

### Michael Anderheiden, Rainer Keil, Stephan Kirste, Jan Philipp Schaefer (Hrsg.), *Verfassungsvoraussetzungen.*

#### Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, 2013

Marijan Pavčnik, Ljubljana

Der Sammelband, mit dem sich diese Besprechung befasst, trägt den Untertitel Gedächtnisschrift für *Winfried Brugger*. Es handelt sich um eine traurige Metamorphose, da während der Vorbereitung einer Festschrift daraus eine Gedächtnisschrift werden musste. Ursprünglich hätte die Festschrift die Beiträge des Kolloquiums zu *Bruggers* 60. Geburtstag umfassen sollen. In die Zeit, als die Herausgeber die Festschrift vorbereiteten, „platzte die Nachricht von der Erkrankung *Bruggers*, an der er dann kaum mehr als ein halbes Jahr nach dem Kolloquium am 13. November 2010 verstarb“ (S. 3).<sup>1</sup>

Im Nachruf zum Tode von *Winfried Brugger* (1950–2010) – unterzeichnet von *Stephan Kirste*<sup>2</sup> – wird *Bruggers* Lebens- und Berufsweg umrissen. *Brugger* wurde am 26.2.1950 in Tettng am Bodensee geboren. Rechtswissenschaften, später auch Philosophie und Soziologie studierte er in München und Tübingen. Seine juristischen Staatsexamina legte er 1973 und 1976 ab. Er promovierte 1980 mit der Dissertation „Menschenrechtsethos und Verantwortungspolitik. Max Webers Beitrag zur Analyse und Begründung der Menschenrechte.“ In den Jahren 1980 und 1981 studierte er an der University of California (Berkeley) und erwarb dort den Master of Laws. Hier forschte er und sammelte auch das Material für seine Habilitationsschrift über „Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika“. Seit 1992 hatte er den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Allgemeine Staatslehre an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg inne. Daneben war er häufig Forscher und Visiting Professor in den USA, insbesondere am Georgetown University Law Center. In den letzten Jahren seines Lebens war er oft in Brasilien, wo er eine Reihe von Vorträgen hielt. *Brugger* war auch als Herausgeber und Funktionsträger sehr aktiv. Er war z.B. Mitherausgeber der Fachzeitschrift „Der Staat“, und seit 2006 war er für eine Periode Vorsitzender der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR).<sup>3</sup>

*Brugger* ist Verfasser mehrerer Monografien, wie z.B. *Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus. Studien zur Legitimation des Grundgesetzes*, 1999; *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, 2. Aufl. 2001; *Demokratie, Freiheit, Gleichheit. Stu-*

---

<sup>1</sup> Die Seitenzahlen in den Klammern beziehen sich auf die Gedächtnisschrift, wenn keine andere Quelle genannt wird.

<sup>2</sup> *Kirste*, Im Kreuz der Entscheidung – Zum Tode von Winfried Brugger, ARSP 97 (2011), 125 ff.

<sup>3</sup> S. näher *ibid.*, 125 ff.

dien zum Verfassungsrecht der USA; Freiheit und Sicherheit. Eine staatstheoretische Skizze mit praktischen Beispielen, 2004; Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht, 2. Aufl. 2008; Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008 (Hrsg. von *Winfried Brugger*, *Ulfried Neumann*, *Stephan Kirste*) u.a. Sehr bedeutend ist auch eine große Anzahl von Aufsätzen. Aus Platzgründen seien nur einige erwähnt: Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AöR 119 (1994), 1 ff.; Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, Der Staat 35 (1996), 67 ff.; Kommunitarismus als Verfassungstheorie des Grundgesetzes, AöR 123 (1998), 337 ff.; Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 2000, 165 ff.; Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison, JuS 2003, 320 ff.; Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht, ZfP 2005, 261 ff.; Protection or prohibition of aggressive speech? Arguments from the liberal and communitarian perspectives, in: *Paul van Seters* (Hrsg.), *Communitarianism in law and society*, 2006, 163 ff.; Varianten der Unterscheidung von Staat und Kirche. Von strikter Trennung und Distanz über gegenseitiges Entgegenkommen bis zu Nähe, Unterstützung und Kooperation, AöR 132 (2007), 4 ff.; § 186. Angloamerikanischer Einfluß auf die Grundrechtsentwicklung in Deutschland, in: *Josef Isensee*, *Paul Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl. 2011, 121 ff. u.a.

Für die Gedächtnisschrift ist in gewissem Sinn insbesondere *Bruggers* Monografie „Das anthropologische Kreuz der Entscheidung“ von zentraler Bedeutung.<sup>4</sup> Diese Monografie ist der Metapher gewidmet, die man als *Webers* Idealtypus verstehen kann.<sup>5</sup> Die Metapher ist ein Handlungsbegriff, der besagt, wie man sich mit einzelnen Problemen auseinandersetzen und wie man überhaupt forschen soll. Das Kreuz der Entscheidung

„bietet eine mehrdimensionale Topographie menschlicher Entscheidungsbildung für problematische Situationen, in denen der Mensch in einem Vierspalt von Gefühlen und Motiven handeln muss.“<sup>6</sup>

*Brugger* stellt fest, dass sich „vier Dimensionen der Reflexion nach unten, oben, hinten und vorne in allen moralisch diffizilen, identitätsrelevanten und folgenreichen Entscheidungen aufweisen lassen.“<sup>7</sup> Sehr charakteristisch ist es, dass im Kreuz der Entscheidung „variierte Verhältnisbestimmungen zwischen und innerhalb der vier Perspektiven möglich sind: Einklang, Verstärkung, Indifferenz, Spannung“.<sup>8</sup> Einzelne Dimensionen leben in einer Spannung zwischen Zukunft und Vergangenheit sowie zwischen Idealität und Realität, also zwischen den Perspektiven, die von jeder Entscheidung berücksichtigt werden müssen. Diese Blickwinkel sind von ganz besonderer Bedeutung für die Rechts- und Verfassungsrechtsforschung.<sup>9</sup>

Es ist kein Zufall, dass sich im Titel von *Kirstes* Nachruf auch die Worte „im Kreuz der Entscheidung“ finden. Diese Worte enthalten viel Symbolik. Offensicht-

<sup>4</sup> *Brugger*, Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht, 2. Aufl. 2008.

<sup>5</sup> *Kirste*, ARSP 97 (2011), 125.

<sup>6</sup> *Brugger*, Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht, 2. Aufl. 2008, 181.

<sup>7</sup> *Ibid.*, 182.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 184.

<sup>9</sup> S. *ibid.*, 107 ff., 111 ff., 116 ff. und 152 ff.

lich handelt es sich um eine Metapher, die der Leitsatz von *Bruggers* Werk war. Andererseits reagierte man auf sie bereits zu Lebzeiten von *Brugger*, und zwar mit dem Sammelband „Über das anthropologische Kreuz der Entscheidung“, der von *Hans Joas* und *Matthias Jung* herausgegeben wurde.<sup>10</sup> Der Sammelband enthält Beiträge, die sich bei der Tagung am Max-Weber-Kolleg für kultur- und sozialwissenschaftliche Studien der Universität Erfurt (vom 2. bis 3.2.2007) mit der genannten Metapher und Denkfigur auseinandersetzen. *Bruggers* Buch war das Referenzbuch, das der Tagung zugrunde lag. Das Kreuz der Entscheidung wurde „wie argumentatives Grundmuster der *Orientierung im Handeln*, das sich in unterschiedlichsten Kontexten als fruchtbar erweist“ verstanden.<sup>11</sup> *Jung* beruft sich dabei begründeterweise auf *Kant*. Orientierung im Handeln sei „nur denkbar kraft einer Verknüpfung der persönlichen Perspektive mit einem intersubjektiven und objektiven Bezugsrahmen“.<sup>12</sup>

Die Metapher „Kreuz der Entscheidung“ kennzeichnet auch die Gedächtnisschrift *Verfassungsvoraussetzungen*. In der Einleitung stellt *Stephan Kirste* ausdrücklich fest, dass sich Verfassungsherausforderungen und Verfassungsantworten in einem Dialog befinden und dass dieser „durch die Verfassungsinterpretation und -konkretisierung laufend fortgeführt und nachjustiert wird“ (S. 1). Des Weiteren wird besonders hervorgehoben:

„Die vier Dimensionen des Kreuzes, Idealität und Realität, Zukunft und Vergangenheit, sind also widersprüchliche Voraussetzungen, die die Verfassung aufhebt, in ihrem Absolutheitsanspruch zurückweist, in ihrer relativen Berechtigung anerkennt und bewahrt und diese Erkenntnisse auf die höhere Stufe eines diskursiv begründeten und fortentwickelten Rechte- und Wertesystems der Gesellschaft hebt. Die freiheitliche Verfassung lebt damit ebenso von der Vielfalt dieser Verfassungsvoraussetzungen wie auch von der Ordnung, in die sie diese Einflüsse bringt.“ (S. 1)

Das ist vielleicht der charakteristischste gemeinsame Nenner des sehr umfangreichen Sammelbandes, der 42 Beiträge aus fünf Ländern und aus den Gebieten enthält, die *Bruggers* umfassendes Forschungswerk kennzeichneten. Die weitaus größte Anzahl der Beiträge kommt aus Deutschland, fünf auch aus Brasilien, zwei aus Polen und einer aus Ungarn. Es ist fast allen Beiträgen gemeinsam, dass jeder für sich eines der Themen behandelt, die wenigstens indirekt mit *Bruggers* Werk verbunden sind, und dass sie dabei größtenteils *Bruggers* anthropologischem Kreuz der Entscheidung treu sind. Nahezu alle führen auch *Bruggers* Schriften an, die mit dem Forschungsthema zu tun haben. Einige analysieren eingehender *Bruggers* Schriften und reagieren auf Standpunkte und Probleme, die *Brugger* auftrat und erforschte.

Unter den einzelnen thematischen Gruppen hebt sich die erste ab, die *Bruggers* Werk in seiner Ganzheit gewidmet ist. Darin (*Zur Würdigung Winfried Bruggers*, S. 21–45) findet man die Beiträge von *Peter Häberle* „Gedächtnisblatt für Winfried Brugger (1950 bis 2010)“, *Donald P. Kommers* „Wissenschaftliche Partnerschaft über den Atlantik hinweg“ und *Eward J. Eberle* „Commemorative Studies for Winfried Brugger“. Ein Fazit dieser drei Aufsätze ist *Häberles* Einschätzung, dass

<sup>10</sup> *Joas/Jung* (Hrsg.), *Über das anthropologische Kreuz der Entscheidung*, 2008.

<sup>11</sup> *Jung*, Einleitung: Was heißt: Sich im Handeln orientieren?, in: *Joas/Jung* (Hrsg.), *Über das anthropologische Kreuz der Entscheidung*, 2008, 7.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 13. – Unter den Referenten war auch *Brugger*, der für den Sammelband zwei Beiträge schrieb: Acht Thesen und ein Schaubild über das anthropologische Kreuz der Entscheidung (15 ff.) und Menschenwürde aus dem Blickwinkel des anthropologischen Kreuzes der Entscheidung (19 ff.).

*Brugger* in der zweiten Generation der deutschen Staatsrechtslehrer nach 1945 „einen namhaften Platz behalten bzw. gewinnen dürfte“ (S. 26).

Die übrigen Themenfelder betreffen die *Verfassungsvoraussetzungen* und auch den *Verfassungsrahmen*, in dem das rechtliche Entscheiden stattfindet. Das Wort „Voraussetzung“ erinnert mich als Jurist und Rechtstheoretiker – volens nolens – an die Voraussetzung, die in *Kelsens* Grundnorm eingebaut ist. Doch würde man *Brugger* großes Unrecht tun, wenn man die Voraussetzung mit *Kelsens* Reiner Rechtslehre in Verbindung brächte. Die Voraussetzung kann man breiter und aus einem anderen Blickwinkel betrachten. Die Pyramide der Rechtsnormen (mit der Grundnorm, durch die diese Pyramide begründet ist, an der Spitze) ist aussagekräftiger, wenn man sie auf den Kopf stellt.<sup>13</sup> In diesem Sinn ist die Voraussetzung wie die Wurzel, aus der der Rechtsbaum wächst.

Wenn die Voraussetzung die Wurzel ist, ist sie zwangsläufig auch inhaltlich gehaltvoll. In diesem Geist kann man *Radbruchs* Rechtsidee und seine Konzeption der Gerechtigkeit verstehen, der auch *Brugger* nahestand. Für ihn war *Radbruchs* Rechtsidee „die Grundlage für eine Gemeinwohlkonzeption, die den Staat auf die drei Prinzipien („Säulen“) von Rechtssicherheit, Legitimität und Zweckmäßigkeit stützt“.<sup>14</sup> Diese inhaltliche Bedeutung tragen auch die Verfassungsvoraussetzungen, die in der Gedächtnisschrift gebracht und analysiert werden. Es liegt in der Natur der einzelnen Voraussetzungen, dass sie unterschiedlich verstanden werden. Jedoch ist ihre gemeinsame Aussage, dass sie die *Tragsäulen des (verfassungs-)rechtlichen Entscheidens, den Rahmen dieses Entscheidens sowie die Ziele, die die Verfassung und das Recht verfolgen*, beschreiben.

Die zentrale Gruppe der Beiträge<sup>15</sup> befasst sich mit *rechtsphilosophischen Voraussetzungen des (verfassungs-)rechtlichen Entscheidens* (S. 47–224).<sup>16</sup> Inhaltlich am umfassendsten ist der Beitrag von *Robert Alexy* („Rechtssicherheit und Richtigkeit“, S. 49–61), der *Radbruchs* Tradition folgt und begründet, dass die Natur des Rechts dual ist, sowohl faktisch als auch ideal. Die faktische Seite umfasst die positive Rechtsordnung und die Wirksamkeit dieser Ordnung, die ideale Seite bezieht sich auf die inhaltliche (moralische) Richtigkeit des Rechts. Der gemeinsame Nenner beider ist es, dass es sich um Recht handelt, solange sein Inhalt nicht extrem ungleich beziehungsweise extrem unmenschlich ist.

An die rechtsphilosophischen Voraussetzungen knüpfen die Beiträge an, die den *methodologischen, historischen und religiösen Voraussetzungen* (S. 225–331) gewidmet sind.<sup>17</sup> Grob geschätzt und über den Daumen gepeilt handelt es sich um Beiträge, die sich mit der Methodenlehre und mit der geschichtlichen Überlieferung befassen, die ein bedeutendes Rückwärtselement des anthropologischen Kreuzes der Entscheidung ist. Ebenso bedeutend sind auch die Vorwärtselemente, die im Teil

<sup>13</sup> Vgl. *Philipps*, Friedrich Lachmayer – Magier und Ministerialbeamter. Zum sechzigsten Geburtstag, in: Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer/Liebwald (Hrsg.), *Zwischen Rechtstheorie und e-Government*, 2003, 5.

<sup>14</sup> *Kirste*, ARSP 97 (2011), 126.

<sup>15</sup> Einzelne Beiträge sind zusammenfassend und übersichtlich in *Kirstes* Einleitung in die Gedächtnisschrift dargestellt (S. 1–18).

<sup>16</sup> Die Autoren der Beiträge sind: *Robert Alexy*, *Mark S. Weiner*, *Matthias Jung*, *Jan Philipp Schaefer*, *João Mauricio Aedeato*, *Walter Pauly*, *Rainer Keil*, *Martin Borowski* und *Stephan Kirste*.

<sup>17</sup> Die Autoren der Beiträge sind: *Andreas Piekenbrock*, *Ulfrid Neumann*, *Christian Baldus*, *Rolf Grawert*, *Heiner Bielefeldt* und *Hans Michael Heinig*.

über die *Gerechtigkeit und Gemeinwohl als Verfassungsvoraussetzungen* (S. 335–443) behandelt werden.<sup>18</sup>

Es ist im Einklang mit dem Charakter der Gedächtnisschrift, dass auch der Abschnitt zu den *verfassungstheoretischen Voraussetzungen* (S. 447–618) eine selbständige Stellung hat.<sup>19</sup> *Kirste* sagt treffend, dass es sich um Voraussetzungen handelt, die „auf die wechselseitigen Beziehungen zwischen der Verfassung und ihrer geistigen und sozialen Umwelt verweisen“ (S. 11). Dieser Teil erhält eine besondere Klangfarbe durch die Beiträge „Der Antwortcharakter der Verfassung“ (*Paul Kirchhof*) und „Reziprozität des Verfassungsstaates“ (*Rolf Gröschner*).

Es folgen noch zwei Gruppen von Beiträgen, die ebenfalls von großer Bedeutung sind. Die Verfassung ist kein lediglich inhaltlicher Rechtsakt, sondern immer auch ein prozeduraler Rechtsakt. Damit befasst sich der Teil mit Beiträgen zu den über die *prozeduralen Voraussetzungen der Verfassung* (S. 621–660).<sup>20</sup> Kein kleineres Gewicht kommt den Beiträgen über *supranationale, internationale und rechtsvergleichende Voraussetzungen der Verfassung* (S. 663–818) zu.<sup>21</sup> Es geht nicht nur darum, dass man in den Zeiten der Globalisierung nicht um derartige Beiträge herkommt, noch bedeutender ist es, dass „überstaatliche“ Maßstäbe die staatlichen ergänzen können. *Wolfgang Kahl* trifft den Nagel auf den Kopf, dass es sich um einen Wandel und nicht um einen Verlust von Staatlichkeit (S. 680) handelt. Solange der Wandel bedeutet, dass etwa die Menschenrechte reicher werden und dadurch eine höhere Ebene erreichen, handelt es sich um einen Wandel, der zu begrüßen ist.

Die Herausgeber des Sammelbandes haben gute Arbeit geleistet. Es ist ihnen gelungen, Autoren zu finden, die sich mit den einzelnen Voraussetzungen des (verfassungs-)rechtlichen Entscheidens auseinandersetzen und sie zu einer inhaltlich abgerundeten Ganzheit zu verbinden. Dabei ist es von großer Bedeutung, dass sie *Bruggers* anthropologischem Kreuz der Entscheidung treu blieben. Wenn die Gedächtnisschrift tatsächlich eine Festschrift geblieben wäre, würde sie *Brugger* vielleicht mit dem alten deutschen Spruch kommentiert haben: „Im Creutz lernt sich der Mensch erst selber recht kennen.“<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Die Autoren der Beiträge sind: *Peter Axer, Thomas Lobinger, Michael Anderheiden, Eberhard Schmidt-Aßmann* und *Stefan J. Geibel*.

<sup>19</sup> Die Autoren der Beiträge sind: *Paul Kirchhof, Rolf Gröschner, Ekkehart Reimer, Josef Isensee, Wolf-Rüdiger Schenke, Ute Mager, Hanno Kube* und *Bernd Grzeszick*.

<sup>20</sup> Die Autoren der Beiträge sind: *Gerhard Dannecker, Rudolf Bernhardt* und *Dieter Dölling*.

<sup>21</sup> Die Autoren der Beiträge sind: *Wolfgang Kahl, Peter-Christian Müller-Graff, Dagmar Richter, Peter E. Quint, Charles H. Gustafson, Ingo Wolfgang Sarlet, Gilmar Ferreira Mendes* und *Mônia Clarissa Hennig Leal*.

<sup>22</sup> Vgl. *Brugger*, Über das anthropologische Kreuz der Entscheidung, in: *Joas/Jung* (Hrsg.), Über das anthropologische Kreuz der Entscheidung, 2008, 19 (50).