlegte Eigenschaft der Priorität gegenüber positivem Recht in Zweifel gezogen – womit der nichtpositivistische Rechtsbegriff des Jubilars ins Wanken geraten muß. Hier zeigt sich eine Schattenseite der Verschränkung der Theorieelemente: Die Schwächung eines der Kernelemente muß zur Schwächung aller mit ihm verwobenen Bauteile führen. Die Überlegungen schließen mit dem Appell, die als bloß jetztbegründet qualifizierten Menschenrechte in Grundrechte zu überführen – um so die Geltungsrelativität und die mangelnde Priorität dieser historisch und kulturell kontingenten moralischen Fundamentalsätze mit den Mitteln des Verfassungsrechts zu überwinden.

Mit *Laura Clérico* und *Martín Aldao* widmet sich der anschließende Beitrag der Anreicherung der Theorie der juristischen Argumentation, wie sie vom Jubilar ausgearbeitet wurde, um diskursive Gebote der Wahrnehmung und Vermeidung von Genderstereotypen. Dazu wird anhand einer Fallstudie analysiert, wie Genderstereotypisierung in Gerichtsurteilen, konkret eines Urteils des IAGMR, die Unterordnung der Frauen aufrechterhält und zu Lasten ihrer Rechte geht. Die Analyse der Autoren will dem Erkennen, Entschärfen und

Ergreifen von Maßnahmen zur Überwindung von Genderstereotypen dienen. Vorgeschlagen wird insbesondere eine Erweiterung der allgemeinsten Diskursregeln um den Passus, daß jede Person, die am Diskurs teilnimmt, aufmerksam zuhören und bereit sein muß, die Stereotype abzubauen, die ihr aufmerksames Zuhören blockieren, und sich stets bewußt sein muß, daß unsere Teilnahme am Diskurs notwendig kontextual situiert ist.

Der dritte Beitrag nimmt sich einer Rekonstruktion der Alexyschen Diskursregeln anhand einer Verortung zwischen einer funktionalen und einer transzendentalen Dimension an. *Leonardo Di Carlo* beginnt mit einer Abgrenzung dreier Dimensionen der Rechtserfahrung: die Identifikation von Normen, die Bestimmung eines Rechtsbegriffs und die Anwendung von Normen. Besonders den ersten beiden Dimensionen spürt *Di Carlo* im Werk des Jubilars nach, wobei er neue Verbindungslinien zwischen dessen drei Monographien und dem Sammelband *Recht, Vernunft, Diskurs* zieht, in dem die Rechtsphilosophie des Jubilars bis zu diesem Zeitpunkt (1995) gebündelt war. Den Schwerpunkt des Aufsatzes bildet sodann die Rekonstruktion wesentlicher Diskursregeln aus der Perspektive der drei Dimensionen der Rechtserfahrung. Die Arbeit schließt mit der Feststellung, daß Alexys Rechtsbegriff, je nach Perspektive, als normativer und als deskriptiver Nichtpositivismus zugleich anzusehen sei.

Eric Hilgendorf unterzieht Alexys Diskurstheorie des Rechts sodann einer kategorisierenden Einordnung. Er beginnt mit der Erinnerung an die Dichotomie zwischen dem Kritischen Rationalismus und der Diskurstheorie, die ihn, als Schüler *Herbert Keuths* dem Kritischen Rationalismus verhaftet, einst zu einer sehr kritischen Arbeit wider die Diskurstheorie veranlaßt habe. Diese Dichotomie sei, so *Hilgendorf*, heute weit weniger unversöhnlich, als sie es früher zu sein schien. Diese These wird mit einer Betrachtung der Genese der Diskursethik, der Grundelemente der Alexyschen Diskurstheorie sowie einer – gleichwohl noch immer anzubringenden – Kritik der Diskurstheorie insbesondere hinsichtlich ihres transzendentalen Anspruchs untermauert, wobei der Übergang zur staats- und demokratietheoretischen Perspektive sowie der juristische Diskurs herausgehoben wird. Letztlich deutet *Hilgendorf* den Pfad an, auf dem der Kritische Rationalismus und die Alexysche Diskurstheorie versöhnlich zueinander finden könnten, um antirationalistischen Tendenzen gemeinsam entgegenzuschreiten: er liege im Verzicht auf die Restbestände des Deutschen Idealismus.

Mit *Georg Lohmann* wird der Bogen zurück zu den Menschenrechten geschlagen, wenn er nach den Rollen von Rechtfertigungen der Menschenrechte fragt. Er beleuchtet die wesentlichen Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen seinem Menschenrechtsverständnis und dem des Jubilars. Unterschiede erkennt er etwa in der Konzeption von Menschenrechten als (nicht) rein moralischen Rechten; Gemeinsamkeiten etwa in der Konzeption der Menschenrechte als Prinzipien, als abwägungsoffene Rechte. Besonderen Wert legt *Lohmann* auf

die Feststellung, Menschenrechte seien, anders als der Jubilar es annehme, als subjektive Rechte des öffentlichen Rechts zu begreifen, und eben nicht als subjektive Rechte des Privatrechts. Die weiteren Überlegungen dienen der Begründung und näheren Entfaltung dieser These. Die Überlegungen schließen mit dem Fazit, daß nicht die Menschenrechte selbst, sondern nur die (rechtliche) Forderung, sie zu egalisieren und zu universalisieren, (moralisch) begründbar sei.

In einen anderen Kontext setzt *Alejandro Nava Tovar* das Unterfangen des Jubilars, die Menschenrechte als universelle Rechte zu begründen. Er betrachtet diese universalistische Menschenrechtsbegründung als Gegenspieler zur Kritik des Kulturrelativismus, wonach die Idee universaler Menschenrechte einem eurozentrischen Vorverständnis aufsitze. Insbesondere geht es ihm um eine Antwort auf die dekoloniale Wende, in deren Zuge auch die Forderung erhoben worden sei, die Menschenrechtstheorie emanzipiert und aus der Perspektive des globalen Südens neu zu denken. Dazu skizziert er zunächst die Menschenrechtsbegründung des Jubilars, erläutert sodann die Kritik, die seitens des dekolonialen Denkens am universalistischen Menschenrechtsverständnis geübt werde, und schließt mit einer Verteidigung eines universalistischen Menschenrechtsverständnisses ohne eurozentrischen Reduktionismus. Er argumentiert unter anderem mit dem prinzipiellen Charakter der Menschenrechte, der es erlaube, trotz universell formulierter Ansprüche kulturelle oder regionale Unterschiede in ihren konkreten Geltungsanspruch aufzunehmen. So ließe sich der Widerspruch zwischen einer universalistischen Menschenrechtstheorie und einer pluralistischen Sichtweise auf die Welt und ihre Normen als ein bloß vermeintlicher ausräumen.

Es folgt der Beitrag von *Ulfrid Neumann*, in dem er sich mit der Frage befaßt, ob sich „gute“ und „schlechte“ Metaphysik bei der Begründung der Menschenwürde finden und unterscheiden lasse. Er geht dazu von einem jüngeren Beitrag des Jubilars aus, in dem dieser eine problematische „emphatische“ von einer unproblematischen „konstruktiven“ Metaphysik unterscheidet. Dies erscheine, so *Neumann*, vielversprechend, da mit einer derart konstruktiven Metaphysik, die *Neumann* als „weiche“ bezeichnet, zugleich die erkenntnistheoretischen Probleme einer „harten“ Metaphysik wie die legitimationstheoretischen Probleme infolge eines Verzichts auf Metaphysik zugunsten eines Dezisionismus vermieden werden könnten. Neumann geht dem aus seiner Sicht unklaren, weichen Metaphysikbegriff des Jubilars nach und grenzt ihn von einem harten Metaphysikverständnis in der Begründung der Menschenwürde ab. Er kontrastiert sodann *Alexys* diskurstheoretisch grundierte Begründung der Menschenwürde über den Personenbegriff mit *Paul Tiedemanns* Unterscheidung zwischen einer „Was“- und einer „Wozu“-Metaphysik. Da ihn beide Ansätze nicht überzeugen, betrachtet er eine Alternative, die in der (normativen) Zuerkennung von Menschenwürde besteht. Letztlich würdigt er den

Verzicht des Jubilars auf eine „emphatische“ Metaphysik als einen ersten Schritt, dem der zweite mit dem Verzicht auf jegliche Metaphysik möglicherweise implizit schon gefolgt sei.

Den ersten Teil des Bandes beschließen Überlegungen von *Jan Sieckmann*, in denen er den Diskurs bzw. die Diskurstheorie mit der Autonomie verknüpft. Zu Beginn streicht er heraus, daß die Diskurstheorie nicht nur eines von mehreren Kernelementen sei, sondern eigentlich das philosophische Fundament der gesamten Theorie des Jubilars bilde. Dementsprechend schwer wiegt der Einwand *Sieckmanns*, daß es der Diskurstheorie bzw. eines Diskurses im Grunde nicht bedürfe – denn entweder gebe es überzeugende Gründe für ein Urteil, dann seien diese auch ohne Diskurse als solche einzusehen, oder es gebe keine derartigen Gründe, dann werde auch ein Diskurs daran nichts ändern können. Ein vergleichbares Problem bestehe für die Konzeption moralischer Autonomie als Ursprung legitimer Normativität: Wenn die Autonomie darin bestehe, sich aus besseren Gründen für die Befolgung einer Norm und gegen die einer anderen zu entscheiden, dann sei eigentlich nicht die Autonomie das wesentliche Argument, sondern die Existenz der besseren Gründe. Es sei daher fraglich, welche Bedeutung Diskurs und Autonomie überhaupt für die Begründung von Normen haben können. Dieser Frage geht *Sieckmann* nach.

Die Beiträge im zweiten Teil des Bandes befassen sich im Schwerpunkt mit der Prinzipientheorie und den Grundrechten. Eröffnet wird dieser Teil von *Hidehiko Adachi*, der das vom Jubilar mit den Prinzipien identifizierte ideale Sollen als Sollen in der idealen Welt rekonstruiert, welches den Regeln als Sollen in der realen Welt gegenüberstehe. Dazu beginnt *Adachi* mit einer Klassifizierung der Unterscheidung von Regeln und Prinzipien in mehrfacher Hinsicht: Diese Unterscheidung bewege sich auf der Ebene der Normen, nicht der Normsätze; sowohl Regeln und Prinzipien seien als Normen ohne Wahrheitswert, nicht als normative Aussagen mit Wahrheitswert zu betrachten; und beides seien bedingte Normen (wobei *Adachi* nicht nur die Konsequenz als obligat betrachtet, sondern das gesamte Konditional). Das Kernstück seiner Überlegungen bildet aber die Unterscheidung zwischen der realen Welt, der nächstbesten Welt und der besten Welt. Eine Regel sei die Beschreibung eines Sollens, welches den Zustand in einer besseren, von der realen Welt aus erreichbaren Welt darstellt – so sei das Gebot, nicht zu morden, in der nächstbesseren Welt durch den Zustand des Nicht-Mordens erfüllt. Prinzipien seien dagegen, wie *Adachi* in Auseinandersetzung mit *Peng-Hsiang Wang* herausstellt, in der besten Welt zu verorten, da sie normative Aussagen in der nächstbesten Welt seien.

Von *Carlos Bernal Pulido* wird im Anschluß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei wirtschaftlichen und sozialen Grundrechten in den Blick genommen. Er spürt dabei zwei zentralen Fragen der Verfassungsgerichtsbarkeit nach: Sollen Verfassungsgerichte den Inhalt von Verfassungsrechten mit Schutzwirkung unbegrenzt bestimmen können, wenn den Normadressaten von den Rech-

teinhabern vorgeworfen wird, sie hätten ihre Rechte nicht hinreichend beachtet? Und: Wie sollten Verfassungsgerichte ihre Entscheidungen zur ersten Frage begründen? *Bernal* positioniert sich deutlich dazu, daß Verfassungsgerichte jedenfalls den Inhalt wirtschaftlicher und sozialer Verfassungsrechte bestimmen sollten. Zudem präsentiert er, in Auseinandersetzung mit der Theorie des Jubilar, ein dialogisches Modell der Verhältnismäßigkeitsprüfung, welches von den Verfassungsgerichten zur Begründung dieser Bestimmungen herangezogen werden könne. Für dieses Modell spreche, daß es – im Gegensatz zu anderen Modellen – ein höheres Maß an argumentativer Transparenz schaffe, weniger intensiv in die Gewaltenteilung eingreife und den epistemischen Nachteil von Verfassungsgerichten in der Gestaltung von Sozialpolitik berücksichtige.

Ebenfalls dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spürt *Martin Borowski* nach, der Grundrechte als Gebote einer *vollständigen* Optimierung verstanden wissen will. Ihm geht es um Alternativen zu staatlichem Handeln, die nach dem klassischen Kanon der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht in den Blick gerieten. Geprüft werde nur, im Rahmen der Erforderlichkeit, ob es ein gleich geeignetes, milderes Alternativmittel gebe – nicht aber, ob es ein Alternativmittel gebe, welches ein insgesamt günstigeres Verhältnis von grundrechtlichen Kosten zu verfassungsrechtlichem Nutzen aufweise. Diese Mittel bezeichnet *Borowski*, zur Abgrenzung von den im technischen Sinne milderen Mitteln, als „sonst effizientere Mittel“. Er formuliert sodann ein Gebot des sonst effizienteren Mittels; welches, wie zu erwarten sein könnte, nicht nur in komplexeren, mehrpoligen Güterkollisionen eine Rolle spiele, sondern auch in simplen, bipolaren Kollisionslagen, die dann auch im Fokus der weiteren Betrachtung stehen. Dieses Gebot sei in einer derartigen Situation auch bereits, wie er am Beispiel einer Entscheidung des BVerfG illustriert, beachtet worden (Kennzeichnungspflicht statt Verkaufsverbot) – wenn auch unter dem dogmatischen Deckmantel des milderen Mittels. Es folgen, in Auseinandersetzung mit Literaturmeinungen, Dogmatisierungen dieses Gebots unter den begrifflichen Dichotomien von Über- und Untermaßverbot sowie enger und weiter Tatbestandstheorie.

Dem Abwägen von Prinzipien in einer Welt voller Regeln widmet sich im Anschluß *Virgílio Afonso da Silva*. Ihm geht es um die nähere Betrachtung einer Kollision nicht zwischen Regeln oder Prinzipien, sondern von Regel mit Prinzip. Diese Kollisionslage sei bislang noch kaum beachtet worden – obwohl sie, wie *da Silva* meint, die „häufigsten, wichtigsten und komplexesten Aufgaben für die Abwägung“ enthalte. Der Jubilar zumindest habe dieser Kollisionslage bislang lediglich eine Fußnote gewidmet, die – und deren Unklarheiten – *da Silva* zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen macht. Er identifiziert verschiedene Standardsituationen, in denen diesen Kollisionen verschieden zu begegnen ist – mit dem Ergebnis, in der Regel habe die Regelbefolgung Vorrang; es sei denn, mit den Regeln ist der einschlägigen Prinzipienkollision nicht ge-

recht geworden, dann könnten Prinzipien den Tatbestand von Regeln einschränken oder ausweiten. Hierbei aber liege die Argumentationslast bei denjenigen, die von der Regel zugunsten eines Prinzips abweichen wollen.

Der folgende Beitrag, von *Maria Elósegui*, ist der Rekonstruktion einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung nach Maßgabe der Gewichtsformel des Jubilars verschrieben. *Elósegui* geht es um den Nachweis, daß die formale Rekonstruktion des Angemessenheitsgrundsatzes für die Praxis der Verfassungsgerichte wie auch der des EGMR nützlich sei. Dies will sie anhand einer Rekonstruktion der Kopftuch-Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2015 leisten, die sie eingehend darstellt und den verschiedenen Faktoren und Skalierungen der Gewichtsformel zuordnet. Sie kommt zu dem Ergebnis, daß das BVerfG das Prinzip der Angemessenheit, nach Maßgabe der Gewichtsformel, insgesamt richtig angewendet habe.

Mit *Dieter Grimm* folgt eine Betrachtung nicht einer einzelnen, sondern einer ständigen Rechtsprechung des BVerfG. Er wendet sich gegen die gefestigte Interpretation des BVerfG, wonach in Art. 2 I GG ein allgemeines Freiheitsrecht gewährleistet sei. Diese Interpretation des BVerfG sei, wie *Grimm* aufzeigt, weder in grammatischer noch in historischer oder in systematischer Hinsicht überzeugend. Er schildert zudem die Entstehung der Elfes-Entscheidung, in der diese ständige Rechtsprechung ihren Ausgang nahm, als eine eher plötzliche, da bis zuletzt eine Entscheidung am Maßstab von Art. 11 GG vorberaten gewesen sei. Mit dem Minderheitsvotum des Autors zur Entscheidung „Reiten im Walde“ sei die Diskussion um die allgemeine Handlungsfreiheit zwar noch einmal entfacht worden, doch die ständige Rechtsprechung und die herrschende Lehre sei nicht umgeschwenkt. Auch der Jubilar sekundiere dem BVerfG in einem Kapitel seiner Habilitationsschrift im Ergebnis, wenn er in der allgemeinen Handlungsfreiheit mehr Vor- als Nachteile sehe – dies jedoch nicht so sehr, weil er die Entscheidung für eine allgemeine Handlungsfreiheit für inhaltlich richtig befunden habe, sondern weil er sie für möglich und strukturell widerspruchsfrei halte. Dies könne zwar, so *Grimm*, durchaus so gesehen werden; die interessantere Frage sei aber, ob der Verfassungsgeber eine derartige Vorschrift wegen ihrer die Nachteile überwiegenden Vorteile überhaupt in den Grundrechtskatalog hätte aufnehmen sollen – was *Grimm* in Auseinandersetzung mit den Argumenten des Jubilars nach wie vor verneint.

Dem schließt sich eine Auseinandersetzung mit der Struktur der Abwägung an, die *Matthias Klatt* für die Situation hinterfragt, in der eine erforderliche Gewichtung einer normativen oder empirischen Prämisse in gleich plausibler Weise unterschiedlich getroffen werden kann. Diesen Zustand bezeichnet er als Erkenntnisvakuum. Ihm ist daran gelegen, dem Ergebnis von Abwägungen auch in derartigen Situationen nicht die Rationalität absprechen zu müssen. Dazu betrachtet er zunächst das Problem epistemischer Unsicherheiten in Ab-

wägungen im Allgemeinen, wobei er zunächst die relevanten Grundlagen der Prinzipientheorie rekapituliert, sodann die Auswirkungen epistemischer Unsicherheiten auf Abwägungen benennt, um schließlich die Bedeutung epistemischer Variablen in der Gewichtsformel zu diskutieren. Im zweiten Schritt hinterfragt er die Rolle der formellen Prinzipien in der Theorie des Jubilar, dessen ursprüngliche Position (Kombinationsmodell) *Klatt* kritisiert, woraufhin er sein Modell der praktischen Konkordanz von Kompetenzen (als Trennungsmodell) verteidigt – und darin eine Antwort auch auf das Problem des Erkenntnisvakuums erblickt. Schließlich werden die theoretischen Überlegungen anhand der Rotmilan-Entscheidung des BVerfG verdeutlicht.

Einer Rekonstruktion der Grundrechte als Kooperationsrechte wendet sich *Josef Franz Lindner* zu. Dazu erörtert er zunächst die Erweiterung des grundsätzlich vertikalen Grundrechtsverhältnisses in der abwehrrechtlichen Konstellation auf ein Dreiecksverhältnis, in dem der staatliche Eingriff in ein Abwehrrecht des einen Bürgers dem Schutz der Rechte eines anderen Bürgers diene. Diese Form der Dreieckskonstellationen als „Schutz durch Eingriff“ kennzeichne namentlich die als mittelbare Drittwirkung firmierenden Fallgestaltungen. Es gebe jedoch noch weitere Grundrechtsverhältnisse, in denen Dritte von Bedeutung seien. So könne es zur Realisierung einer Grundrechtsposition eines Bürgers erforderlich sein, sich eines anderen Bürgers zu bedienen, wie etwa in der Suizidhilfe. Davon ausgehend unterscheidet *Lindner* drei mögliche Beteiligungen von Dritten in Grundrechtsverhältnissen: (1) Kooperationsfälle – der Dritte als Partner (Eheschließung); (2) Kollisionsfälle – der Dritte als Störer; (3) Konfrontationsfälle – der Dritte als Auslöser grundrechtlicher Duldungspflichten (Religionsausübung/Meinungsausßerung). Die Kooperationsfälle unterzieht *Lindner* sodann einer näheren Betrachtung; sie unterfielen in denknottwendige (Versammlung), faktisch notwendige (Beruf) und optionale (Suizidhilfe) Kooperationen. Von hier aus wendet er sich den Fragen zu, ob Grundrechte (ausnahmsweise) Kooperationsansprüche gewähren und wie staatliche Kooperationsverbote grundrechtlich zu bewerten sind.

Die Überlegungen von *Julian Rivers* zur Verhältnismäßigkeit und der richterlichen Kontrollkompetenz beginnen mit einer Einordnung der Theorie des Jubilar als einer nicht vollständig allgemeinen Verfassungstheorie. Sie sei in Auseinandersetzung mit dem deutschen System entstanden – und so auf ein Verfassungsdenken zugeschnitten, in dem eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit existiere. Gleichwohl sei die Prinzipientheorie als Theorie der Verhältnismäßigkeit auf ein derartiges, in *Rivers'* Worten, stark materiales System nicht zu reduzieren, da sie „in der Frage der richterlichen Kontrollkompetenz völlig offen“ sei. Dies will er in einer Auseinandersetzung mit dem Verständnis des Jubilar von strukturellen Spielräumen nachweisen – wobei er zunächst auf das Problem stößt, daß die Verhältnismäßigkeit (ieS) ihrer Idee nach auf eine optimale Lösung von Konfliktsituationen ausgeht, die Spielräumen strukturell ent-

gegenstehe. Gleichwohl erkenne der Jubilar Spielräume des Gesetzgebers an, die sich negativ aus der (Einschränkung der) Kontrollkompetenz des Verfassungsgerichts ergäben. Dies sei jedoch, wie auch seine jüngere Ausgestaltung der Theorie formeller Prinzipien, nicht geeignet, um eine adäquate Theorie des gesetzgeberischen Ermessens abzubilden; was ebenso für die Modelle von *Borowski* und *Klatt* gelte. Daher stellt *Rivers* diesen Vorschlägen sein Modell der begrenzten Kompetenzen gegenüber, welches im Kern besagt, daß ein Verfassungsgericht nicht zu prüfen habe, ob die Abwägung des Gesetzgebers in jeder Hinsicht korrekt war, sondern lediglich, ob die Werte „aus rechtlicher Sicht akzeptabel“ seien. Diese Prüfung könne, je nach System, unterschiedlich streng vorgenommen werden, womit die verschiedenen Systeme mit einer gerichtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle vereinbar seien.

Ein wiederum gänzlich anderes verfassungsrechtliches System unterliegt den sich anschließenden Betrachtungen von *Axel Tschentscher* über die schweizerische Rezeption der Grundrechtstheorie des Jubilars. Es gebe, so *Tschentschers* Grundthese, zwar kaum eine explizite, wohl aber eine implizite Rezeption der Theorie in der Schweiz. Dies habe verschiedene Ursachen, zu denen „sehr alte und eigenständige Traditionslinien“ ebenso zählten wie eine Kultur des Zitierens, die „weniger liebevoll und gründlich“ sei als in Deutschland. Einleitend werden die Grundgedanken der Theorie des Jubilars, um deren Rezeption es gehe, zusammengefaßt – mit der These, die einzelnen Elemente seien für sich genommen keine Besonderheit der Alexyschen Theorie, sondern vielmehr paradigmatisch für das heutige Grundrechtsdenken; die Besonderheit bestehe aber darin, daß alle Elemente aufeinander bezogen seien und in einem wechselseitigen Implikationsverhältnis stünden. Rezeptionsgrenzen ergäben sich gleichwohl aus den institutionellen Besonderheiten in der Schweiz, die *Tschentscher* darin sieht, daß es keine konzentrierte Normenkontrolle wie auch keine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit gebe, und auch keine allgemeine Handlungsfreiheit anerkannt sei, weswegen die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht in allen Bereichen staatlichen Handelns durchzuführen sei. Letztlich hänge das Fortschreiten der Rezeption der Theorie des Jubilars am bewußteren Umgang mit der Abwägung.

Der Beitrag von *Mark Tushnet* über die Verhältnismäßigkeit und das Problem regulatorischer Subventionen beschließt den zweiten Teil des Bandes. Er beginnt seine Überlegungen, die sich mit der Theorie des Jubilars als Theorie der Verhältnismäßigkeit befassen, durch eine Unterscheidung dreier Ordnungen der Verfassungsdogmatik. Die Dogmatik erster Ordnung führe „zur besten Auflösung konkreter verfassungsrechtlicher Kontroversen“, die der zweiten Ordnung lege „fest, wie mit diesen Interessen umgegangen werden soll“, und die der dritten binde „institutionelle Interessen in die Analyse ein“. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung sei „eine gute Dogmatik zweiter Ordnung, wenn sie zur Lösung von Problemen der ersten Ordnung angewendet wird“. Schwierig-

keiten habe sie aber „bei der Behandlung von Fragen der dritten Ordnung“. Diesen Schwierigkeiten in der „Beziehung zwischen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und dem Gesamtsystem der gesetzgebenden Politikgestaltung“ will *Tushnet* nachgehen. Dazu bringt er zwei Fälle regulatorischer Subventionen vor, einen aus Deutschland und einen aus der USA, die zwar nach der dritten Ordnung wünschenswert seien, mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber nicht in Einklang zu bringen wären – was letztlich darauf hinauslaufe, daß ein Beharren auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz „die Fähigkeit des politischen Systems schwächen [könne], die Bürger zu politischem Engagement zu motivieren“.

Der dritte Teil des Bandes ist dem Rechtsbegriff, der Rechtsgeltung und der Rechtsinterpretation gewidmet. Dieser Teil wird von *Andreas Funke* eröffnet, der einem institutionalistischen Vorurteil in der Interpretationslehre nachspüren will, indem er die Bedeutung der Selbstbeurteilung von und im Recht hinterfragt. Ihm geht es um die Frage, wer das Recht interpretiert – genauer, „wer für die Interpretation von Rechtsnormen zuständig ist“. Diese Frage werde kaum behandelt, obwohl sich hinter ihr ein zentrales Problem der Rechtstheorie und der juristischen Methodenlehre verberge. Denn es sei nicht gerechtfertigt, die Interpretation des Rechts (allein) in die Hände der Institutionen des Rechts, allen voran der Gerichte, zu legen. Auch die Adressaten seien als Interpreten der Rechtsnormen anzuerkennen. Der Jubilar immerhin habe neben die institutionelle Interpretation des Rechts die Laieninterpretation gestellt, die rechtlich nicht verbindlich sei. Um diese Laieninterpretation geht es Funke. Sie sei von *Borowski* näher konturiert worden, letztlich aber auch bei ihm gegenüber der institutionellen Interpretation bedeutungslos. Dies überzeuge nicht, so *Funke*, denn es bedürfe einer „Selbstbeurteilung“ des Rechts durch dessen Träger und Adressaten – die (wenigstens im Zivilrecht) nicht mit den Institutionen des Staates identisch seien: „Die Inhaber von Rechten sind die Erstinterpreten ihrer Rechte“.

Mit der Begriffsgeschichte und Begriffsbildung der Geltung des Rechts befaßt sich im Anschluß *Nils Jansen*. Sein Ausgangspunkt besteht in der Feststellung, daß es dem Jubilar in seiner Auseinandersetzung mit Begriff und Geltung des Rechts nicht um den Begriff der Geltung zu tun gewesen sei, sondern um die Kriterien rechtlicher Geltung – auch wenn er von „Geltungsbegriffen“ spreche. *Jansen* will dagegen herausarbeiten, „was genau Juristen meinten, und was sie im Einzelnen voraussetzten, als sie begannen, von ‚Geltung‘ zu sprechen“. Dazu rekapituliere er in einem ersten Schritt die Grundlagendiskussionen um den Gültigkeits- und den Geltungsbegriff im 20. Jahrhundert, bevor er, in einem zweiten Schritt, der Frage nachgehe, inwiefern die „Geltung“ des Rechts zu einem Rechtsbegriff wurde. Es zeige sich, daß der Geltungsbegriff im Frühkonstitutionalismus geboren wurde, um Verstöße niederrangigen Rechts gegen die höherrangigen Verfassungen zu kennzeichnen, wobei mit dem Begriff der

Geltung die Zugehörigkeit einer Norm zum Rechtssystem bezeichnet worden sei. Damit seien die „Verbindlichkeit und Anwendbarkeit“ von Recht selbst „zu Rechtsfragen geworden“. Mit „Geltung“ sei „die ontologische Dimension einer Aussage über die Verbindlichkeit einer Rechtsnorm oder Rechtsordnung“ zum Ausdruck gebracht; es handle sich um ein normatives ontologisches Prädikat, eine normative Existenzaussage über Normen, die nur im Recht brauchbar sei.

Jorge Alexander Portocarrero Quispe befaßt sich mit der Frage, wie Verfassungsnormen von anderen Rechtsnormen begrifflich unterschieden werden können. Er erkennt einen Sondercharakter der Verfassungsnormen, der sich nicht nur in der Struktur und den Beziehungen innerhalb einer Rechtsordnung zeige, sondern auch in rechtsphilosophischen Aspekten. Letztere bestünden darin, daß Verfassungsnormen eine institutionalisierende Funktion erfüllten, indem sie „pragmatische, ethisch-politische und moralische Gründe in positives Recht“ umwandeln. Er ordnet seine These des Sondercharakters der Verfassungsnormen ein zwischen eine „Äquivalenzthese“, die keinen Unterschied zwischen Verfassungsnormen und sonstigen Rechtsnormen anerkenne, und eine „strikte Differenzthese“, die Verfassungsnormen als gänzlich eigene Art der Rechtsnormen begreife. Zur Stützung seiner These betrachtet er das hierarchische und das institutionalisierende Moment als spezifische Merkmale der Verfassungsnormen näher, kategorisiert das verfassungsrechtlich nicht Institutionalisierbare als diskursiv unmöglich, das in der Verfassung Institutionalisierte als (wohl im juristischen Diskurs) diskursiv notwendig, und das verfassungsrechtlich Vertretbare als diskursiv möglich (dies allerdings in „einem Diskurs, der zwischen dem allgemeinen praktischen Diskurs und dem institutionalisierenden juristischen Diskurs gelagert“ sei). Besonders bedeutsam sei die These des Sondercharakters aber für die Verfassungsinterpretation, die ebenfalls einen Sondercharakter gegenüber der Interpretation sonstiger Rechtssätze aufweise – womit eine Theorie der Verfassungsauslegung erforderlich werde.

An der Schnittstelle von Prinzipientheorie und Rechtsbegriff bewegen sich die Überlegungen von *Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno*, der die Theorie des Jubilars zum Verhältnis von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, wie er sie im Anschluß an die Radbruchsche Formel entwickelt hat, als Ergebnis einer Abwägung dieser beiden Güter begreift. Dabei handle es sich, so *Trivisonno*, um eine Abwägung zwischen einem formellen und einem materiellen Prinzip. Er rekonstruiert diese Abwägung, wie es der Jubilar selbst nahegelegt habe, anhand einer reduzierten Gewichtsformel, was jedoch einige Widersprüchlichkeiten („fünf Probleme“) in der Argumentation zum Verhältnis von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit offenbare. Zu diesen Problemen zähle eine mögliche Unterkomplexität der Abwägung anhand der einfachtriadischen Skalierung. Doch Probleme blieben auch dann bestehen, wenn eine doppeltriadische Skalierung gewählt würde, weil es zu Pattsituationen zwischen extremer Ungerechtigkeit und Rechtssicherheit kommen könne. Lösen ließe sich dies Pro-

blem nur, wenn der Gerechtigkeit ein höheres abstraktes Gewicht als der Rechtssicherheit zuerkannt würde. Ein weiteres Problem betreffe die aus der Arithmetik der Gewichtsformel abzuleitende These, daß nicht nur extrem ungerechte Gesetze ihre Geltung verlieren, sondern vielmehr jedes Gesetz, dessen Rechtssicherheitsgewicht vom Ungerechtigkeitsgewicht seines Inhalts überwogen würde. Um dies Problem zu vermeiden, müsse die Anwendung der Gewichtsformel auf die Fälle extremen Unrechts begrenzt werden. Letztlich zeigten die Probleme, daß eine Rekonstruktion des Rechtsbegriffs des Jubilars anhand von dessen Gewichtsformel als noch ungelöste Aufgabe verbleibe.

Mit dem Beitrag von *Peng-Hsiang Wang* wird der dritte Teil und damit auch der Band beschlossen. Er hinterfragt, inwiefern der inklusive Rechtsnichtpositivismus des Jubilars als eine hybride Naturrechtstheorie anzusehen sei, wie es von einigen Naturrechtlern angenommen werde – wofür er zunächst zwei Versionen der Naturrechtstheorie, eine starke und eine schwache, mit der Unterscheidung des Jubilars zwischen drei Varianten des Rechtsnichtpositivismus vergleicht. Danach lasse sich vertreten, daß der inklusive Rechtsnichtpositivismus als Hybrid einer starken und einer schwachen Naturrechtstheorie angesehen werden könne. Allerdings träten dabei zwei Unklarheiten bzw. Probleme zutage: Es sei offen, wie das Richtigkeitsargument des Jubilars einen moralischen Fehler als rechtlichen Fehler qualifiziere; und es sei undurchsichtig, wie der Jubilar mit der Doppelnaturthese von einem schwachen Naturrechtssystem, der nur die Fehlerhaftigkeit betreffe, zu einem starken übergehe, der auch den Geltungsverlust einbeziehe. Lösungen dieser Probleme will *Wang* in der Einbeziehung eines funktionalen Arguments ausmachen – welches in der These zum Ausdruck kommt, daß das Recht das Handeln anleite, indem es normative Gründe für Handlungen liefere. Insgesamt sei die Theorie des Jubilars nicht als hybride, sondern als eine starke Naturrechtstheorie zu begreifen, die aber hinsichtlich der hinreichenden Voraussetzung der rechtlichen Ungültigkeit einer Norm auf den Tatbestand extremer Ungerechtigkeit reduziert sei.

Die Theorie des Jubilars hat in den hier versammelten Beiträgen zu Zusprüchen und Widersprüchen, zu Ausgestaltungen und Weiterführungen der drei Kernelemente und ihrer Zusammenhänge angeregt, aus ganz unterschiedlichen Perspektiven. Sie hat sich damit einmal mehr – trotz und wegen ihrer hohen Ausbaustufe, die sie im bald 78. Lebensjahr des Jubilars erreicht hat – als ein vielfältig anknüpfungsfähiges Projekt erwiesen, das durch ihn selbst wie auch durch seine Schüler, Weggefährten, Freunde und Kritiker weiter voran gebracht werden wird. Als Herausgeber wäre ich froh, wenn der vorliegende Band dazu einen Beitrag leisten könnte.

Präludium

Einige Reflexionen über die „Theorie der Grundrechte“ nach mehr als 35 Jahren

Robert Alexy

Die „Theorie der Grundrechte“ ist 1985 erstmals erschienen. Vieles vertrete ich bis heute. Dazu gehört vorrangig, trotz zahlreicher Einwände, die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien. Auch an der weiten Tatbestandstheorie halte ich fest.

In einer Reihe von Punkten aber gab es Weiterentwicklungen. Gäbe es diese nicht, wäre meine Theorie keine wissenschaftliche Theorie. Drei Entwicklungen sind von besonderer Bedeutung: eine analytische, eine philosophische und eine methodologische.

I. Die analytische Weiterentwicklung

Die analytische Entwicklung betrifft die Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Ich habe 1985 zwei Gesetze aufgestellt, das *Kollisionsgesetz*¹ und das *Abwägungsgesetz*.² Das Kollisionsgesetz halte ich bis heute ohne die geringste Veränderung aufrecht. Das Abwägungsgesetz habe ich dagegen in die *Gewichtsformel* transformiert. Die Gewichtsformel ist das wichtigste Element der Weiterentwicklung meiner Grundrechtstheorie. Das Abwägungsgesetz lautet:

Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.³

Das Abwägungsgesetz findet sich, in unterschiedlichen Formulierungen, nahezu überall in der Verfassungsrechtsprechung. Es drückt eine zentrale Eigenschaft der Abwägung aus und ist von großer praktischer Bedeutung. Wenn man eine präzise und vollständige Analyse der Struktur der Abwägung erhalten will, muss das Abwägungsgesetz freilich weiter ausgearbeitet werden. Das Ergebnis einer solchen weiteren Ausarbeitung ist die Gewichtsformel. Eine frühe

¹ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 83–84.

² Ebd., S. 146.

³ Ebd.

Form der Gewichtsformel habe ich 2002 in dem *Postscript* der englischen Übersetzung der „Theorie der Grundrechte“ publiziert.⁴ Dies *Postscript* wurde 2007 als *Epilogo* in die zweite Auflage der spanischen Übersetzung übernommen. Die damalige Formel war unnötig kompliziert. Zudem hat sich in den folgenden Jahren gezeigt, dass sie erweitert werden kann. Ihr Kern stand und steht jedoch fest. In deutscher Sprache habe ich diesen Kern 2003 wie folgt zusammengefasst:⁵

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Bis heute ist dies die Standardform der Gewichtsformel.

Die Gewichtsformel definiert das Gewicht eines Prinzips P_i in einem konkreten Fall, das heißt, das konkrete Gewicht von P_i relativ zu einem kollidierenden Prinzip P_j ($G_{i,j}$), als den Quotienten erstens des Produkts der Intensität des Eingriffs in P_i (I_i) und des abstrakten Gewichts von P_i (G_i) und der epistemischen Sicherheit der empirischen oder normativen Annahmen darüber, was die in Frage stehende Maßnahme für die Nichtrealisierung von P_i bedeutet (S_i), und zweitens des Produkts der entsprechenden Werte für P_j , nun bezogen auf die Realisierung von P_j .

Die Rede von Quotienten und Produkten setzt die Verwendung von Zahlen voraus. Das führt zu dem Problem der Skalierung. Ich habe als Standardskala eine geometrische und diskrete Skala vorgeschlagen. Diskrete Skalen sind dadurch definiert, dass zwischen ihren Punkten keine weiteren Punkte existieren. Das Abwägen kann anfangen, sobald man eine Skala mit zwei Werten hat, etwa leicht und schwer. Im Verfassungsrecht wird oft eine triadische Skala verwendet, die mit den Werten leicht (l), mittel (m) und schwer (s) arbeitet. Es gibt verschiedene Möglichkeiten, diese Werte durch Zahlen darzustellen.⁶ Wenn man eine geometrische Folge wie 2^0 , 2^1 und 2^2 wählt, wird es möglich, die Tatsache darzustellen, dass die Kraft der Prinzipien bei steigender Eingriffsintensität überproportional wächst. Das ist die Basis der Antwort auf den Einwand, dass die Prinzipientheorie zu einer inakzeptablen Schwächung der Grundrechte führe. Wenn das konkrete Gewicht ($G_{i,j}$) von P_i größer als 1 ist, geht P_i P_j vor, ist es kleiner als 1, geht P_j P_i vor. Wenn aber das konkrete Gewicht

⁴ R. Alexy, A Theory of Constitutional Rights, übers. v. J. Rivers, 2002, S. 408–409, 419. Die erste Publikation der Gewichtsformel in der frühen Form auf Deutsch erfolgte 2001; vgl. *ders.*, Die Abwägung in der Rechtsanwendung, in: Jahresbericht des Institutes für Rechtswissenschaft an der Meiji Gaikuin Universität Tokio 17 (2001), S. 69–83 (77).

⁵ R. Alexy, Die Gewichtsformel, in: J. Jickeli/P. Kreutz/D. Reuter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, S. 771–792 (790); *ders.*, The Weight Formula, übers. v. B. Brožek und S. L. Paulson, in: Studies in the Philosophy of Law 3, 2007, S. 9–27 (25); wieder abgedruckt in: *ders.*, Law's Ideal Dimension, 2021, S. 154–174 (172).

⁶ Vgl. hierzu Alexy, Die Gewichtsformel (Fn. 5), S. 783–787.

(G_i, j) 1 ist, besteht ein Patt. In diesem Fall ist es sowohl erlaubt, die in Frage stehende Maßnahme auszuführen, als auch, sie zu unterlassen. Das bedeutet, dass der Staat, insbesondere der Gesetzgeber, einen Spielraum hat.⁷ Das ist für die Zurückweisung des Einwandes, dass die Prinzipientheorie zu einer Überkonstitutionalisierung führe,⁸ von höchster Bedeutung.

Gegen die Gewichtsformel sind zahlreiche Einwände erhoben worden. Viele von ihnen machen geltend, dass sich die juristische Argumentation nicht mit Hilfe von Zahlen erfassen lasse. Ich stimme der These zu, dass das Begründen nicht durch Rechnen ersetzt werden kann. Doch eine solche Ersetzung ist nicht die Intention der Gewichtsformel. Sie zielt allein darauf, die Struktur der Abwägungsargumentation deutlich zu machen. Damit hat sie eine ausschließlich analytische Funktion. Unter diesem Aspekt besteht eine starke Parallele zwischen der logischen Struktur der Subsumtion und der mathematischen Struktur der Abwägung.⁹ Beide bestimmen nicht den Inhalt der Entscheidung, bringen aber Ordnung in das Argumentieren. Diese Ordnung ist ein unverzichtbarer Rationalitätsgewinn. Alles weitere ist bei der methodologischen Weiterentwicklung meiner Theorie in den Blick zu nehmen.

II. Die philosophische Weiterentwicklung

Zuvor möchte ich aber auf die philosophische Entwicklung eingehen. Im ersten Kapitel der „Theorie der Grundrechte“ habe ich meine Theorie als eine „allgemeine juristische Theorie der Grundrechte des Grundgesetzes“ bezeichnet.¹⁰ Ihr Ausgangspunkt waren die Grundrechte als positives Recht.¹¹ Das entsprach der starken analytischen Tendenz des Buches. Die analytischen Grundstrukturen der Grundrechte kann man anhand jedes Rechtssystems, das Grundrechte kennt, studieren. Je besser die Institutionalisierung der Grundrechte ist, desto einfacher und fruchtbarer ist die Analyse. Die damals bereits mehr als dreißigjährige Rechtsprechung des deutschen Verfassungsgerichts gab meinen Analysen ein wunderbares Material. Ich räumte zwar ein, dass neben der analytischen Dimension eine philosophische Dimension der Grundrechte existiert,¹²

⁷ R. Alexy, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61 (2002), S. 7–33 (22–26).

⁸ E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 159–199 (185–191); *ders.*, Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights, übers. v. T. Dunlap und R. Zimmerling, in: M. Künkler/T. Stein (Hrsg.) *Constitutional and Political Theory*, 2017, S. 234–265 (255–259).

⁹ R. Alexy, On Balancing and Subsumption, in: *Ratio Juris* 16 (2003), S. 433–449 (448).

¹⁰ Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Fn. 1) S. 21.

¹¹ Ebd., S. 15.

¹² Ebd., S. 18.

wollte diese beiden Dimensionen aber voneinander trennen. Diese Trennungsthese habe ich in späteren Arbeiten durch eine Verbindungsthese ersetzt, die ein wesentliches Element meiner allgemeinen Theorie der Doppelnatur des Rechts ist.¹³

Den Ausgangspunkt der Verbindung von juristischer Analyse und philosophischer Reflexion bildet die Unterscheidung von *Grundrechten* und *Menschenrechten*. Grundrechte sind positive Rechte, Menschenrechte nichtpositive Rechte. Als nichtpositive Rechte sind Menschenrechte durch fünf Merkmale definiert. Sie sind, erstens, moralische, zweitens, universelle, drittens, fundamentale und, viertens, abstrakte Rechte, die, fünftens, Vorrang vor allen anderen Normen haben.¹⁴ Die Grundrechte als positive Rechte sind notwendig mit den Menschenrechten als bloß moralischen, und deshalb nichtpositiven, Rechten verbunden. Die Verbindung besteht darin, dass Grundrechte Rechte sind, die mit der Intention in eine Verfassung aufgenommen worden sind, Menschenrechte in positives Recht zu transformieren.

Das erste Problem dieser Verbindungsthese besteht in dem Begriff der Intention. Eine verfassungsgebende Versammlung kann auf den Einschluss der Grundrechte in die Verfassung verzichten. An genau dieser Stelle kommt der *Anspruch auf Richtigkeit* ins Spiel. Der Anspruch auf Richtigkeit ist die Basis meiner Rechtsphilosophie.¹⁵ Richtigkeit im Recht impliziert Gerechtigkeit. Wir finden keine Verfassung, in der ein Satz steht wie:

X ist eine souveräne, föderale und ungerechte Republik.

Natürlich kann eine Republik oder ein Staat ungerecht sein. Und es sind viele. Aber alle erheben den Richtigkeitsanspruch. Dieser Anspruch definiert die ideale Dimension des Rechts.

Der Anspruch auf Richtigkeit hat allerdings neben der materiellen oder substantiellen Seite, die für die ideale Dimension des Rechts steht, auch eine formelle oder institutionelle Seite, die der realen Dimension des Rechts Rechnung trägt.¹⁶ Das vergrößert den Raum dessen, was unter *Richtigkeit* verstanden werden kann, beträchtlich. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sich alles als richtig einstufen lässt. Die entscheidende Frage lautet, ob Menschenrechte als moralische, also ideale Rechte neben der realen Dimension des Rechts, die durch ordnungsgemäße Gesetztheit und soziale Wirksamkeit definiert ist, notwendige Elemente seines Inhalts sein können. Meine Antwort lautet: Ja. Das setzt voraus, dass Menschenrechte existieren. Rechte existieren, wenn sie gelten. Menschenrechte als moralische Rechte gelten, wenn sie begründbar sind,

¹³ R. Alexy, *The Dual Nature of Law*, in: *Ratio Juris* 23 (2010), S. 167–182; wieder abgedruckt in: *ders.*, *Law's Ideal Dimension* (Fn. 5), S. 36–50.

¹⁴ Ebd., S. 178.

¹⁵ R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 6. Aufl. 2020, S. 64–70.

¹⁶ Eingehender hierzu Alexy, *The Dual Nature of Law* (Fn. 13), S. 173–174.

denn die Geltung der Menschenrechte besteht allein in ihrer *Begründbarkeit*.¹⁷ In zwei Aufsätzen habe ich versucht, die Geltung der Menschenrechte zu begründen.¹⁸ Eine perfekte Begründung ist mir nicht gelungen. Eine perfekte Begründung wäre eine objektive Begründung wie sie zum Beispiel beim Satz des Pythagoras oder bei der Behauptung, dass der Mond der einzige Trabant der Erde ist, möglich wird. Was aber möglich ist, ist eine Begründung, die objektive mit subjektiven Elementen verbindet. Das ist die explikativ-existentielle Begründung. Diese Begründung folgt *Kantischen* Linien sowie Spuren Kierkegaards.¹⁹ Eine objektiv-subjektive Begründung ist nicht das Allerbeste, aber doch das Beste.

Die Möglichkeit der objektiv-subjektiven Begründung hat weitreichende Konsequenzen für die Interpretation von Grundrechtskatalogen. Der Anspruch auf Richtigkeit fordert, dass die Menschenrechte als moralische Rechte bei der Interpretation der positivrechtlichen Verfassung berücksichtigt werden. Das kann in verschiedenen Formen geschehen.²⁰ Hier soll nur eine Variante betrachtet werden. Bei ihr geht es um die Hinzufügung eines Grundrechts, das nicht in dem geschriebenen Katalog enthalten ist, zu den von der Verfassung garantierten Grundrechten. Ein Beispiel bildet die Hartz IV-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2010, in der das Gericht dem Grundrechtskatalog, der nur ein soziales Grundrecht explizit enthält, nämlich das Recht jeder Mutter „auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft“ (Art. 6 Abs. 4 GG), ein weiteres soziales Grundrecht hinzufügt, nämlich das Recht auf ein Existenzminimum. Die Begründung stützt sich wesentlich auf die Menschenwürde,²¹ die freilich in der Kriegerwitwenentscheidung aus dem Jahr 1951, obwohl sie schon in der Verfassung stand, noch nicht die Kraft hatte, „Schutz vor materieller Not“ zu fordern.²² Man kann hier von einer Verstärkung der Interpretation der Menschenwürde sprechen, die von den Menschenrechten als moralischen Rechten gefordert wird. So viel zur philosophischen Weiterentwicklung.

¹⁷ Ebd., S. 178.

¹⁸ R. Alexy, Menschenrechte ohne Metaphysik?, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 52 (2004), S. 15–24; *ders.*, The Existence of Human Rights, in: ARSP Beiheft 136 (2013), S. 9–18.

¹⁹ Alexy, The Existence of Human Rights (Fn. 18), S. 18.

²⁰ R. Alexy, The Absolute and the Relative Dimensions of Constitutional Rights, in: Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017), S. 31–47 (35–36); wieder abgedruckt in: *ders.*, Law’s Ideal Dimension (Fn. 5), S. 235–252 (238–239).

²¹ BVerfGE 125, 175 (222).

²² BVerfGE 1, 97 (104).

III. Die methodologische Weiterentwicklung

Abschließend komme ich, wie bereits angekündigt, zum dritten Aspekt, der die methodologische Weiterentwicklung betrifft. Im dritten Abschnitt des zehnten und letzten Kapitels der „Theorie der Grundrechte“ gehe ich ausführlich auf das Verhältnis von Grundrechten, Verfassungsgerichtsbarkeit und der Theorie der juristischen Argumentation ein.²³ In der philosophischen Weiterentwicklung wird mein Buch „Begriff und Geltung der Rechts“ mit der „Theorie der Grundrechte“ verknüpft. Nun geht es um die Verknüpfung der „Theorie der Grundrechte“ mit der „Theorie der juristischen Argumentation“. In dem zehnten Kapitel ist die Verknüpfung recht allgemeiner Art. Damals gab es die Gewichtsformel noch nicht, die eine präzisere Form der Verknüpfung verlangt. In den letzten Jahren habe ich die Verknüpfung von Abwägung und Argumentation im Blick auf die Gewichtsformel zu präzisieren versucht.

Mein Ausgangspunkt ist die oft erhobene Kritik, dass die Gewichtsformel mit Zahlen arbeite. Das sei möglich, wenn es Messinstrumente, wie etwa Thermometer, gibt. Im Recht aber gehe es um Argumente. Ich räume ein, dass es kein dem Thermometer entsprechendes „Argumeter“ gibt.²⁴ Das ist jedoch kein Argument gegen die Gewichtsformel. Hinter dieser Antwort stehen zwei Thesen, die *Propositionsthese* und die *Argumentationsthese*. Die Propositionsthese, man kann sie auch als „Propositionalitätsthese“ bezeichnen, sagt, dass die Zahlen, etwa die Zahlen 1, 2 und 4 der triadischen Skala, für drei verschiedene Propositionen oder Sätze stehen. Die Zahl 1 steht für den Satz „Der Eingriff in das Recht ist leicht“, die Zahl 2 für den Satz „Der Eingriff in das Recht ist mittelschwer“, die Zahl 4 für den Satz „Der Eingriff in das Recht ist schwer“. Ich habe diese Sätze als „Klassifikationspropositionen“ bezeichnet.²⁵ Klassifikationspropositionen, wie Propositionen überhaupt, bedürfen der Rechtfertigung. Die Rationalität der Abwägung hängt davon ab, ob sie der Rechtfertigung fähig sind.

Hier kommt die zweite These ins Spiel, die Argumentationsthese. Sie sagt, dass Aussagen über die Intensität eines Eingriffs und das Gewicht der hinter ihm stehenden Gründen einer rationalen Begründung fähig sind. Man könnte nun meinen, dass man dann, wenn es letztthin auf das Gewicht der Argumente ankommt, auf die Mathematik der Gewichtsformel verzichten könnte. Doch damit würde man auf die Ordnung der Argumente verzichten. Das wäre ein schwerer Rationalitätsverlust.

²³ Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 1), S. 493–521.

²⁴ R. Alexy, Proportionality and Rationality, in: V. C. Jackson/M. Tushnet (Hrsg.), Proportionality. New Frontiers, New Challenges, 2017, S. 13–29 (22); wieder abgedruckt in: *ders.*, Law’s Ideal Dimension (Fn. 5), S. 220–234 (228).

²⁵ Ebd.

Ich fasse zusammen. Die Verbindung der analytischen, der philosophischen und der methodologischen Weiterentwicklung meiner Theorie sind Schritte zur Erweiterung der Rationalität. Rationalität aber ist mein alle Aspekte umfassendes Ideal.

I. Diskurstheorie und Menschenrechte

Unbegründetes Begründen

Zur Relativität von Robert Alexys diskurstheoretischer Begründung der Menschenrechte

Carsten Bäcker

Robert Alexy begreift Menschenrechte nicht als völkerrechtliche Gewährleistungen, sondern als moralische Rechte.¹ Als moralische Rechte existieren Menschenrechte, mit Alexy, genau dann, wenn sie gelten, und sie gelten genau dann, wenn sie begründbar sind.² Eine überzeugende Begründung der Menschenrechte sei aber bislang, so Alexy, nicht gelungen.³ Er hat daher einen eigenen Ansatz zur Begründung der Menschenrechte – verstanden als fundamentale Rechte, die universelle Geltung beanspruchen und prioritär gegenüber allem positivem Recht seien⁴ – auf einer diskurstheoretischen Basis vorgeschlagen.⁵ Diese Begründung des Unbegründeten besteht in einem explikativ-existentialen Argument.⁶

¹ Vgl. R. Alexy, Menschenrechte ohne Metaphysik?, in: DZPhil 52 (2004), S. 15–24, 16: „Das bedeutet, dass ein Menschenrechtspakt ebenso wie ein Urteil eines Menschenrechtsgerichtshofs menschenrechtswidrig sein kann“.

² Vgl. ebd., S. 16: „Die Geltung der Menschenrechte ist ihre Existenz. Die Existenz der Menschenrechte besteht daher in ihrer Begründbarkeit und in sonst nichts“; s. a. R. Alexy, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: S. Gosepath/G. Lohmann (Hg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 244–264, 249; ders., Grund- und Menschenrechte, in: J.-R. Sieckmann (Hrsg.), Verfassung und Argumentation, 2005, S. 61–72, 66.

³ Vgl. Alexy, Metaphysik (Fn. 1), S. 16–19; er handelt hier konzis sechs verschiedene Begründungsansätze ab. – Eine frühere Auflistung weicht in manchem ab, vgl. ders., Diskurstheorie und Menschenrechte, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 127–164, 129: „So finden sich, um acht Beispiele anzuführen, Berufungen auf religiöse Offenbarungen, die Natur des Menschen, Evidenzen, die nicht zu bezweifeln sein sollen, große Traditionen, existentielle Entscheidungen, individuelle Interessen, kollektive Güter und weitreichende faktische Konsense“.

⁴ „Menschenrechte als universelle, moralische, fundamentale, vorrangige und abstrakte Rechte“, Alexy, Institutionalisierung (Fn. 2), S. 254. – S. a. ders., Metaphysik (Fn. 1), S. 16: „Menschenrechte sind (1) universelle, (2) fundamentale, (3) abstrakte, (4) moralische und (5) prioritäre Rechte“; ferner ders., Menschenrechte (Fn. 2), S. 64: „Sie sind (1) universelle, (2) moralische, (3) fundamentale, (4) vorrangige und (5) abstrakte Rechte“.

⁵ Grundlegend in Alexy, Diskurstheorie (Fn. 3), S. 129–163.

⁶ Vgl. Alexy, Metaphysik (Fn. 1), S. 19–21. – Das existentielle Argument wird vertieft in ders., Law, Morality, and the Existence of Human Rights, in: Ratio Juris 25 (2012), S. 2–14,

Das Argument umfaßt zwei Elemente. Die Menschenrechte seien, erstes Element, in ihren Kernbereichen normative Explikationen fundamentaler, diskurstheoretisch notwendiger Bedingungen des allgemeinen praktischen Diskurses.⁷ Sie werden gleichsam als handlungsleitende Reflexionen diskursiver Gelingensbedingungen rekonstruiert. Wer diese Gelingensbedingungen nicht akzeptiert, kann nicht am Diskurs teilnehmen; wer gleichwohl am Diskurs teilnimmt, würde sich in performative Widersprüche verstricken.⁸ Eine Teilnahme am Diskurs sei überdies nicht bloß instrumentell, also an den kontingenten Wunsch des Erreichens eines diskursiv richtigen Ergebnisses gerade in allgemeinen praktischen Fragen gebunden, sondern, zweites Element, existentiell mit der Natur des Menschen verwoben: Weil der Mensch ein diskursives Wesen sei, könne er sich weder allen Diskursen⁹ noch seinem eigenen Anspruch auf diskursive Richtigkeit¹⁰ in Diskursen vollständig entziehen.¹¹ Die Gelingensbedingungen der Diskurse als Unternehmungen freier und gleicher Argumentationspartner seien daher notwendig in der notwendigen Praxis des rationalen, d. h. diskursiven¹² Begründens anerkannt. Das Argument läßt sich in drei Implikationen rekonstruieren: Weil jeder Mensch ein diskursives Wesen sei, müsse jeder Mensch mit (potentiell) jedem anderen Diskurse führen, und weil Diskurse bestimmte Regeln voraussetzten, müsse jeder Mensch dabei diese Re-

11–13; s. a. *ders.*, *The Existence of Human Rights*, in: ARSP-Beiheft 136 (2013), S. 9–18, 15–18.

⁷ Vgl. *Alexy*, *Metaphysik* (Fn. 1), S. 20: Die diskursive „Praxis setzt notwendig Regeln voraus, die die Ideen der Freiheit und Gleichheit der Diskursteilnehmer als Diskursteilnehmer zum Ausdruck bringen“.

⁸ Vgl. *ebd.*, S. 20.

⁹ Vgl. *ebd.*, S. 21: „Der Mensch als, wie Brandom ihn nennt, ‚discursive creature[s]‘ müsste auf die Teilnahme an dem verzichten, was man als die allgemeinste Lebensform des Menschen bezeichnen kann“.

¹⁰ Zurückhaltender noch *Alexy*, *Diskurstheorie* (Fn. 3), S. 142f.: „Es ist sicher ein unbegründeter anthropologischer Optimismus, bei jedem Menschen mit einem Interesse an Richtigkeit zu rechnen oder dieses Interesse stets dann, wenn es vorhanden ist, als so stark einzustufen, daß es nicht durch gegenläufige Interessen daran gehindert werden kann, soziale Wirksamkeit zu entfalten. Umgekehrt ist es aber ein unbegründeter anthropologischer Pessimismus, bei niemandem oder bei allzu wenigen mit einem Interesse an Richtigkeit zu rechnen oder dieses Interesse dort, wo es vorhanden ist, als so schwach einzustufen, daß es keine soziale Wirksamkeit entfalten kann“.

¹¹ Andernfalls müsse sich der Mensch, so *Alexy*, gegen das entscheiden, was er ist, vgl., unter Hinweis auf Kierkegaard, *Alexy*, *Morality* (Fn. 6), S. 12. – *Alexy* scheint darin allerdings keine existentielle Unmöglichkeit zu sehen. Vielmehr sei diese existentielle Entscheidung notwendig als gefallen vorauszusetzen, und insofern unhintergebar: „Rather, the decision has the character of an endorsement of something that has been proven, by means of explication, to be a capability necessarily connected with human beings or, in other words, a necessary possibility“ (*ebd.*).

¹² Zum Verhältnis von Rationalität und Diskursivität vgl. *C. Bäcker*, Was bedeuten Begründungen für juristische Entscheidungen? Neun Thesen, in: *S. Kirste* (Hg.), *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften*, 2016, S. 231–251, 235 f.

geln beachten, und weil diese Regeln die Geltung der fundamentalen Menschenrechte der Diskurspartner implizierten, müßten diese fundamentalen Menschenrechte für jeden Menschen gelten.

Die folgenden Überlegungen hinterfragen, ob die von *Alexy* vorgeschlagene Begründung der Menschenrechte trägt.¹³ Dazu wird, im ersten Teil, die diskurstheoretische Basis des explikativ-existentiellen Arguments relativistisch unterspült (I.). Im zweiten Teil wird betrachtet, wie sich diese Schwächung des diskurstheoretischen Fundaments auf das Vorhaben der Begründung universeller Menschenrechte auswirkt (II.). Im dritten Teil zeigt sich, als Konsequenz der relativierten diskurstheoretischen Begründung der Menschenrechte, daß der Prioritätsanspruch der Menschenrechte gegenüber positivem Recht einzuschränken ist, woraus sich eine Rekalibrierung von *Alexys* nichtpositivistischem Rechtsbegriff ergibt (III.). Zum Abschluß wird herausgestellt, daß die Relativierung des Geltungsanspruchs der Menschenrechte als moralische Rechte im Zuge der Relativierung der Basis ihrer diskurstheoretischen Begründung nicht bedeutet, sie als politischen Leitstern positiven Rechts aufgeben zu müssen (IV.).

I. Die Relativität des diskurstheoretischen Fundaments

Vor der Relativierung des diskurstheoretischen Fundaments ist sich zunächst der wesentlichen Leitgedanken der *Alexyschen* Diskurstheorie zu versichern. Die Diskurstheorie versteht *Alexy* als prozedurale Theorie der Richtigkeit oder Wahrheit: „Diskurse sind Handlungszusammenhänge, in denen Aussagen auf ihre Wahrheit oder Richtigkeit hin überprüft werden“¹⁴ können. Je gelungener der Diskurs, desto höher der Grad der zu ermittelnden Wahrheit oder Richtigkeit. In einem idealen Diskurs könnten endgültig richtige oder wahre Antworten gefunden werden.¹⁵ Mit *Jürgen Habermas'* Konsensustheorie der Wahrheit, auf der *Alexys* Überlegungen fußen, wäre dieser ideale Diskurs der Diskurs, in dem sich wahre oder richtige Aussagen dadurch identifizieren ließen, daß ihnen alle Teilnehmer zustimmen könnten.¹⁶ Ideal wäre ein Diskurs, wenn er

¹³ Die Annahme, daß keine andere außer der diskurstheoretischen Begründung erfolgversprechend ist, ließe sich ebenso hinterfragen. Dabei ist es für das Gelingen des *Alexyschen* Projekts, die Begründung moralischer Menschenrechte, freilich nicht schädlich, wenn es andere Begründungen geben sollte. – In diesem Sinne auch *Alexy*, *Metaphysik* (Fn. 1), S. 21: „Jede Unterstützung durch Argumente der anderen Ansätze bleibt dabei willkommen“.

¹⁴ *R. Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 1983, S. 224.

¹⁵ Vgl. *Alexy*, *Diskurstheorie* (Fn. 3), S. 131: „Richtig und damit gültig sind genau die Normen, die in einem idealen Diskurs von jedem als richtig beurteilt werden würden“.

¹⁶ Vgl. *J. Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 138; zur Annäherung an *Habermas* und von dort weiter zu *Kant* vgl. *Alexy*, *Diskurstheorie* (Fn. 4), S. 131.

unter idealen Bedingungen stattfinden würde. Ideal wären die Bedingungen eines Diskurses dann, wenn für den Diskurs unbegrenzt viel Zeit bestünde und unbegrenzt viele Teilnehmer daran teilnehmen könnten. Auch müssten die Diskursteilnehmer selbst ideale Wesen sein; dafür müssten sie u. a. über den Gegenstand des Diskurses vollkommen empirisch informiert sowie vollkommen vorurteilsfrei und überdies vollkommen fähig und bereit zum Rollentausch sein.¹⁷ Es wäre ein Diskurs der Engel.

1. Vom idealen zum optimalen Diskurs

Es ist schnell erkennbar, daß ein idealer Diskurs unter den gegebenen Bedingungen, wie wir sie auf Erden vorfinden, nicht möglich ist. Nach *Alexy* hat „noch niemals ein Mensch an einem in allen Hinsichten idealen Diskurs“ teilgenommen, und es werde auch „niemals ein Sterblicher dies tun“.¹⁸ Dies ist noch untertrieben: Es hat noch niemals ein Mensch an einem auch nur in irgendeiner Hinsicht idealen Diskurs teilgenommen. Menschen sind keine idealen Wesen, sie sind keine Engel. Jeder menschliche Diskurs ist daher notwendig nicht-ideal. *Alexy* stellt dem unrealisierbaren idealen Diskurs deswegen den realen Diskurs gegenüber. Den realen Diskurs definiert er dadurch, daß in begrenzter Zeit mit einer begrenzten Zahl in jeder Hinsicht unvollkommener Teilnehmer ein Diskurs geführt wird. Reale Diskurse sind, mit *Alexy*, „in keiner Hinsicht ideale Diskurse“¹⁹. Gleichwohl sei der reale Diskurs nicht ein Aliud zum idealen Diskurs, sondern ein Minus: Der reale Diskurs sei dem idealen Diskurs seinem Wesen gemäß stets so weit wie möglich anzunähern, auch wenn er stets eine Untererfüllung seines regulativen Ideals, des idealen Diskurses, bleibe.²⁰ In der Alexyschen Diskurstheorie sind die Bedingungen des idealen Diskurses damit als normative Leitlinien zu verstehen, denen die Bedingungen des realen Diskurses soweit wie möglich zu genügen haben. Diese

¹⁷ Zur noch umfassenderen Definition des idealen Diskurses vgl. *R. Alexy*, Probleme der Diskurstheorie, in: *ZphF* 43 (1989), S. 81–93, 84: „Er ist dadurch definiert, daß unter den Bedingungen unbegrenzter Zeit, unbegrenzter Teilnehmerschaft und vollkommener Zwanglosigkeit im Wege der Herstellung vollkommener sprachlich-begrifflicher Klarheit, vollkommener empirischer Informiertheit, vollkommener Fähigkeit und Bereitschaft zum Rollentausch und vollkommener Vorurteilsfreiheit die Antwort auf eine praktische Frage gesucht wird“.

¹⁸ *R. Alexy*, Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, in: *ARSP* 95 (2009), S. 151–166, 157.

¹⁹ *R. Alexy*, Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems, in: *ders./R. Dreier/U. Neumann* (Hrsg.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, *ARSP Beiheft* 44 (1991), S. 30–44, 35.

²⁰ Vgl. *Alexy*, Hauptelemente (Fn. 18), S. 157: „Die Vorstellung des idealen Diskurses ist eine in realen Diskursen stets anwesende regulative Idee“.

Leitlinien können normtheoretisch als Diskursprinzipien im Sinne der Prinzipientheorie verstanden werden.²¹

Da der ideale Diskurs definitionsgemäß undurchführbar ist, kann er kein nützlich Instrument zur Feststellung von Wahrheit oder Richtigkeit von Aussagen sein. Dafür bleibt nur der reale Diskurs. Die Orientierung realer Diskurse über die Diskursprinzipien am idealen Diskurs als deren immanentes regulatives Ideal sei aber, so *Alexy*, ausreichend, um realen Diskursen die Potentialität der Wahrheitsfindung zuzuerkennen.²² Dies ist zu bezweifeln, denn es erscheint schon wenig sinnvoll, einen nicht durchführbaren idealen Diskurs als ein hypothetisches Kriterium der Möglichkeit der Feststellung von Wahrheit oder Richtigkeit aufrechtzuerhalten. Menschlichen Diskursteilnehmern ist der ideale Diskurs nicht zugänglich; ein hypothetischer Diskurs bleibt Fantasie. Vor allem aber sind die uns verbleibenden realen Diskurse nicht nur, als Untererfüllungen idealer Diskurse, sub-ideal. Sie sind nie-ideal, und daher ist es nicht einsichtig, wie sie an einer hypothetischen Wahrheitsfähigkeit eines idealen Diskurses partizipieren können sollen.

Das eindimensionale Modell des Diskurses nimmt diese Nie-Idealität des realen Diskurses zum Anlaß, die in *Alexys* zweidimensionalem Modell als Wahrheitsversprechen mitgeführte ideale Dimension aufzugeben. Es gibt keine ideale Diskursdimension, und es kann sie auch nicht geben.²³ Es gibt nur die reale Diskursdimension, und es kann auch nur sie geben. In der realen Diskursdimension finden tatsächliche Diskurse statt, die sich an tatsächlichen Diskursregeln orientieren. In tatsächlichen Diskursen sind die Bedingungen des Diskurses, wie die zur Verfügung stehende Zeit, die Teilnehmerzahl und die diskursive Qualität der Teilnehmer, nie ideal. Die Bedingungen können allerdings, im (realen) Idealfall, optimal sein, also so nah an den idealisierten Bedingungen eines hypothetischen idealen Diskurses, wie sie es relativ auf die davon abgeleiteten Diskursprinzipien und die tatsächlich gegebenen zeitlichen, räumlichen und personellen Umstände des Diskurses sein können. Zum Maßstab tatsächlicher Diskurse wird damit, im eindimensionalen Modell, der relativ auf die Diskursprinzipien und die gegebenen Diskursumstände optimale Diskurs.²⁴ Es gilt dabei nicht, den einen optimalen Diskurs zu identifizieren, der für jeden tatsächlichen Diskurs das Leitmotiv bildete, sondern den jeweils relativ auf einen bestimmten tatsächlichen Diskurs optimalen Diskurs.

Alexys Vorstellung eines idealen Diskurses und die ihn definierenden Bedingungen bilden gleichwohl, auch im eindimensionalen Modell, den Maßstab

²¹ Vgl. C. Bäcker, *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*, 2. Aufl. 2012, S. 146–148.

²² Vgl. *Alexy*, *Probleme* (Fn. 17), S. 93.

²³ Eingehende Abgrenzung von *Alexys* zweidimensionalem Modell zu dem eindimensionalen Modell in *Bäcker*, *Begründen* (Fn. 21), S. 116–174.

²⁴ Vgl. *Bäcker*, *Begründen* (Fn. 21), S. 127 f.

aller tatsächlichen Diskurse, weil sich die optimalen Diskurse über die Diskursprinzipien am Leitbild des idealen Diskurses orientieren. Der ideale Diskurs wird im eindimensionalen Modell aber als ein (historisch und kulturell) bloß kontingentes Diskursideal, als Idee im Sinne einer Vorstellung von den Bedingungen eines perfekten, notwendig hypothetischen Diskurses verweltlicht.²⁵ Der ideale Diskurs als Maßstab optimaler Diskurse ist damit relativ und diesseitig, nicht erst der optimale Diskurs als Ergebnis der Optimierung des realen Diskurses relativ auf die gegebenen Möglichkeiten. Der optimale Diskurs ersetzt im eindimensionalen Modell daher nicht einfach den idealen Diskurs des zweidimensionalen Modells, er kommt vielmehr als Zwischenform dazu. Die Optimalität tatsächlicher Diskurse ist dabei, im Gegensatz zur Idealität des realen Diskurses im zweidimensionalen Modell, nicht per se unmöglich.

Gleichwohl werden tatsächliche Diskurse kaum einmal optimal sein. Die tatsächlichen Umstände von Diskursen kennzeichnet, stets in unterschiedlichem Maße, die notwendig begrenzte Zeit, die notwendig begrenzte Teilnehmerzahl und die notwendig weit von Idealität entfernten Eigenschaften der Diskursteilnehmer. Einen tatsächlichen Diskurs unter komplexen Bedingungen zu optimieren würde bedeuten, ihn zunächst sehr lange nicht führen zu können. Wer Antworten sucht und dazu Diskurse führen muß, der muß mit sub-optimalen Diskursen auskommen. Tatsächliche Diskurse sind daher nahezu immer, nicht aber notwendig, sub-optimale Diskurse. Aus diesem Grund können die Ergebnisse tatsächlicher Diskurse nur einen noch weiter eingeschränkten Richtigkeitsanspruch erheben, als es optimale Diskurse erlauben würden.

Alexy gesteht freilich ebenso zu, daß tatsächlich durchgeführte, reale Diskurse nur einen relativen Begriff der Richtigkeit erlauben.²⁶ Damit erkennt er naturgemäß nicht etwa die Suboptimalität tatsächlicher Diskurse im Sinne des eindimensionalen Modells an; vielmehr betont er die Nichtidealität realer Diskurse und die Relativität der Diskursergebnisse auf den nicht-idealen Diskurs im Sinne des zweidimensionalen Modells. Diese Relativität der Richtigkeit realer Diskursergebnisse, einschließlich deren entsprechend abgeschwächter Wahrheits- oder Richtigkeitsansprüche, wird jedoch in späteren Arbeiten zunehmend weniger betont. Sie wird hinter der von ihm anfangs noch als flüchtig²⁷ bezeichneten absoluten Richtigkeit als regulativer Idee realer Diskurse gleichsam verborgen:²⁸ „Der Diskurstheorie liegt damit eine *absolute* [...] Kon-

²⁵ Vgl. ebd., S. 131.

²⁶ Alexy, Probleme (Fn. 17), S. 92 f.

²⁷ Vgl. ebd., S. 93: „Der Begriff der Richtigkeit verflüchtigt sich [...] zu einer regulativen Idee“.

²⁸ Vgl. R. Alexy, Nachwort. Antwort auf einige Kritiker, in: ders., Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991, S. 399–435, 414; s. a. ders., Hauptprobleme (Fn. 18), S. 157.

zeption der Richtigkeit zugrunde“²⁹. Es bleibt dabei rätselhaft, wie die notwendig bloß relativen Richtigkeiten realer Diskursergebnisse an dieser absoluten Konzeption der Richtigkeit partizipieren können sollen.³⁰ Das Streben nach der unerreichbaren Idealität des idealen Diskurses allein kann den Ergebnissen realer Diskurse und ihrer notwendig relativen Richtigkeit jedenfalls nicht einmal einen Hauch von Absolutheit verleihen. Relatives bleibt relativ, auch wenn es nach Absolutheit strebt.

2. Vom universellen zum relativen Vernunftkern

Von größerer Bedeutung für die hier unternommene Kritik an *Alexys* diskurs-theoretischer Begründung der Menschenrechte ist allerdings nicht dieses Verbergen der Relativität des Relativen, sondern die Annahme des vermeintlich Absoluten als absolut. *Alexy* geht in seiner Begründung der Menschenrechte davon aus, daß die Geltung der grundlegenden Diskursregeln, die den allgemeinen praktischen Diskurs konstituieren, als unbedingt notwendig oder universell erwiesen ist. Als grundlegende Diskursregeln versteht *Alexy* v. a. diejenigen, die er als „Vernunftregeln“³¹ bezeichnet hat. Aus diesen Vernunftregeln und ihrer universellen Geltung leitet er in seinen menschenrechtstheoretischen Schriften die ebenso universelle Geltung der Menschenrechte ab.³² Es handelt sich dabei um die folgenden Regeln:³³

- (2) Jeder Sprecher muß das, was er behauptet, auf Verlangen begründen, es sei denn, er kann Gründe anführen, die es rechtfertigen, eine Begründung zu verweigern.
- (2.1) Jeder, der sprechen kann, darf an Diskursen teilnehmen.
- (2.2.a) Jeder darf jede Behauptung problematisieren.
- (2.2.b) Jeder darf jede Behauptung in den Diskurs einführen.
- (2.2.c) Jeder darf seine Einstellungen, Wünsche und Bedürfnisse äußern.

²⁹ *Alexy*, Nachwort (Fn. 28), S. 414; Hervorhebung beibehalten.

³⁰ Auch *R. Hartwig*, Die Institutionalisierung des Nichtinstitutionellen. *Alexys* diskurs-theoretische Konzeption der praktischen Vernunft als Grundlage der Theorie des Rechts und des Staates, 2020, S. 272 f., bringt wenig Licht in das Dunkel, wenn er ausführt, daß die „Dialektik des idealen und des realen Diskurses [zu] einem kontext-transzendierenden Charakter des Anspruchs auf Richtigkeit“ führe.

³¹ Vgl. *Alexy*, Argumentation (Fn. 14), S. 238 ff.

³² Grundlegend *Alexy*, Diskurstheorie (Fn. 3), S. 130 f.; wieder aufgreifend in *ders.*, Metaphysik (Fn. 1), S. 20; *ders.*, Hauptelemente (Fn. 18), S. 155 f.; *ders.*, Morality (Fn. 6), S. 11; *ders.*, Existence (Fn. 6), S. 15 f.

³³ Vgl. *Alexy*, Argumentation (Fn. 14), S. 238 ff. – Die Numerierung entspricht dem Original. Die Regeln der höherrangigen Kategorie (1) sind Regeln der Widerspruchsfreiheit (etwa: „Kein Sprecher darf sich widersprechen“), mithin formale Regeln, die nicht zur Ableitung materialer Menschenrechte taugen. Für eine Übersicht dieser sog. „Grundregeln“ vgl. ebd., S. 361.

(2.3) Kein Sprecher darf durch innerhalb oder außerhalb des Diskurses herrschenden Zwang daran gehindert werden, seine in (2.1) und (2.2) festgelegten Rechte wahrzunehmen.

Es ist schnell zu erkennen, daß diese grundlegenden Diskursregeln fundamentale Gleichheits- und Freiheitssätze postulieren, die nicht nur formalen oder prozeduralen, sondern wesentlich materialen Charakter haben.³⁴ Es ist von ihnen aus inhaltlich nicht mehr sehr weit bis zur Begründung fundamentaler Menschenrechte – wobei eine Herausforderung bleibt, ihre Geltung außerhalb des Diskurses zu begründen, also im Bereich des Verhaltens anderen Menschen gegenüber jenseits der argumentativen Rede.³⁵ Alexys Begründung dieser fundamentalen Diskursregeln hat in seinem diskurstheoretischen Basiswerk, der „Theorie der juristischen Argumentation“, noch eher sammelnden und rekonstruktiven Charakter,³⁶ was sich aus der Zielsetzung dieser Arbeit erklärt. In späteren Arbeiten, in denen Alexy aus den Vernunftregeln Menschenrechte ableiten will, legt er jedoch eine vertiefte Begründung vor.³⁷ Diese Begründung besteht im Kern aus einer transzendentalpragmatischen Argumentation, die um ein utilitaristisch-empirisches Argument bereichert wird.³⁸

Diese Begründung der grundlegenden Diskursregeln ist vielfach kritisiert worden.³⁹ Die Kritik, die hier im Einzelnen nicht gewürdigt werden kann,⁴⁰

³⁴ Vgl. Alexy, Diskurstheorie (Fn. 3), S. 132: „Die Idee des Diskurses ist keine neutrale Idee. Sie schließt die Universalität und die Autonomie der Argumentation sowie eine hierauf beruhende Konzeption der Unparteilichkeit ein. Die Idee des Diskurses ist damit eine wesentlich liberale Idee“.

³⁵ Dazu ebd., S. 141 ff.; s. a. Hartwig, Institutionalisierung (Fn. 30), S. 225–229.

³⁶ Sie erschöpft sich weitgehend in einem Hinweis auf eine regelförmige Abbildung der Habermas’schen idealen Sprechsituation, vgl. Alexy, Argumentation (Fn. 14), S. 239.

³⁷ Insb. Alexy, Nachwort (Fn. 28), S. 417–426; ders., Diskurstheorie (Fn. 3), S. 132 ff.

³⁸ Zusammenstellung des Arguments in Bäcker, Begründen (Fn. 21), S. 49–52.

³⁹ Vgl. nur E. Hilgendorf, Zur transzendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln, in: Rechtstheorie 26 (1995), S. 183–200; P. Gril, Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie. Eine Untersuchung zu Jürgen Habermas und Robert Alexy, 1998; S. Wesche, Robert Alexys diskurstheoretische Menschenrechtsbegründung, in: Rechtstheorie 30 (1999), S. 79–93; K.-E. Hain, Diskurstheorie und Menschenrechte. Eine kritische Bestandsaufnahme, in: Der Staat 40 (2001), S. 193–219; A. Engländer, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, 2002.

⁴⁰ Nachweise und Würdigung bei Bäcker, Begründen (Fn. 21), S. 53–113. – Zur weiteren Entwicklung der Debatte und einer Verteidigung von Alexys Begründung, auch gegen meine Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie, vgl. Hartwig, Institutionalisierung (Fn. 30), S. 229–281. Gegenüberstellungen von Alexys Ansatz und meinen Rekonstruktionsvorschlägen finden sich ferner bei J. Hennig, Mediation als rationaler Diskurs. Überpositive Legitimation der Mediation und Vergleich zum Gerichtsprozess am Maßstab der Alexyschen Diskurstheorie, 2014, S. 159–184, und P. Siedenburg, Die kommunikative Kraft der richterlichen Begründung. Zur Argumentationsfigur der einzig richtigen Entscheidung, 2016, S. 37–98, der seine Konzeption des richterlichen Richtigkeitsanspruchs allerdings letztlich an Überlegungen von Ulfrid Neumann orientiert; vgl. zu Siedenburgs Ansatz C. Bäcker, Anspruch und Wirk-

führt zu dem Ergebnis, daß *Alexys* Begründungsprogramm dem eigenen Anspruch nicht vollumfänglich gerecht wird. Seine Begründung scheitert zwar nicht, sie ist aber zu relativieren.⁴¹ In ihrer relativierten Form erweist sie eine Notwendigkeit des (zumindest objektiven) Erhebens der Ansprüche auf Gleichberechtigung, Zwanglosigkeit und Universalität im Diskurs, wie sie in den Vernunftregeln zum Ausdruck gelangen. Diese Notwendigkeit gilt aber nicht absolut; sie bleibt vielmehr relativ auf unsere Sprachpraxis und unsere Erkenntnis über sie.⁴² *Alexys* Vernunftregeln sind insofern nicht letztbegründet; sie können *Hans Alberts* Münchhausen-Trilemma⁴³ nicht überwinden.⁴⁴ Sie bilden aber einen überzeugenden Ausgangspunkt einer Erkenntnistheorie, der als *jetztbegründet* qualifiziert werden kann.⁴⁵ Die Vernunftregeln lassen sich insofern als diskurstheoretische Basissätze verstehen⁴⁶ – mithin als vorläufig anerkannte und anzuerkennende Sätze, die einen Erkenntnisfortschritt erst ermöglichen, und dabei doch stets reversibel bleiben müssen.

In diesem Sinne sind die fundamentalen Diskursregeln, auf die *Alexy* sein explikatives Argument zur Begründung der Menschenrechte stützt, nicht als absolut, sondern als kulturell-historisch bloß kontingent und sohin relativ anzusehen – womit sie ihren universellen Anspruch einbüßen. Diese Relativierung kann nicht ohne Auswirkungen auf sein Unternehmen der diskurstheoretischen Begründung universeller Menschenrechte bleiben, die hier im Vordergrund stehen und sogleich näher betrachtet werden sollen (II.). Da es sich bei der diskurstheoretischen Grundierung jedoch nicht nur um das Fundament der Menschenrechtsbegründung *Alexys* handelt, sondern um den erkenntnistheoretischen und moralphilosophischen Boden seiner gesamten Theorie, metastasiert diese Relativität in weitere wesentliche Bauteile seines gesamten rechtsphilosophischen Theoriegebäudes hinein. Dies wird für den nichtpositivistischen Rechtsbegriff wie für die These der Doppelnatur des Rechts und der Grundrechte noch zu betrachten sein (III.), da beides mit dem Verständnis von Menschenrechten eng verknüpft ist. Die Entidealisierung der

lichkeit des richterlichen Entscheidens. Ulfrid Neumann und die Illusion der einzig richtigen Antwort, in: F. Saliger et al. (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht. FS Neumann, 2017, S. 43–54. Die jüngeren Entwicklungen in der Diskurstheorie des Rechts greift bündelnd auf *L. Scharpf*, Umweltgerechtigkeit durch Planfeststellungsverfahren, 2021, S. 263–353.

⁴¹ Zusammenstellung der auf der Grundlage der Kritik rekonstruierten Begründung *Alexys* in *Bäcker*, Entscheiden (Fn. 21), S. 114 f.

⁴² Vgl. ebd., S. 113.

⁴³ Vgl. *H. Albert*, Traktat über kritische Vernunft, S. 15.

⁴⁴ Näher *Bäcker*, Begründen (Fn. 21), S. 175 ff.; mit der These, das eindimensionale Modell erlaube es der Diskurstheorie, das Münchhausen-Trilemma zu durchbrechen.

⁴⁵ Vgl. *A. Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht, 2000, S. 264; daran anknüpfend *Bäcker*, Begründen (Fn. 21), S. 179, 185 f.

⁴⁶ Vgl. *Bäcker*, Begründen (Fn. 21), S. 179 f., dort Fn. 637.

Diskurstheorie und die Relativierung ihres Richtigkeitsanspruchs betrifft daneben auch fundamentale Annahmen der Prinzipientheorie, wie etwa die Unterscheidung von idealem und realem Sollen⁴⁷ oder das Problem der Rationalität von Abwägungsentscheidungen⁴⁸. Hier muß es genügen, auf diese Auswirkungen hingewiesen zu haben.

⁴⁷ Dazu grundlegend R. Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: *Rechtstheorie Beiheft 1* (1979), S. 59–87 (81): „Ein ideales Sollen ist jedes Sollen, das nicht voraussetzt, daß das, was gesollt ist, in vollem Umfang tatsächlich und rechtlich möglich ist, das dafür aber möglichst weitgehende oder approximative Erfüllung verlangt. Demgegenüber kann der Gebotscharakter von Vorschriften, die nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können, als ‚reales Sollen‘ gekennzeichnet werden“; wieder aufgegriffen in *ders.*, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 120: „In der geräumigen Welt der Prinzipien ist für vieles Platz. Sie kann als eine Welt des idealen Sollens bezeichnet werden. Zu Kollisionen oder [...] zu Spannungen, Konflikten und Antinomien kommt es, wenn der Schritt von der geräumigen Welt des idealen in die enge Welt des definitiven oder realen Sollens vollzogen werden soll“. Nach Zweifeln an der Unterscheidbarkeit von Optimierungsgeboten und Regeln anders *ders.*, *Ideales Sollen*, in: L. Clérico/J.-R. Sieckmann (Hrsg.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, 2009, S. 21–38 (22): „Ich habe versucht, das Problem durch die Unterscheidung zwischen zu optimierenden Geboten und Geboten zu optimieren zu lösen. Die Optimierungsgebote als Gebote zu optimieren drücken ein definitives und in diesem Sinne reales Sollen aus. Demgegenüber enthalten die Prinzipien als zu optimierende Gebote nur ein ideales oder Prima-facie-Sollen“. – Die Unterscheidung von realem und idealem Sollen erinnert nicht nur begrifflich an den idealen und den realen Diskurs. Denn Alexy verknüpft den Begriff der Existenz eines Sollens (im starken Sinne) mit dem der Begründbarkeit, vgl. *Alexy*, *Ideales Sollen*, S. 24. Die Begründung erfolgt qua Diskurs. Mir scheint dabei folgender Zusammenhang naheliegend: Begründbar und mithin existent wäre ein ideales Sollen genau dann, wenn es das Ergebnis eines idealen Diskurses sein könnte; begründbar ist ein reales Sollen genau dann, wenn es das Ergebnis eines realen Diskurses sein kann. Wenn dies zutrifft – und es keinen idealen Diskurs gibt und geben kann, weswegen es auch keine Ergebnisse dieser Diskurse geben kann –, kann es kein ideales Sollen geben, sondern nur reales. Prinzipien wären dann als reales Sollen, also bloß als Optimierungsgebote in Alexys jüngerer Unterscheidung, zu begreifen, womit die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien im Ergebnis wieder der älteren Unterscheidung entspricht. Damit entfällt aber nicht, entgegen der jüngeren Befürchtungen von Alexy, die Unterscheidbarkeit von Regeln und Prinzipien (als Optimierungsgeboten); sie bleibt vielmehr anhand der Defeasibility normtheoretisch möglich, vgl. C. Bäcker, *Regeln, Prinzipien und Defeasibility*, RPhZ 2022, S. 81–95 (90).

⁴⁸ Zur Frage der Rationalität der Abwägung, die im Zentrum der Prinzipientheorie steht und mit der Gewichtsformel formalisiert wurde, vgl. insb. R. Alexy, *Die Gewichtsformel*, in: J. Jickeli/P. Kreutz/D. Reuter, *GS Sonnenschein*, 2003, S. 771–792 (790). Mit dieser (nicht unumstrittenen) Formel sind die Faktoren der Abwägung (Eingriffsintensität, abstraktes Gewicht, Sicherheit) und deren Relation beschrieben, nicht aber deren Werte bemessen. Von entscheidender Bedeutung für die Rationalität einer Abwägung ist jedoch gerade die Rationalität der Begründung der in die Abwägung eingestellten Bewertungen der Abwägungsfaktoren. Die Rationalität dieser Ponderationen bemißt sich, so Alexy, wiederum im Diskurs: „Die den Urteilen über die Eingriffsintensität und den Wichtigkeitsgrad zugrundeliegenden Annahmen sind nicht willkürlich. Es werden Gründe für sie angeführt, die sich hören lassen“ (776). Diese Rationalität von Gewichtungen durch angeführte Gründe (und Gegengründe) kann die im Diskurs überhaupt nur erreichbare Rationalität naturgemäß nicht übersteigen. Auch hier hätte eine Relativierung des Rationalitätsanspruchs der Diskurstheorie unmittel-

II. Die Relativität der diskurstheoretischen Begründung der Menschenrechte

Eine diskurstheoretische Begründung der Menschenrechte steht, wie *Alexy* formuliert, vor zwei Aufgaben: „Sie muß auf einer ersten Stufe die Regeln des praktischen Diskurses begründen, um dann in einem zweiten Schritt auf dieser Basis die Menschenrechte zu rechtfertigen“⁴⁹. Mit den Regeln des praktischen Diskurses, die hier angesprochen sind, bezeichnet *Alexy* im Kern die o.g. Vernunftregeln.⁵⁰ Hervorgehoben sei, was sich aus diesem Zitat wie von selbst ergibt: Die Rechtfertigung der Menschenrechte kann nicht stärker sein als ihre Basis – die Begründung der Vernunftregeln. Wenn deren Begründung als relativ angesehen werden muß, muß das auch für die Rechtfertigung der Menschenrechte durchgreifen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Menschenrechte *unmittelbar* aus der Diskurstheorie und ihren Grundregeln abgeleitet werden sollen.⁵¹

Alexy schlägt jedoch noch in anderer Weise den Bogen von den Menschenrechten zur Diskurstheorie. Weil Menschenrechte originär moralische Rechte seien, würden sie, wie eingangs beschrieben, nur existieren, wenn sie moralisch gelten.⁵² Und: „Eine Norm gilt moralisch, wenn sie gegenüber jedem, der sich auf eine rationale Begründung einläßt, gerechtfertigt werden kann“⁵³. Hier scheint *Alexy* von einer unmittelbaren auf eine mittelbare diskurstheoretische Begründung umzuschwenken. Mittelbar diskurstheoretisch ist eine Begrün-

bare Konsequenzen, wenn die Abwägungsgewichtungen stets und bestenfalls nur relativ richtig sein können. Diese Relativierung könnte den Kritikern der Abwägung Auftrieb geben, die ein Überhandnehmen der Abwägung im Recht beklagen (vgl. nur *Joachim Rückert*, Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel, JZ 2011, S. 913–923); wobei von den Kritikern der Prinzipientheorie erst noch zu zeigen wäre, daß die Rationalität von ebenfalls diskursiv und durch (politische) Abwägungen begründeten sowie defeasiblen Regeln und die ihrer Anwendung qua Subsumtion im Einzelfall der einer unvermittelten Prinzipienabwägung durch den dazu kompetenten Rechtsanwender strukturell überlegen wäre. Letztlich geht es in beiden Fällen, der Anwendung von Prinzipien oder von Regeln, um die Frage der Zuweisung bzw. der Grenzen von Abwägungs- oder Interpretations- als Entscheidungskompetenzen. Dies hat *Alexy*, Theorie (Fn. 47), S. 521, in der Sache schon früh hervorgehoben: „Es gilt ganz allgemein, daß praktische Vernunft erst im Rahmen eines Rechtssystems, das Argumentation und Entscheidung verbindet, zur Realisierung gelangen kann“.

⁴⁹ *Alexy*, Diskurstheorie (Fn. 3), S. 129.

⁵⁰ Vgl. ebd., S. 130; hier bezeichnet als die „wichtigsten“ der „spezifischen Diskursregeln“.

⁵¹ Vgl. ebd., S. 146 f.: Eine unmittelbare Begründung von Rechten liege vor, wenn „bestimmte Rechte [...] allein aufgrund der Diskurstheorie gelten. [...] Hier sollen nur Rechte interessieren, die sich unmittelbar diskurstheoretisch begründen lassen, also nur im engeren Sinne diskursiv notwendige Rechte“.

⁵² Vgl. *Alexy*, Institutionalisierung (Fn. 2), S. 249.

⁵³ Ebd., S. 249; mit unspezifischem Verweis auf *Alexy*, Diskurstheorie (Fn. 3), S. 127 ff.

dung, wenn sie durch einen Diskurs erfolgt, genauer: „wenn die Entscheidung über die Menschenrechte einem tatsächlich stattfindenden politischen Prozeß überlassen wird, der aber bestimmten diskurstheoretisch begründeten Anforderungen genügen muß“⁵⁴.

In diesem Zusammenhang versteht *Alexy* die Menschenrechte jedoch nicht etwa nur als diskursiv mögliche und sohin kontingente Ergebnisse politischer Diskurse, die sich für oder gegen Menschenrechte aussprechen könnten, sondern als deren diskursiv notwendige Ergebnisse.⁵⁵ Sein Argument besteht darin, daß eine Negation der fundamentalen Menschenrechte als Ergebnis eines tatsächlich stattfindenden politischen Prozesses bedeutete, im Ergebnis des Diskurses gegen die konstitutiven Grundregeln des Diskurses, die Vernunftregeln, zu verstoßen. Das aber sei diskursiv unmöglich, weil notwendig performativ widersprüchlich.⁵⁶ An dieser Stelle mündet die mittelbare in die unmittelbare diskurstheoretische Begründung. Auch bei der vermeintlich mittelbaren Begründung geht es *Alexy* daher nicht, wie es etwa in *Gustav Radbruchs* berühmten Verweis auf „die Arbeit der Jahrhunderte“⁵⁷ anklingt, um tatsächliche Ergebnisse vergangener politischer Diskurse, wie sie sich im Verlauf der Jahrhunderte in politischen Diskursen durchgesetzt haben mögen, sondern um die apriorische Unmöglichkeit menschenrechtsnegierender Diskursergebnisse durch deren Widerspruch zu den fundamentalen, jedem allgemeinen praktischen Diskurs notwendig vorausgehenden Diskursregeln.

Beide Begründungsweisen führen, wenn auch auf leicht unterschiedlichen Wegen, zu einer diskursiven Notwendigkeit der Menschenrechte aufgrund der universellen Geltung der Vernunftregeln. Wenn diese Vernunftregeln aber, im Sinne der relativierten Lesart der Diskurstheorie, nur diskurstheoretische Baisätze sind, die hintergebar bleiben müssen, dann muß es auch möglich sein, im Diskurs ihre Geltung zu hinterfragen. Dazu wird es erforderlich sein, aus einem allgemeinen praktischen Diskurs über Menschenrechte in einen Metadiskurs über Diskursregeln zu wechseln. In einem diskurstheoretischen Diskurs über die Diskursregeln⁵⁸ ist es nicht diskursiv unmöglich, daß die Ver-

⁵⁴ *Alexy*, Diskurstheorie (Fn. 3), S. 146.

⁵⁵ Zu den diskursiven Modalitäten der Möglichkeit, der Unmöglichkeit und der Notwendigkeit (sowie deren immanente Relativität auf den zugrundeliegenden Diskurs) vgl. *Bäcker*, Begründen (Fn. 21), S. 223 f.

⁵⁶ Zum Argument des performativen Widerspruchs vgl. *Alexy*, Diskurstheorie (Fn. 3), S. 135 ff.; krit. *Bäcker*, Begründen (Fn. 21), S. 64–74.

⁵⁷ *G. Radbruch*, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, in: Rhein-Neckar-Zeitung v. 12. September 1945, S. 3; wieder abgedruckt in: A. Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Bd. 3: Rechtsphilosophie III, bearb. v. W. Hassemer, 1990, S. 78 f.

⁵⁸ Dies gesteht *Alexy*, Argumentation (Fn. 14), S. 255, im Grundsatz auch selbst zu; vgl. die sog. Übergangsregel 6.3: „Es ist jederzeit jedem Sprecher möglich, in einen diskurstheoretischen Diskurs überzugehen“. Die grundstürzende Konsequenz dieser Relativierung der Gel-

nunftregeln als fehlerhaft erkannt werden. Wenn dieses Ergebnis eines diskurstheoretischen Diskurses möglich ist, schlägt die oben geschilderte Relativität der Geltung der Vernunftregeln auf *Alexys* diskurstheoretische Menschenrechtsbegründung durch: Solange die Vernunftregeln, als diskurstheoretische Basissätze, im diskurstheoretischen Diskurs hinterfragbar und abänderbar bleiben, kann ihre Negation im allgemeinen praktischen Diskurs nicht schlechterdings diskursiv unmöglich sein.⁵⁹ Vielmehr kann ihre Negation nur relativ auf die relative Geltung der Vernunftregeln diskursiv unmöglich sein.

Hinzu kommt, daß die Feststellung einer diskursiven Unmöglichkeit oder Notwendigkeit von Diskursergebnissen in tatsächlichen Diskursen, wie oben gezeigt, immer relativ auf den tatsächlich geführten Diskurs und dessen auf das relative Diskursideal hin regelmäßig suboptimale Bedingungen bleibt. Mit anderen Worten: Die diskurstheoretisch zu erweisende Geltung der Menschenrechte bleibt historisch und kulturell zumindest ebenso kontingent, wie die Vernunftregeln als historisch und kulturell kontingente Ergebnisse eines tatsächlichen diskurstheoretischen Diskurses anzusehen sind. Eine universelle Geltung der Menschenrechte bzw. eine Geltung universeller Menschenrechte zu allen Zeiten und in allen Welten läßt sich auf dieser Basis diskurstheoretisch nicht begründen. Vielmehr entzieht die diskurstheoretische Relativität den diskurstheoretisch begründeten Menschenrechten ihren Anspruch auf Universalität.

III. Die Relativität der Menschenrechte und *Alexys* Nichtpositivismus

Während *Alexy* in früheren Arbeiten noch betont, daß Menschenrechte zu ihrer Realisierung der Form nach positivrechtlich zu garantieren sind – und daher auch einen demokratischen Verfassungsstaat fordern, in den sie als Grundrechte zu transformieren sind⁶⁰ –, geht es ihm im Zuge der Herausbil-

tung aller Diskursregeln und der diskursiven Unmöglichkeit eines ihnen widersprechenden Ergebnisses wird in seinen späteren Schriften nicht mehr aufgegriffen.

⁵⁹ Gänzlich anders ist es, wenn Grundrechte, als transformierte Menschenrechte, verfassungsrechtlich dem einfachen parlamentarischen Prozeß entzogen werden. Dies betont *Alexy*, Theorie (Fn. 47), S. 407: „Grundrechte des Grundgesetzes sind Positionen, die vom Standpunkt des Verfassungsrechts aus so wichtig sind, daß ihre Gewährung oder Nichtgewährung nicht der einfachen parlamentarischen Mehrheit überlassen werden kann“.

⁶⁰ Vgl. *Alexy*, Diskurstheorie (Fn. 3), S. 144: „Ihre volle Kraft können Menschenrechte nur dann entfalten, wenn sie durch Normen positiven Rechts garantiert, also in positives Recht transformiert werden. Das ist z. B. dann der Fall, wenn sie als bindendes Recht in den Grundrechtskatalog einer Verfassung aufgenommen werden“. Eingehend *Alexy*, Institutionalisierung (Fn. 2), S. 244: „Meine These lautet, daß die beste Konzeption der Menschenrechte auf nationaler Ebene am besten im demokratischen Verfassungsstaat realisiert werden kann“.

dung seines nichtpositivistischen Rechtsverständnisses verstärkt um die Bedeutung moralischer Menschenrechte als solcher im Recht.⁶¹ Er erkennt den originär moralischen Menschenrechten den Charakter überpositiven Rechts zu. Als überpositives Recht beanspruchen sie auch jenseits ihrer Transformation in Grundrechte eine *rechtliche* Geltung über das positive Recht hinaus; auch des positiven Rechts eines demokratischen Verfassungsstaates. Sie seien allem positiven Recht gegenüber prioritär.⁶²

Das Merkmal der Priorität der Menschenrechte erweist sich damit als Scharnier der diskurstheoretisch grundierten Menschenrechtstheorie für den nicht-positivistischen Rechtsbegriff.⁶³ *Alexy* unterscheidet allerdings einen schwachen und einen starken Prioritätszusammenhang: Nach dem schwachen sei „die Beachtung der Menschenrechte [lediglich] eine notwendige Bedingung der Legitimität des positiven Rechts“⁶⁴. Nach dem starken Prioritätszusammenhang lasse „die Verletzung eines Menschenrechts den Rechtscharakter und damit auch die Rechtsgeltung entfallen“⁶⁵. Mit dem starken Prioritätszusammenhang ist die einen natur- oder vernunftrechtlichen Rechtsnichtpositivismus kennzeichnende Verbindungsthese⁶⁶ menschenrechtlich reformuliert. Es wird zu zeigen sein, daß nur der schwache Prioritätszusammenhang mit der relativierten diskurstheoretischen Basis vereinbar ist.

Ein Konflikt zwischen positivem Recht und moralischen Menschenrechten kann nur dann auftreten, soweit letztere nicht erfolgreich in positives Recht, etwa in Gestalt von verfassungsrechtlichen Grundrechten, transformiert worden sind⁶⁷ – oder aber die in Grundrechte transformierten Menschenrechte im Rechtssystem keine hinreichende Beachtung finden. In diesen Fällen fehlt den moralischen Menschenrechten notwendig der (hinreichende) Geltungsgrund positiven Rechts, nämlich die Setzung und/oder die Wirksamkeit; also, im

⁶¹ Vgl. *Alexy*, *Institutionalisierung* (Fn. 2), S. 249: „Die zweite für Menschenrechte essentielle Eigenschaft ist, daß es bei ihnen um moralische Rechte geht“.

⁶² Vgl. ebd., S. 252 f.

⁶³ Vgl. ebd., S. 253, mit dem Hinweis auf die starke Priorität als Zentrum des Positivismusproblems: „Bei ihr läßt die Verletzung eines Menschenrechts den Rechtscharakter und damit auch die Rechtsgeltung des entgegenstehenden positiven Rechts entfallen. Ob eine solche starke Priorität anzunehmen ist, bildet den Kern des Streits um den Rechtspositivismus“ (253).

⁶⁴ Ebd., S. 252.

⁶⁵ Ebd., S. 253.

⁶⁶ Vgl. *R. Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 39 ff.; *ders.*, *Morality* (Fn. 6), S. 3.

⁶⁷ Zum Gebot der Transformation der Menschenrechte vgl. *Alexy*, *Diskurstheorie* (Fn. 3), S. 144 ff.; *ders.*, *Institutionalisierung* (Fn. 2), S. 254 ff.; *ders.*, *Grundrechte*, in: H. J. Sandkühler (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie*, Bd. 1, 1999, S. 525–529, 526; *ders.*, *Menschenrechte* (Fn. 2), S. 68. – Aus dem Gebot der Transformation wird später, eher deskriptiv, die begriffliche Eigenschaft der Grundrechte, mit dem Anspruch gesetzt worden zu sein, Menschenrechte zu institutionalisieren; vgl. etwa *ders.*, *Hauptelemente* (Fn. 18), S. 161.