

## REZENSIONEN

*Ralf Dreier, Die Mitte zwischen Holz und Theologie. Eine Art Bilanz, zusammengestellt und herausgegeben von Horst Meier, Baden-Baden (Nomos) 2019, 103 S., 24 €*

Dies ist keine Rezension, eher eine Anzeige, vielleicht ein Nachruf. Im Buch finden wir eine Collage aus drei autobiographischen Texten von Ralf Dreier (10. Oktober 1931 – 7. Januar 2018) aus den Jahren 1993 („Zwischenbilanz“) – 2005 („Eine Art Bilanz“, eine revidierte Fassung des Textes von 1993) – 2009 („Ein Juristenleben“, eigentlich zur Veröffentlichung vorgesehen, was dann aber doch nicht geschah). Von den ursprünglich 56 Blättern verwendete der Herausgeber 35 für die Collage, wobei nur selten zu schließen ist, aus welchem der Texte jeweils Passagen entnommen wurden. Eingefügt sind sechs Farbfotos von Ralf Dreier aus den Jahren 2009 und 2017, eines zeigt ihn gemeinsam mit dem Herausgeber Horst Meier, der bei Dreier promovierte mit „Parteiverbote und demokratische Republik“ (1993). Die drei Original-Texte befinden sich nun im Stadtarchiv von Bad Oeynhausen (dem Geburtsort von Ralf Dreier), zusammen mit fünf Leitziordnern „Familienbriefwechsel Dreier (1920-1961)“. Die drei autobiographischen Texte waren von Ralf Dreier zur postumen Veröffentlichung vorgesehen. Ein geplantes Vorwort hat er nicht mehr verfasst.

Leider enthält der Band keine Bibliographie Dreiers; es hätte die ausführliche Zusammenstellung in „Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers“, hrsg. von Robert Alexy, Tübingen: Mohr 2005, S. 227-235, auf den letzten Stand gebracht werden können. Auch ein Namensverzeichnis fehlt. Aber in einem Gedenkbüchlein, das der Band sein soll, ist das nicht unbedingt zu erwarten.

Erläuterungsbedürftig ist der Titel. 1953 begann Dreier nach einem Praktikum in der Holzindustrie ein Studium der Holz- und Forstwirtschaft, beschloss aber bald, auf Theologie umzusatteln, wovon ihn die Mutter zurückhielt. „In einer langen Beratung wurde die genaue Mitte zwischen Holz und Theologie ausgemessen: Jurisprudenz. Ich wurde also Jurist.“ (33) Das Interesse an Holz hatte wohl einen familiären Hintergrund: Der Vater war Vertreter im Holzhandel. Über ihn wird lakonisch berichtet, dass er in

die NSDAP und die SS eintrat. Er verstarb schon 1938, rechtzeitig vor den November-Pogromen. Ralf Dreier geht kurz auf seine Kindheit in der NS-Zeit und die Prägungen durch sie ein. Aufgewachsen ist er mit seiner Mutter (sie starb 1994), Großmutter und dem zwei Jahre älteren Bruder (der 1979 starb). Es entstand eine enge Symbiose. Und er hängt überraschend an: „Ich wurde homosexuell.“ (21).

Über das Thema Homosexualität spräche er ungerne (39), es durchzieht aber die aufgezeichneten Lebenserinnerungen. Erst mit etwa dreißig Jahren begann er, seine sexuelle Neigung zu leben – in einer Zeit, in der Homosexualität strafbar war (bis 1969). In Jahren einer verkniffenen Heimlichtuerei wusste er, dass die durchaus toleranten Kollegen wussten, dass er wusste, dass die Kollegen wussten, dass er homosexuell sei. Nun erfährt die Nachwelt von seiner leidvollen Zerrissenheit.

Er lebte mit dem Bewusstsein, „falsch programmiert zu sein“ (89). Seine Homosexualität habe er nie ganz akzeptiert (41, 54, 85). Das steigert sich bis zu zermarterndem Selbsthass (9). Es gab kein „coming out“, weil ihm die Scham die Entscheidung zwischen Mut und Rücksichtslosigkeit unmöglich machte (40). Die sexuelle Befreiung sei für ihn im Grunde zu spät gekommen, schreibt er noch 2009 (54). Er führte ein „kräfteverschlingendes Doppelleben“ (79), mit einer halbierten Zeit für die wissenschaftliche Tätigkeit. Seine „nächtlichen Erfahrungen“, die er nicht missen möchte (64), kosteten ihn mehr als die Hälfte der Arbeitskraft (54, 64). Ohne seine Veranlagung wäre sein wissenschaftliches Werk umfangreicher ausgefallen, er hätte wissenschaftlich mehr leisten können als er geleistet hat (81). Das ist aber auch der einzige Punkt, in dem es eine indirekte Verbindung zwischen der „dunklen Kammer“ seiner Seele (9) und dem wissenschaftlichen Werk gibt. Inhaltlich ist in seinem Werk aber keine Spur der sexuellen Orientierung zu finden. Das gilt ja z.B. auch für H.L.A. Hart.

Ralf Dreier hatte sich 1970 in Münster habilitiert für die Fächer Staats- und Verwaltungsrecht, Rechtsphilosophie und Kirchenrecht. In Göttingen hatte er von 1973 bis zu seiner Emeritierung 1997 den Lehrstuhl für Allgemeine Rechtstheorie inne. Als eine seiner erfolgreichsten Veranstaltungen hebt er die über „Recht und Gesellschaft“

im Wintersemester 1973/4 hervor (61). Nach seinem Verständnis sollte der Lehrstuhl die Gesamtheit der theoretischen Grundlagenfächer der Rechtswissenschaft abdecken, neben der Rechtsphilosophie, Rechtslehre, Juristischen Methodenlehre auch die Rechtssoziologie. Ein zentrales Thema der Rechtssoziologie sind die empirischen Beziehungen zwischen moralischem Urteil und rechtlchem Sanktionsverhalten oder zwischen dem Bestehen einer gesetzlichen Sanktion und einer moralischen Verurteilung. Konkret hier: Ging der Aufhebung der Strafbarkeit der Homosexualität zwischen Erwachsenen (in der Bundesrepublik erst 1969) eine Änderung der moralischen Auffassungen voraus, und welche Auswirkungen hatte die strafrechtliche Sanktionslosigkeit auf die Bewertung der Homosexualität? Diese Fragen werden üblicherweise im Rahmen umfangreicher demoskopischer Erhebungen (mit  $n > 1.000$ ) bearbeitet. Es ist aber nie nach dem Verhältnis von rechtlicher Sanktion und moralischer Bewertung bei den Betroffenen selbst gefragt worden. In den Aufzeichnungen von Ralf Dreier finden wir eine Antwort (für  $n=1$ ).

Zu seinem wissenschaftlichen Werk erfahren wir in den autobiographischen Skizzen sehr wenig. Es gibt biographische Informationen zur Kindheit im NS, eine religiöse Erweckungsphase wird kurz erwähnt, es folgen die Stationen Studium, Promotion bei Hans J. Wolff, bei ihm dann Assistent, Tätigkeit für die IVR, Habilitation 1972, die Zeit als Privatdozent und die Professur für Allgemeine Rechtstheorie in Göttingen. Es folgen Aneinanderreihungen aller möglichen Aktivitäten und innegehabten Positionen aus dem Leben eines Wissenschaftlers, wenig Privates, wenig zum Inhalt seiner Veröffentlichungen.

Erzählt wird stets knapp von Begegnungen mit Kollegen: mit Carl Schmitt („eine Aura beleidigter Größe“), Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin; es gibt Bemerkungen zu Martin Kriele und Robert Alexy, zu Hideo Aoi, Robert Summers und Stanley Paulson, auch zu den DDR-Kollegen Hermann Klenner und Karl A. Mollnau.

Manche Nuancen seiner rechtstheoretischen Arbeiten könnten vielleicht durch einige Selbsteinschätzungen erschlossen werden. Er sei „eher ein Aufsatz- als ein Bücherschreiber“ (64), ein „verunsichertes späbürgerliches Subjekt“ (78), ein „existentieller Außenseiter“ (85). Atheismus hält er für eine „Form defizienten Bewußtseins“ (83). Aber zu seiner religiösen Orientierung ist nicht viel mehr zu finden, nur kurz: sein Gottesbegriff sei am ehesten der Hegels (89). Juristisch

sei er ein „gemäßigter Vernunftrechtler“, politisch ein „linksliberaler Wechselwähler“ (83). Auf die Theoriedebatten der Studentenbewegung hat er sich intensiv eingelassen. Sein Beitrag zum zivilen Ungehorsam drohte ihn in eine politische Arena zu ziehen. Den Ost-West-Konflikt hat er durch seine internationale Tätigkeit im Rahmen der IVR erfahren. Nach der Wiedervereinigung zeigte er sich verständnisvoll gegenüber den DDR-Kollegen.

Überhaupt beschreibt er sich selbst als einen „tendenziellen Allesversther“ (81). Der Herausgeber charakterisiert ihn als einen „ungemein akzeptierenden Menschen“ (8). Sein Verständnis reichte von Karl Larenz bis zu Hermann Klenner. Leider ist nichts zu finden zu seiner Korrespondenz mit Larenz, die immerhin Anlass gab zu den Bekundungen von Larenz zu seiner NS-Zeit (Karl Larenz über seine Haltung im „Dritten Reich“, JZ 1993, 454-457). Hermann Klenner lud er zum Weltkongress der IVR in Göttingen 1991 ein, wofür er von einigen – er erwähnt Rüthers und Leser – kritisierte wurde (76 ff.).

Ralf Dreier bemühte sich um „Enteitelung“ (12). „Die Dinge nehmen ohnedies ihren Lauf, und man muss nicht überall seine Duftmarke setzen.“ (90) Der Herausgeber hat dankenswerterweise für einen Nachduft gesorgt, mit dem ein humorvoller, ironischer, freundlich zurückhaltender, rationaler Mensch, der um die Grenzen der Rationalität wusste, in Erinnerung bleiben wird – ein liber amicis.

Hubert Rottleuthner

*Alon Harel, Wozu Recht?, Rechte, Staat und Verfassung im Kontext moderner Gesellschaften, Freiburg/München (Verlag Karl Alber) 2018, 291 S., 29 €*

*Tim Wihl, Aufhebungsrechte. Form, Zeitlichkeit und Gleichheit der Grund- und Menschenrechte, Weilerswist (Velbrück Wissenschaft) 2019, 285 S., 39,90 €*

Grundrechte als Statussicherung oder als Bewegungsform?

In der verfassungstheoretischen Diskussion ist in den vergangenen Jahren grundlegende Kritik an einem liberalen Konstitutionalismus formuliert worden, der sich auf die Zentralstellung subjektiver Rechte stützt: Setzt er nicht der demokratischen Selbstregierung der Bürgerschaft allzu enge Grenzen, wenn sich in den Grundrechten vor allem ein liberales Privatrechtsverständnis verkör-

pert, das die „Gesellschaft“ naturalisiert und sie der aktiven politischen Gestaltbarkeit entzieht (Menke 2015)? Und müssten angesichts von neuen globalen Herausforderungen – wie dem Klimawandel oder der Krise der Finanzmärkte – sowohl das Rechtssubjekt als auch der „Staat“ als Organisationsmodell der Politik auf den Prüfstand (Fischer-Lescano/Franzki/Horst 2018)? In jüngerer Zeit versuchen sich zwei Studien daran, doch nochmal das Zusammenspiel aus subjektiven Rechten, parlamentarischer Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit gegen Auflösungserscheinungen zu verteidigen. Die erste Studie hat der israelische Rechtsphilosoph Alon Harel verfasst. Sie ist schon 2013 unter dem Titel „Why law matters“ bei Oxford University Press erschienen und liegt seit 2018 in deutscher Übersetzung vor („Wozu Recht? Rechte, Staat und Verfassung im Kontext moderner Gesellschaften“).

Die zentrale These der Studie lautet, dass das Recht einen intrinsischen Wert besitzt. Demnach besteht die Pointe von Rechtsverhältnissen nicht darin, dass sie außerrechtliche Ziele möglichst effizient herbeiführen; vielmehr bringen sie eine spezifische Form der Statuszuordnung, der Rechtfertigung und der Politisierung hervor, die aus sich heraus wünschenswert ist. Der „Wert des bindenden Konstitutionalismus“, so Harel, „gründet sich nicht in dessen wahrscheinlichen, kontingenten Wirkungen und Konsequenzen, z.B. einem effektiveren Rechtsschutz, sondern vielmehr in der Tatsache, dass die grundgesetzliche Verankerung von Rechten die öffentliche Anerkennung bedeutet, dass es Pflicht des Staates ist, Rechte zu schützen (...)“ (24). Dieser „robuste Konstitutionalismus“, wie ihn Harel insbesondere in der deutschen und amerikanischen Verfassungstradition identifiziert, ist durch ein verlässliches Zusammenspiel aus Grundrechtskatalog, Parlamentarismus und Verfassungsgerichtsbarkeit (judicial review) gekennzeichnet und erweist sich als besonders aussichtsreiches, vorzugswürdiges Modell der Verfassungsbildung.

Harels Argumentation ist gegen Varianten der Rechtstheorie im angelsächsischen Sprachraum gerichtet, die das Recht einzig als Instrument zur effizienten Herbeiführung von wünschenswerten Zielen betrachten. Von diesem Standpunkt werden rechtspolitische Strategien der Privatisierung öffentlicher Hoheitsgewalt plausibel, die ausführlich in einem eigenen Kapitel analysiert und schließlich verworfen werden (91 ff.). Demgegenüber besteht Harel darauf, dass die öffentlich-rechtliche Bereitstellung gemeinsamer Güter von

zentraler Bedeutung ist: Die Art, wie Ziele und Werte in einem konstitutionalistischen Rahmen realisiert werden, sichert eventuell nicht optimale Effizienz ab, wohl aber, dass Teilhabe, Verantwortungszuschreibung und mögliche Revision der jeweiligen Praktiken gesichert bleiben. Dabei greift Harel auf Überlegungen des sog. neo-römischen Republikanismus zurück, die das Wesen der Rechtsverfassung vor allem in ihrer Anti-Willkürlichkeit und der Neutralisierung von gesellschaftlichen Beherrschungspotentialen ansiedeln (220). Erst die Grundrechte und eine eigene Verfassungsgerichtsbarkeit verschaffen den Bürger\_innen einen Status, der es ihnen ermöglicht, gegen die Entscheidungen der Verwaltung, aber auch möglicher Parlamentsmehrheiten „kontestatorisch“ vorzugehen und die Übereinstimmung mit den Verfassungsprinzipien zu überprüfen. Dementsprechend muss Harel Gefährdungen für diese Freiheit nicht nur in der Privatisierung, sondern auch in einem ungebundenen Parlamentarismus identifizieren, der ebenso dazu neigt, dezisionistisch in die Bürgerrechte einzugreifen. Gerade um dieser Gefahr entgegenzuwirken, sei die grundgesetzliche Verankerung von Rechten geboten – wiederum nicht, weil sie die Bürger in jedem denkbaren Fall „besser“ schützt, sondern aus Gründen der Freiheit: Die Bürger\_innen sind „in einem solchen System freier (...), weil sie den Urteilen oder Neigungen der Legislative nicht unterliegen“ (221). Die Studie arbeitet eine Vielzahl an aktuellen Diskussionen der Verfassungstheorie von der Privatisierung über das trans- und supranationale Recht bis hin zur Rolle des Strafrechts auf. Am Ende sind es jedoch vor allem subjektive Rechte und die judicial review, die das Kernstück des robusten Konstitutionalismus bilden. Man mag nun fragen, wie eine demokratische Gestaltung des Gemeinwesens möglich werden soll, wenn die öffentliche Rechtfertigungsordnung so beschaffen ist, dass die Selbsteinwirkung der Gesellschaft durch Gesetzgebung kaum mehr stattfinden kann, da nicht die kollektive Veränderung, sondern die Rechtssicherheit alle anderen Erwägungen übertrumpft – wäre ein solcher Staat nicht auf eine Weise verfasst, in der die Bürgerschaft überhaupt keine kollektive Handlungsmacht mehr ausüben kann? Führt dies nicht zu einer Dauerblockade parlamentarischer Gesetzgebung und unterläuft am Ende die politischen Teilhaberechte?

Tim Wihls Studie mit dem Titel „Aufhebungsrechte. Form, Zeitlichkeit und Gleichheit der Grund- und Menschenrechte“ verteidigt zwar ebenso einen rechtebasierten Konstitutionalis-

mus, sie geht aber im Hinblick auf die Form und die Funktionsbestimmung der Rechte den gegenläufigen Weg und arbeitet am Ende – im Unterschied zu Harel – eine emphatische Verteidigung des Parlamentarismus aus. Für Wihl sind Grundrechte nicht einzig Garanten antiwillkürlicher Statussicherung, sondern der Ansatzpunkt, um eine Dynamisierung der Willensbildung, mithin eine Überwindung von Herrschaft zu erreichen: „Dem modernen Recht, also dem Recht, das auf Rechten beruhen will oder diese in sich aufgenommen hat, ist damit nur, aber immerhin ein Telos des Abbaus von Herrschaft und langfristperspektivisch der Herrschaftsfreiheit eingeschrieben“ (15). Das Verfassungsrecht und seine subjektiven Rechte sichere „Wandel ab“, „ermögliche Politik“ und immunisiere sie gegen konservative „Erstarrungstendenzen“ (33). Dieses Argument entfaltet Wihl in einem umfangreichen Durchgang durch verschiedene Grundrechtskonzeptionen, die er entlang der Aspekte von Form, Zeitlichkeit, Gleichheit und Politik strukturiert. In jedem dieser Schritte zeigt die Studie, wie in die Entwicklung der Grundrechte liberale Momente der individuellen Freiheit, konservative Bestandssicherung und ein sozialistisches Moment der Herstellung von umfassender Gleichheit zusammenspielen. Die Rechte werden auf diese Weise als in sich widersprüchliche Einheit lesbar, die zu einer Einheit in Bewegung avanciert: Sind die Rechte erst einmal in der Verfassung festgehalten, schafft sich ein politischer Konflikt um das wechselseitige Aufheben der jeweiligen Rechts-Momente seinen Raum und strukturiert fortan den politischen Prozess. Schließlich entspricht jedem Moment auch eine spezifische Traditionslinie der Politik. Das Ringen zwischen Konservatismus, Liberalismus und Sozialismus und die Unterscheidung zwischen links und rechts müssen deshalb als unmittelbare Folge der Grundrechtsentwicklung verstanden werden (211). Diese linkshegelianische Fortschrittshoffnung, die einen befreienden Richtungssinn identifiziert, dient Wihl sogleich zur Krisendiagnose: Statt Krisenerscheinungen der Demokratie nur auf „zu viel Recht“ oder „zu viel Politik“ zurückzuführen, geht Wihl davon aus, dass jede Krise der Demokratie auch immer zu-

erst eine Krise der Rechte sei. Unterläuft die Politik die „konstitutive Egalitätsrichtung“ der Rechte, stellen sich notwendig Krisen ein, da sie am etablierten Stand des Freiheitsfortschritts vorbeisteuert (211).

Mit dieser Lesart der Grundrechte als „befreiende Aufhebungsrechte“ (220) gelangt Wihl zu einem anderen Verständnis des Parlaments. Denn es ist bei Lichte betrachtet kein potentieller Gefährder, sondern im Gegenteil der Garant für die Freiheit der Rechte: Das Parlament stellt das primäre Forum dar, in dem sich die Bewegung des wechselseitigen Aufhebens der subjektiven Rechte in den politischen Meinungsstreit übersetzt (228 ff.).

Auch hier mag man fragen, wie es um die kollektive Selbsteinwirkung des Gemeinwesens bestellt ist. Denn im wechselseitigen, nie endenden Aufheben spezifischer Rechtspolitik zwischen Konservativen, Liberalen und Sozialisten wird zwar stets Kontingenzbewusstsein generiert; es bleibt jedoch fraglich, ob eine gelingende gesellschaftliche Veränderung auf diese Weise möglich wird, wenn die bestehende Verfassungsorganisation nicht mehr mit einer galoppierenden sozialen Evolution Schritt hält. Dies wäre der Wieder-Einsatz zeitgenössischer Verfassungskritik: dass die subjektiven Rechte – seien sie nun als Teil eines robusten Konstitutionalismus oder aber als demokratisierende Aufhebungsbewegung verstanden – zwar den rechtlichen Status sichern (Harel) oder die Politik dynamisieren (Wihl), aber an entscheidender Stelle die „Gesellschaft“, die sich nicht vollständig ins Recht internalisieren lässt, verkennen. Damit stellt sich erneut die Frage, wie das Pendeln zwischen einem Konstitutionalismus liberaler Prägung und einer demokratisch-republikanischen Rechtspolitik zu überschreiten wäre.

#### Literatur

Andreas Fischer-Lescano/Hannah Franzki/Johan Horst (Hrsg.), *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*, Tübingen 2018

Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015

*Kolja Möller*