

Buchbesprechungen

Uwe Wesel, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, Frankfurt am Main (Suhrkamp Verlag) 1985, 388 S., 38,- DM.

Wer einen guten und zugleich leicht lesbaren Überblick über die Sozialstruktur vorstaatlicher Gesellschaften sucht, findet hier das richtige Buch. Ohne den üblichen Jargon – und ohne zugleich auf theoretische Ambitionen zu verzichten – werden einige der wichtigsten sozialanthropologischen Arbeiten dargestellt und in den für eine sozialstrukturelle Analyse wichtigen Dimensionen beschrieben. Es handelt sich also primär um eine Einführung in die Sozialstruktur einfacher Gesellschaften. Und die ist lesenswert und leicht verständlich. Ich könnte mir kein besseres Textbuch für eine Einführung in sozialanthropologische Fragestellungen für Soziologen oder Juristen vorstellen.

Für den Rechtssoziologen ist dieses Buch insofern von Interesse, als es jenseits der gelungenen Darstellung von einfachen Gesellschaften auch einige der zentralen Fragen einer Rechtsanthropologie anspricht (wobei »Anthropologie« hier nicht philosophisch, sondern soziologisch gemeint ist!). Gibt es in einfachen Gesellschaften Recht? Welche Funktionen hat es? Wie unterscheidet es sich vom Recht entwickelter Industriegesellschaften? Und Beispiele für mögliche Antworten auf solche Fragen finden sich zuhauf. Das Buch ist eine Fundgrube für den, der Informationen im Hinblick auf solche Fragen sucht.

Wenn man mehr will, dann ergeben sich allerdings einige kritische Anmerkungen. Wesel verbindet seine Darstellung mit der klassischen evolutionistischen Perspektive: mit der Idee einer Evolution von primitiven zu modernen Gesellschaften. Das ist bekanntlich mit schwierigen methodischen

Problemen verbunden, sobald man die empirischen Referenzen für evolutionäre Stufen aus kontemporären Gesellschaften holt. Das Problem, das mit diesem Umgang mit zeitgenössischen Gesellschaften entsteht, die anders strukturiert sind als die westlichen Industriegesellschaften, wird zwar erwähnt, aber nicht wirklich behandelt. Dabei hätte eine nicht-evolutionistische Perspektive für das, was Wesel sagen und belegen will, völlig ausgereicht. Und was er zeigen will, ist doch nur, inwiefern das Recht in Gesellschaften, die Jagen oder Ackerbau betreiben, anders aussieht als in denen, die dies nicht mehr tun. Und daß in Gesellschaften ohne Staat das Recht anders ist als in Gesellschaften mit Staat. Daß Produktionsweise und Staat miteinander zusammenhängen, gehört ebenfalls dazu, dürfte aber inzwischen allgemein bekanntes Wissen sein. Das muß man auch nicht mit universal ansetzenden Evolutionstheorien erklären – außer man hat andere Gründe dafür. Die aber sehe ich in diesem Buche nicht. Für die eher deskriptiven Interessen hat sich also Wesel zuviel problematisches Theoriegepäck aufgeladen.

Auf der spezielleren Ebene des Rechts ergeben sich gravierendere Probleme, insbesondere was Wesels Programm einer historischen Rechtsanthropologie betrifft. Der Begriff kombiniert bereits Unverträgliches: die Idee einer Rechtsevolution und die Idee einer Rechtsgeschichte. Das Vermittlungsglied soll das »Anthropologische« sein: Es erlaubt die Reduktion von historischen Erscheinungen auf ihren universalen Kern, auf ihre evolutionäre Bedeutung. Doch eine solche Anthropologie kann – wenn man das nicht nur philosophisch mißverstehen soll – nicht aus der Empirie per se gewonnen werden. Es hängt von den theoretischen Konzepten ab, die man zur Beschreibung benutzt. Welches aber sind die Konzepte, mit denen Einheit

und Verschiedenheit des Rechts in unterschiedlichen Gesellschaften gefaßt werden sollen? Den Schlüssel dazu bildet das Schlußkapitel. Und das enttäuscht die Erwartungen, die sich bei Lektüre der 316 vorhergehenden Seiten aufgestaut haben. Denn theoretisch herrscht weitgehende Unklarheit. Das kann man vielleicht nicht Wesel, sondern dem Stand der Disziplin vorwerfen. Aber auch Wesel bringt kein Licht in den Stand der Disziplin.

Der Rekurs auf Roberts' »Ordnung und Konflikt« (1979; deutsch 1981) erlaubt es Wesel zunächst, den grundbegrifflichen Rahmen einer Rechtsanthropologie soziologisch zu fassen. Das Problem jeder Gesellschaft ist es, Verfahren bereitzustellen, mit denen eine normative Ordnung hergestellt und im Streitfall die Geltung kollektiv verbindlicher Normen wiederhergestellt werden kann. Wesel reduziert das Problem »Ordnung« gleich auf »materielles« Recht. Das ist zwar typisch für unsere Gesellschaften (gewesen?), muß aber nicht universell so sein. Ordnung läßt sich auch durch Verfahrensrecht herstellen. Entscheidend ist zunächst nur, daß Regeln vorhanden sind, auf die man im Streitfall zurückgreifen kann. Und dafür finden sich in allen Gesellschaften Beispiele.

Deshalb muß es dann wieder überraschen, wenn der kategoriale Rahmen von Ordnung und Konflikt für Jäger/Sammler-Gesellschaften nicht gelten soll (was Wesels eigener Analyse der Mbuti widerspricht; vgl. S. 160 ff.). Das Argument, daß Untersuchungen von Konfliktlösungsmechanismen nur in segmentären Gesellschaften (er meint damit Hirten- und Ackerbaugesellschaften) gemacht worden sind, ist kein Argument dafür, daß es diese in Jäger/Sammler-Gesellschaften nicht gibt.

Interessant ist die Diskussion der Differenzen zu modernem Recht. Normverstöße werden nicht als Verletzung der Rechte einer Person oder deren Verwandtschaftsgruppe (und damit als Verletzung einer rechtlichen Ordnung), sondern als Verletzung der Persönlichkeit, der Achtung und Ehre gesehen. Komplementär zählt bei Sanktionen weniger die Tat als der Täter. Das erfordert andere Zivilisierungsmechanismen als in unserem Rechtssystem: An die Stelle der zivilisierenden Wirkung gerichtlicher Kommunikation (wie von Luhmann in Legitimation durch Verfahren beschrieben) treten Tugenden wie Freundlichkeit oder Gleichmut (sich nicht

provizieren lassen) und Angst vor magischen Folgen (etwa Angst vor Hexerei, die zu Großzügigkeit zwingt).

Das sind kulturelle Randbedingungen, die die Form einer möglichen kollektiv verbindlichen Ordnung und die Form der Konfliktlösung, also die Form des Rechts beeinflussen. Am wenigsten dürften diese Randbedingungen im Hinblick auf die Frage nach friedlichen und unfriedlichen Konfliktlösungsstrategien (also nach der Bedeutung von Blutrache, Ordalen und Palaver) bedeutsam sein. Denn auch unser Rechtssystem kennt unfriedliche Lösungen (auf die hat sich ja das Strafrecht spezialisiert), auch sie kennt Ordale in Form von (psychiatrischen oder anderen) Gutachten. Und sie kennt Schlichtung durch Verhandlung vor und mit dem bürgerlichen Gesetzbuch. Die Differenz muß auf einer anderen Ebene liegen.

Wenn es Ordnung geben soll, dann müssen Streitigkeiten friedlich beigelegt werden können. Das Strafrecht sichert nirgends die Reproduktion einer sozialen Ordnung. Worin sich einfache und komplexe Gesellschaften unterscheiden, ist die Form des »Outputs« von Konfliktlösungsstrategien. Einfache Gesellschaften produzieren eher Kompromisse, komplexe Gesellschaften suchen eher Anschlußrationalität an bereits getroffene Entscheidungen. Der Unterschied liegt also in der Form des Anschlusses an vorhergehende Entscheidungen. Normative Ordnungen sind in dem einen Falle eher fließend, im anderen eher fixiert (was ja auch mit dem Grad der Verschriftlichung einer Kultur zusammenhängen mag). Doch Ordnung gibt es in beiden Fällen: Es ist immer der gerade existierende Konsens über das, was kollektiv gültig ist. Was sich unterscheidet, sind die (rechtlich zentralen) Regeln, die die Änderbarkeit dieses Konsensus regulieren. In einfachen Gesellschaften genügt der Disput, u. U. mit Einschaltung eines Vermittlers, um Normen zu ändern; in komplexen Gesellschaften läuft eine Änderung des Konsensus nur über komplizierte rechtlich geregelte Verfahren (Gesetzgebung, Rechtsprechung etc.). Das Problem der Veränderung von Recht in einfachen Gesellschaften löst sich damit auch als ein Scheinproblem auf.

Wesel jedoch zieht sich vor solchen theoretischen Überlegungen im Anschluß an Roberts zurück und antwortet altmodisch auf die Frage: Was ist Recht? Seine Antwort (S. 336 f.) lautet: Recht ist dort gegeben, wo

erhebliche Sanktionen im Streitfall herangezogen werden. Aber ist das wirklich ausreichend? Das würde doch bedeuten, Recht auf die unfriedlichen Mittel der Konfliktlösung zu reduzieren – und das steht in vollem Gegensatz zur Diskussion der vorhergehenden Seiten. Der Rekurs auf Pospisil und Hoebel, den Wesel hier vornimmt, bleibt theoretisch unbefriedigend.

Aus der Lektüre dieses Buches könnte man auch eine andere Antwort auf die Frage: was ist Recht? gewinnen. Diese Antwort wäre: Rechts ist das, was öffentlich diskutiert und entschieden wird. Bräuche werden nicht diskutiert und entschieden. Sie sind da und werden im Alltagshandeln angepaßt und verändert. Dazu bedarf es keiner Diskussionen. Dort wo kollektiv Verbindliches diskutiert wird, haben wir es mit Moral zu tun. Dort wo Streit diskutiert und entschieden wird, dort haben wir es mit Recht zu tun. Recht ist also das, was an moralisch diskutierbaren Fragen für eine kollektiv verbindliche Entscheidung herangezogen werden kann. Daß hier die Grenzen in einfachen Gesellschaften anders gezogen sind als in komplexen, das liegt an den unterschiedlichen Moralvorstellungen, an Unterschieden in der moralischen Behandlung strittiger normativer Fragen. Wie solche kulturellen Veränderungen mit institutionellen Veränderungen (religiöse Praktiken, Formen von politischer Autorität etc.) zusammenhängen, ist bislang ein wenig erschlossenes Feld. Ob die Unterscheidung staatliches Recht/vorstaatliches Recht Licht in dieses Dunkel bringen kann, mag bezweifelt werden. Denn sie reduziert das Problem auf institutionelle Regelungen. Doch für eine Theorie der Evolution des Rechts gälte es gerade zu erklären, was den Wandel institutioneller Formen bedingt und was somit als generatives System von Recht bestimmt werden kann. Und hier bleibt nichts anderes übrig als der Rekurs auf moralische Vorstellungen, also auf begründete Entscheidungen von Konflikten, der Rekurs auf die Moral als ein sich selbst generierendes (d. h. die eigene Evolution regulierendes) System.

Dann erübrigen sich auch problematische Festlegungen auf Entwicklungstrends, wie sie Wesel skizziert (S. 350 ff.). Ob der Bereich des Rechts weiter oder enger ist, ob Politik mehr oder weniger auf das Recht einwirkt, sind dann nicht mehr Entwicklungstrends, sondern Variationen, die unter bestimmten historischen Bedingungen mehr oder weniger

ausgeprägt sind. Bereits die Beispiele vorstaatlicher Gesellschaften zeigen die ungeheure Bandbreite möglicher Regelungen (viel Recht, wenig Recht, viel Einfluß politischer Interessengruppen, wenig Einfluß usw.). Die Beispiele staatlicher Gesellschaften (einschl. der modernen) verstärken nur dieses Bild. Und was die aktuellen Entwicklungstendenzen, die Wesel skizziert, anbelangt, so scheint es doch eher unentschieden zu sein, welche Richtung die institutionellen Ausprägungen des Rechts nehmen. Nur eines ist klar: Die moralischen Standards, die wir an das Recht anlegen können, wenn wir frei darüber reden können, sind anders als die in vorstaatlichen Gesellschaften. Wenn wir die Entwicklung des Rechts verstehen wollen, dann verweist uns das – gesetzt den Fall, wir wollen an Denktraditionen anschließen – eher zurück auf Max Weber denn auf Henry Maine. Ich hoffe, daß Uwe Wesel weiterschreibt.

Klaus Eder

Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden (Nomos Verlagsgesellschaft), 1985, 548 S., 98,- DM und Frankfurt am Main (Suhrkamp Verlag) 1986, 548 S., 24,- DM.

1.

Es zeigt sich immer wieder und wenig überraschend, daß jede Grundrechtstheorie, die eine der drei Komponenten des sozialen und demokratischen Rechtsstaats zu ihrem allgemein gültigen oder doch dominierenden Kriterium erhebt, bestimmte Defizite in dem jeweils ausgeklammerten Bereich aufweist. Die liberal-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie¹ trifft der Vorwurf, sie zementiere den status quo der Verteilung faktischer Freiheit. Der demokratisch-positivistischen Grundrechtstheorie wird zur Last gelegt, sie ignoriere die Möglichkeit legalen Unrechts und entmündige letztlich den Einzelnen durch gleiche Wahl². Gegen die soziale

¹ Vgl. hierzu B. Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, 457 (458).

² R. Dreier, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890, fordert deshalb ein »Minimum an ethischer Rechtfertigung«, auf der Makroebene mediatisiert über den demokratischen Verfassungsstaat und auf der Mikroebene der Normanwendung über verfassungsrechtlich positivierte moralisch-politische Basisprinzipien.

Grundrechtstheorie³ wird eingewendet, sie verrechtliche die Sozialpolitik und domestiziere das Parlament mit Hilfe des Verfassungsgerichts.

Es liegt deshalb nahe, eine Integration der materiell widersprüchlichen Grundrechtsaspekte auf der Grundlage einer formalen Grundrechtstheorie zu versuchen. Dies unternimmt Robert Alexy. Um die Entscheidung konkreter Konflikte angesichts der Abstraktheit der Grundrechtsbestimmungen rational, also intersubjektiv nachvollziehbar und kontrollierbar zu machen, bleibt Alexy zufolge nur der Weg über eine analytische Offenlegung der Struktur solcher Entscheidungen.

Damit steht das Programm: Zunächst entwickelt Alexy – mit für Juristen ungewöhnlichem logisch-analytischen Aufwand – eine allgemeine Strukturtheorie von Normen im allgemeinen und Grundrechtsnormen im besonderen. Dann behandelt er unter Zugrundelegung der so gewonnenen Ergebnisse alle gängigen Figuren der Grundrechtsdogmatik: Grundrechte als subjektive Rechte, Grundrechtsschranken, Freiheits- und Gleichheitsrechte, Leistungs- und Teilhaberechte, Drittwirkung, Verfahrensrechte und andere mehr. Dabei lehnt er sich immer eng an die Praxis des Bundesverfassungsgerichts an (»Rechtswissenschaft als praktische Disziplin«), so daß der Ertrag des Buches über weite Strecken in einer begrifflich-dogmatischen Durchdringung der Verfassungsrechtsprechung besteht.

II.

1. Grundlegend für Alexys Theorie der Grundrechte ist die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien, zwei unterschiedlichen Kategorien von Normen. Regeln sind Normen, »die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können. Wenn eine Regel gilt, dann ist es geboten, genau das zu tun, was sie verlangt, nicht mehr und nicht weniger.« Prinzipien sind »Optimierungsgebote, die dadurch charakterisiert sind, daß sie in unterschiedlichen Graden realisiert werden können und das gebotene Maß ihrer Erfüllung (...) auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt. Der Be-

reich der rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien bestimmt« (S. 75 f.). Grundrechte sind – wen wundert's? – Prinzipien.

Der Vorteil von *Prinzipien* besteht nun darin, daß im Kollisionsfall nicht wie bei Regeln über ihre Geltung insgesamt, sondern nur über den Vorrang eines kollidierenden Prinzips vor einem anderen *im konkreten Einzelfall* entschieden werden muß. Alexy nennt das Festsetzung einer bedingten Vorrangrelation durch Angabe von Bedingungen, unter denen das eine Prinzip dem anderen vorgeht (S. 81). Das Bundesverfassungsgericht spricht – schlichter – von Güterabwägungen, die in unzähligen Entscheidungen auftreten. Es gibt kein einziges Verfassungsrechtsgut, das nicht in Konflikt mit jedem anderen geraten und sich einer Relativierung gänzlich entziehen könnte.

2. Die entscheidende Frage lautet nun, welches Prinzip wann vorgeht. »Das Prinzip P₁ hat in einem konkreten Fall ein größeres Gewicht als das gegenläufige Prinzip P₂, wenn es hinreichende Gründe dafür gibt, daß P₁ unter den im konkreten Fall gegebenen Bedingungen C P₁ vorgeht« (S. 82). – Kürzer: vor geht, was mit hinreichenden Gründen vorgehen soll. Damit ist klar, daß es bei Vorrangrelationen um etwas Normatives geht; und erste Zweifel entstehen, ob das höchste Niveau an analytischer Klarheit hier weiterhilft. Was hinreichende Gründe sind und wie man sie erkennt, sagt Alexy zumindest an dieser Stelle nicht.

3. Fallentscheidend bleibt die Abwägung, sie ist der »normative Ort« der Entscheidung. Um die fallentscheidende Wertung nicht ganz dem einsamen Richter zu überlassen, stellt Alexy dem »Dezisionsmodell« sein »Begründungsmodell der Abwägung« entgegen: »Eine Abwägung ist rational, wenn der Präferenzsatz, zu dem sie führt, rational begründet werden kann« (S. 144). Hieraus ergibt sich das »Abwägungsgesetz«: »Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, um so größer muß die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein« (S. 146). Das Abwägungsgesetz löst die Optimierungsaufgabe (in expliziter Anknüpfung an Hesses »praktische Konkordanz«) gegenläufiger Grundrechte bzw. Prinzipien, indem es rational begründete Sätze über Beeinträchtigungs- und Wichtigkeitsgrade fordert. Das Wertungsproblem werde beantwortet, indem die Ab-

³ D. Suhr, Freiheit durch Geselligkeit, EuGRZ 1984, 529, zur freiheitspotenzierenden Instrumentalisierung anderer und zur notwendigen Emanzipation der überdurchschnittlich instrumentalisierten mithilfe der sozialen Teilhaberechte.

wägung verknüpft werde mit einer Theorie der juristischen Argumentation, die eine Theorie des allgemeinen praktischen Diskurses einschließt.⁴

In der Zusammenfassung von Alexys Ableitungskette ergibt sich also folgendes: Grundrechte treten praktisch nur in Kollision mit anderen Prinzipien auf, sie sind deshalb in einer Abwägung zu optimieren, die selten vom Verfassungsgeber autoritativ vorgegeben und deshalb meist erst argumentativ zu konstituieren ist. Dies leisten ein Stück weit typisch juristische Argumentformen, letztlich aber nur allgemeine praktische Argumentation. Noch kürzer: Grundrechte verbürgen real das, was der (Anwendungs-)Diskurs ihrem Träger gewährt.

Die resultierende Ergebnisunsicherheit und die Diskrepanz zu einem Ideal höchststranger Rechtsverbürgung rechtfertigt Alexy mit dem Fehlen besserer Alternativen und am Ende seines Buches mit einem Bekenntnis zu Krieles These von der Rationalität autoritativen Entscheidens⁵: soviel Argumentation wie möglich, soviel Dezipision wie nötig.

III.

1. Alexy macht »die Rehabilitierung der vielgeschmähten Werttheorie« (S. 18) des Bundesverfassungsgerichts zu einem erklärten Ziel seines Buches. Der Unterschied zwischen Prinzipien und Werten bestehe nur darin, daß erstere auf das deontologisch Gesollte und letztere auf das axiologisch Gute rekurrierten, wobei jedoch zwanglos das Gute mit dem Gesollten gleichgesetzt werden könne (S. 125 ff.). Die vom Bundesverfassungsgericht postulierte »objektive Wertordnung« des Grundgesetzes wird auch von Alexy benötigt, um sich gegenüber verfahrensgemäß zustande gekommenen und deshalb im positivistisch-demokratischen Sinne auch legitimen Parlamentsgesetzen Kritikfähigkeit zu erhalten. Alexy selbst formuliert zwei Einwände gegen ein Wertmodell, um sie anschließend zu widerlegen – freilich ohne daß ihm dies überzeugend gelingt.

Der wertskeptische, philosophische Einwand richtet sich gegen den Begriff der Objektivität der Wertordnung, gegen den Intuitionismus eines Schellerschen Seins der Werte. Die mangelnde intersubjektive Gewißheit jegli-

cher Werterkenntnis im Pluralismus wischt Alexy mit dem schlichten Hinweis vom Tisch, Werte seien eben keine Gegenstände irgendwelcher Evidenzen, sondern Gegenstände von Begründungen (S. 137). Man könnte nun ebenso schlicht antworten, Begründungen seien nun einmal nicht objektiv und der philosophische Einwand damit verifiziert. Aber das Argument reicht tiefer, es ist auch ein staatstheoretisches: Eine Staatsgewalt, die sich im Besitz objektiver Werte und damit eines Glückseligkeitsschlüssels glaubt, wird nicht zögern, diese notfalls auch gegen den Willen der Zu-Beglückenden mit dem zur Verfügung stehenden Gewaltmonopol durchzusetzen. Eine objektive Wertordnung ist tendenziell freiheitsfeindlich. Sie verfällt dem Popperschen Verdikt, daß mit Macht ausgestattete Inhaber vermeindlich objektiver Gewißheiten strukturell totalitär und damit »Feinde der offenen Gesellschaft« sind. Der Schritt vom Wertmodell zum Wertoktroi ist klein.

Methodologische Einwände richten sich gegen die Anwendungsrationalität einer objektiven Wertordnung. Wenn trotz mangelnder systematischer Geschlossenheit und trotz der Notwendigkeit von Abwägungen behauptet wird, eine Entscheidung folge aus der objektiven Wertordnung, dann dient das vor allem der Verdeckung der wahren Entscheidungsgründe oder von Begründungsdefiziten.

Da auch Alexy die mangelnde Stringenz der Wertordnung in ihrer Anwendung erkennt, weicht er von einer »harten« (zwingenden) auf eine »weiche« Ordnung zurück, die sich durch primafacie-Präferenz individueller Freiheit und durch ein Netzwerk konkreter Präferenzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auszeichne (S. 142 f.). – Es bleibt zu bedenken, ob man inhaltlichen Verzicht auf materielle, objektive Werte nicht auch terminologisch offenlegen sollte, indem man die »objektive Wertordnung« im Interesse rationaler und kritikfähiger Entscheidungsfindung aus dem Begriffsrepertoire streicht.

2. Die vom Bundesverfassungsgericht zu einem Allround-Instrument ausgebauten Verhältnismäßigkeitsprüfung folgt nach Alexy notwendig aus dem Prinzipienmodell: Bei der Zweck-Mittel-Analyse treten als Zweck stets kollektive Güter oder funktionale Erfordernisse und als Mittel die Beeinträchtigung von Individualgrundrechten auf, Geeignetheit und Erforderlichkeit leisten eine Op-

⁴ R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1. Auflage Frankfurt am Main 1978, S. 261 ff.

⁵ M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen 1979, S. 40 ff.

timierung relativ auf die tatsächlichen Möglichkeiten, das Abwägungsgebot auf die rechtlichen Möglichkeiten (S. 100 f.). Kollektive Güter definieren die rechtlichen Möglichkeiten, so z. B. die Volksgesundheit, die Energieversorgung, die äußere und innere Sicherheit, die Vermeidung von Arbeitslosigkeit – die Reihe ist beliebig verlängerbar. Unter dem topos »Einheit der Verfassung« oder »objektive Wertordnung des Grundgesetzes« stehen sich individuelle Grundrechte und politisch definierte Gemeinwohlziele auf einer Abwägungsebene gegenüber, und es stellt sich die Frage, wie sich das auf die Effektivität des Grundrechtsschutzes auswirkt.

Die These ist, daß bei einer gleichrangigen Gegenüberstellung in der Abwägung die individualrechtliche, handlungstheoretisch begründete Position der objektivrechtlichen, systemtheoretisch begründeten Position strukturell unterlegen ist. Wird für eine Grundrechtsbeeinträchtigung »die Sicherheit des Staates als verfaßter Friedens- und Ordnungsmacht« oder die Funktionstüchtigkeit einer verfassungsrechtlich geschützten Institution ins Feld geführt, dann erscheint der Grundrechtsschutz des Bürgers angesichts einer derart universalistischen Eingriffslegitimation automatisch zweitrangig.⁶ Die etatistisch-pathetische Färbung der kollektiven Güter führt ein Begründungsdefizit individueller Rechte herbei, der grundrechtliche Impetus wird in sein Gegenteil verkehrt. Indem das politische System kollektive Güter in Rechtsform definiert, wird gleichzeitig über den Stellenwert der Individualrechte disponiert. Diese ordnungspolitische Hintanstellung der Individualgrundrechte hinter funktionale Erfordernisse als Ausdruck kollektiver Güter ist in Alexys Abwägungskonzept genauso angelegt wie in den wertbezogenen »relationalen Schlüsselbegriffen«⁷ des Bundesverfassungsgerichts.

So lehnt es Alexy im Interesse der Einheitlichkeit seines Prinzipienmodells ausdrücklich ab, mit Dworkin schon auf kategorialer

Ebene zwischen Individual- und Kollektivrechtsgütern zu unterscheiden und die *principles* gegenüber den *politicies* zu privilegieren.⁸ Dem von Dworkin hervorgehobenen Unterschied, daß die gesellschaftlichen Kosten an Effizienzverlust in der Grundrechtsgewährung bereits eingeschlossen seien und dann auch gezahlt werden müßten, meint Alexy auch innerhalb seines einheitlichen Prinzipienmodells durch einen »prima-facie-Vorrang rechtlicher Freiheit und Gleichheit« Rechnung tragen zu können (S. 99). Fraglich ist, ob ihm auch Rechnung getragen wird, wenn die unterschiedliche Qualität der nach der jeweiligen Prinzipienart zu optimierenden Rechtsgüter erst einmal analytisch gleichgeschaltet ist.

3. Da die Vermeidung dieser freiheitsbedrohenden Struktur nicht durch Ignoranz gegenüber unleugbaren Funktionserfordernissen geleistet werden kann, bleibt nichts übrig, als die Funktionsfähigkeit staatlicher Subsysteme nicht gänzlich zum Maßstab ihrer Legitimität werden zu lassen und sich den normativ-argumentativen Letztentscheid in der Abwägung zu bewahren.

Hier bietet die (oben gezeigte) Anknüpfung der Prinzipientheorie an die Diskurstheorie den großen Vorteil, daß sie mit dem Dogma von der freiheitsverbürgenden Wirkung der Trennung von Recht, Moral und Politik bricht. Die Grundrechtsabwägungen haben genauso das Prinzip der sozialen Sicherheit und Teilhabe (S. 454 ff.) als Folge einer in der Begründung moralischen Verpflichtung auf Menschenwürde und Persönlichkeitsentfaltung wie auch das Prinzip politischer Souveränität des demokratischen Gesetzgebers (S. 464) einzubeziehen.

Ein neues Licht fällt dann auch auf die Verrechtlichungsdiskussion. Die Bewertung von Verrechtlichung hängt von einer Präferenzregel zwischen rechtlicher Freiheit und solchen gegenläufigen Prinzipien im Einzelfall ab. Zwar verbietet sich selbstredend eine Inpflichtnahme des Einzelnen allein aus moralischen oder politischen Gründen. Jedoch ermöglicht das Prinzipienmodell die Einbeziehung moralischer und politischer Argumente in der Rechtsnormanwendung durch Abwägung. Ob man die Durchdringung der drei Normbereiche Verrechtlichung von Moral und Politik oder Moralisierung und Politisie-

6 Für den Bereich des Strafrechts zeigt das W. Hassemer, Die »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« – ein neuer Rechtsbegriff?, in: K. Lüderssen (Hg.), V-Leute – Die Falle im Rechtsstaat, Frankfurt am Main 1985, S. 71 ff.

7 E. Denninger, Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe, in: Wassermann-FS, Neuwied 1985, S. 779 ff., zur Erfassung des Abwägungsmaterials durch die Schlüsselbegriffe, die eine Relation zwischen Gemeinwohlzielsetzungen und Grundrechten herstellen.

8 R. Dworkin, deutsch: Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt am Main 1984, S. 158 f. und S. 324 ff.

rung des Rechts nennt, ist dann nurmehr eine Frage des Betrachterstandpunkts. Es bleibt jedenfalls im Dunkeln, warum eine bereichsübergreifende argumentative Rechtsnormauslegung freiheitsbedrohlicher sein soll als eine pseudo-systematische Dezision nach dem Leitbild eines überkommenen Rechtsbegriffs. Das Ausblenden von Kontext und Folgen einer Entscheidung mag diese »stabiler«, kaum aber richtiger machen.

Durch seine Option für die »objektive Wertordnung« verbaut sich Alexy die Möglichkeit, die Substanzarmut seiner formalen Grundrechtstheorie anzureichern und gleichzeitig einen Legitimationsgewinn für das Abwägungsergebnis zu erzielen, indem man den demokratischen Gedanken des Grundrechtsschutzes im und durch Beteiligung an staatlichen Entscheidungsverfahren anerkennt. Die vor allem von Häberle aus der Abwesenheit materialer Wertgewißheiten gezogene Konsequenz, Grundrechtsschutz nicht mehr nur abwehrrechtlich als status negativus zu gewähren, sondern vor allem durch Verfahrensteilhabe als »status activus processualis«,⁹ verwirft Alexy mit der Erwägung, wegen ihrer Bindungswirkung für das Parlament seien die Grundrechte »in einigen entscheidenden Hinsichten nicht prozedural«, das Vertrauen in die Vernunft demokratischer Prozeduren sei zwar ebenfalls verfassungsrechtlich abgesichert, jedoch nicht unbegrenzt und mache die gerichtliche Überprüfung der materiellen Vereinbarkeit mit den Grundrechten nicht überflüssig (S. 445 f. und S. 454). – Dieser Widerspruch zum Verfahrensmodell entpuppt sich allerdings als Scheinwiderspruch, wenn man entgegen Alexys erstaunlich naturrechtlich anmutendem Grundrechtsverständnis auch die Grundrechte als demokratisch gesetztes Recht erkennt. Der Normenhierarchie entspricht eine Hierarchie der Verfahren: Das im einfachen Gesetzgebungsverfahren erzeugte Ergebnis muß dem des übergeordneten Verfahrens des

Verfassungsrechtsgebers weichen, soweit ersteres mit letzterem unvereinbar ist. Das Bundesverfassungsgericht hat bei Normenkontrollen nicht die politische Willensbildung insgesamt, sondern nur die Vereinbarkeit einfacher Mehrheitsbeschlüsse mit den im Grundgesetz positivierten 2/3-Mehrheitsbeschlüssen zu überprüfen.

Bei Alexy, der Verfahrensrechte des Bürgers als grundsätzlich verschieden von politischer Teilhabe am Staat (durch Wahl, sonst kaum!) ansieht und sie ausschließlich dem positiven Status zuordnet (S. 436), werden sie gänzlich ihrer konstitutiven und damit legitimatorischen Funktion für die Entscheidungsfindung beraubt. Auch in der Konzeption der Verfahrensteilhabe zeigt sich eine antiliberalen Tendenz des objektivierenden Funktionsdenkens, das hierin einem ebensolchen Wertedenken ganz ähnlich ist.

IV.

Insgesamt bietet die »Theorie der Grundrechte« zahlreiche neue Interpretationen einzelner grundrechtsdogmatischer Probleme, die wegen ihres Verzichts auf jegliche ideologische Präsumtion festgefahrene Debatten auf neue methodologische Füße stellen. Wenn der Verzicht auf Stellungnahme in dieser Hinsicht als Stärke erscheint, so ist er umgekehrt für die Lösung materieller Sachfragen und für das kritische Potential der Theorie gegenüber der Rechtsprechungspraxis eine Schwäche. Alexy beschreibt analytisch hochdifferenziert, wie es gemacht wird und wie die Entscheidungsstrukturen aussehen. Der Bruch zwischen normativen Rationalitätskriterien einerseits und der Analyse bestehender Institutionen andererseits, den Tugendhat schon für Alexys »Theorie der juristischen Argumentation« festgestellt hat, besteht auch hier und erweckt teilweise den Anschein, »als sei die unsrige die beste aller juristischen Welten«.¹⁰

Frank Scholderer

⁹ Zur Initiierung der (andauernden) »Verfahrensdebatte« s. P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff. (81).

¹⁰ E. Tugendhat, Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstufen im modernen Recht, ARSP Beih. 14, S. 1 ff.