

Clemens A.W.P. Hutengs: Die Repräsentation der idealen Dimension - Robert Alexys Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit als argumentative Repräsentation der Grund- und Menschenrechte

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 11. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars Menschenrechte: Geschichte, Theorie, Internationalisierung bei Prof. Dr. Carsten Bäcker (Lehrstuhl für Öffentliches Recht IV – Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie) entstanden.

A. Die These der argumentativen Repräsentation nach Alexy und Matsubara vor dem Hintergrund des Weimarer Methodenstreits

Verfassungsgerichte und deren Rolle in der Demokratie sind spätestens seit dem Weimarer Methodenstreit Gegenstand hitziger Debatten. *Mitsuhiro Matsubara* befasst sich in seinem Aufsatz „Repräsentation der idealen Dimension“ mit der Transformation der Menschenrechte in positiv-rechtliche Grundrechte auf nationaler Ebene, wie *Robert Alexy* sie in dem Aufsatz „Grund- und Menschenrechte“ aus dem Jahr 2004 vertrat. Hierbei stellt sich die Frage nach der Institutionalisierung der Menschenrechte und deren Ausgestaltung. Im Fokus steht dabei insbesondere die Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit als Institutionalisierungsform der Menschenrechte und ihrem Verhältnis zur Demokratie, beispielsweise zum demokratisch gewählten Parlament. *Robert Alexy* und *Mitsuhiro Matsubara* versuchen durch die These der „Repräsentation der idealen Dimension“ herauszuarbeiten, wie ein nicht direkt gewähltes Verfassungsgericht demokratisch legitimiert sein kann und sogar die Kompetenz besitzt, Entscheidungen der ersten Repräsentationsinstanz, des Parlaments, aufzuheben. Eine Frage, die besonders in Staaten mit einem starken Verfassungsgericht, wie der Bundesrepublik Deutschland, von höchster Relevanz ist. Wie versteht *Alexy* also die Verfassungsgerichtsbarkeit? Was bedeutet sein Verständnis für die Ausgestaltung der Menschenrechte? Und die wichtigste Frage zuletzt: Vermag der Ansatz der „Repräsentation der idealen Dimension“ zu überzeugen?

I. Der Relations- und Substanzbegriff der Repräsentation

Nach dem negativen Gehalt des Art. 20 II GG kann staatliche Gewalt in einem demokratischen Staat nur legitim sein, wenn sie vom Volke ausgeht.¹ Die Verfassungsgerichtsbarkeit, die Teil dieser staatlichen Gewalt ist, kann somit allein durch die Repräsentation des Volkes legitimiert werden.² *Matsubara* unterscheidet dabei zwei Repräsentationsbegriffe: den Relationsbegriff und den Substanzbegriff.³ Nach dem Relationsbegriff dient die Repräsentation der Schaffung eines Zurechnungszusammenhangs zwischen dem repräsentierenden Organ, dem aktiven Wahlvolk und der Organisation der politischen Willensbildung.⁴ Der reale staatliche Wille ist also der Organwille des Parlaments in seiner Funktion als Vertreter des empirischen Wahlvolkes, welches Kurationsorgan ist.⁵ Dem Substanzbegriff entsprechend, dient die Repräsentation jedoch nicht der Herstellung einer Relation, sondern vielmehr der Darstellung des determinierten Willens und der politischen Einheit des ideellen Volkes.⁶

II. Der Repräsentationsbegriff im Weimarer Methodenstreit

Teil des Methodenstreits in der Weimarer Republik war eine Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit. Aufgrund der unterschiedlichen Begriffsverwendungen und den damit einhergehenden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Begriffen des „richterlichen Prüfungsrechts“ und der „Verfassungsgerichtsbarkeit“, geriet die eigentliche Kontroverse, die Bindung an überpositives Recht, nie in den Fokus der Diskussion.⁷ So bildeten sich verschiedene

¹ Siehe Art. 20 II GG: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“

² Vgl. *Alexy*, Abwägung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation, in: Becker/Zimmerling (Hrsg.), Politik und Recht, 2006, S. 250 (256).

³ Vgl. *Matsubara*, Repräsentation der idealen Dimension, in: Borowski/Paulson/Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, 2017, S. 547 (548).

⁴ Vgl. *ibid.*, S. 547 (548).

⁵ Vgl. *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Auflage 1963, S. 29.

⁶ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (549).

⁷ Vgl. *Wendenburg*, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, 1984, S. 44.

staatsrechtliche Verständnisse der Begrifflichkeiten „Demokratie“ und „Repräsentation“ heraus.

1. Carl Schmitt – Der Bezugspunkt des Faktischen

Carl Schmitt formuliert zwei Prinzipien politischer Formen: die Repräsentation und die Identität. Nach *Schmitt* sei der Staat die politische Einheit des Volkes als Status.⁸ Diese könne zum einen durch die Identität des unmittelbar präsenten Volkes mit sich selbst als politische Einheit verwirklicht werden.⁹ Zum anderen könne sie durch das Prinzip der Repräsentation erreicht werden, bei der das Volk als Identität vorliege und so durch Menschen repräsentiert werden müsse.¹⁰ Die Repräsentation sei demnach die existenzielle Vergegenwärtigung einer „höhere[n] [...] Art Sein“¹¹ durch ein reales, öffentliches Sein.¹² Die Demokratie entspricht nach *Schmitt* dem Prinzip der Identität¹³ von Herrscher und Beherrschtem, welche substantiell gleich, also ohne qualitative Verschiedenheit, sei. Die demokratische Gleichheit meine hierbei wesentliche Gleichartigkeit, also Homogenität des Volkes.¹⁴ Innerhalb dieser Argumentation bleibt aber offen, wer sich als Volk identifizieren und wie man eine höhere Art des Seins erkennen kann.¹⁵

2. Hans Kelsen – Der Bezugspunkt des Normativen

Hans Kelsen unterscheidet indessen deutlicher zwischen Volkssouveränität und Demokratie. Auf diese Weise verdeutlicht er den Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und Herrschaft. Während Volkssouveränität nach *Kelsen* ein faktisches Sein darstelle, sei die Demokratie eine normative Konstruktion¹⁶, bei der die soziale Ordnung, der sich das Volk unterwerfe, vom Volk selbst erzeugt werde. Folglich sei das Volk als Herrschaftssubjekt mit dem Volk als

Herrschaftsobjekt identisch.¹⁷ Die Basis der Demokratie sei die Freiheit des Individuums, die vorliege, sei es keinem fremden, sondern nur dem eigenen Willen unterworfen. Bezogen auf die Demokratie wäre also frei, wer an der Bildung des herrschenden Willens mitwirke¹⁸ und so politisch selbstbestimmt¹⁹ sei. Der innerhalb des politischen Prozesses zur Verwirklichung sozialer Ziele zwangsläufig auftretende Zwang werde lediglich durch die Zustimmung der Mehrheit der durch diesen Zwang Unterworfenen gerechtfertigt.²⁰ Diese politische Relativierung²¹ des Prinzips individueller Freiheit zur Majorität als größtmögliche Annäherung an die Freiheit²² begründe die Demokratie. Der Staatswille werde nicht unmittelbar durch das Volk, sondern durch die Willensbildung des repräsentierenden Organs, dem Parlament, geschaffen.²³ Die Repräsentation durch das Parlament selbst sei eine Fiktion, da zum einen das Volk als solches gar keinen Willen bilden könne²⁴, zum anderen das Parlament durch das freie Mandat nicht an den Wählerwillen gebunden wäre.²⁵ Dieser Widerspruch zum Demokratieprinzip werde mit den Vorteilen der Arbeitsteilung gerechtfertigt.²⁶

3. Gerhard Leibholz – Der Bezugspunkt des Idealen

Nach der Auffassung *Leibholz*‘ produziere die Repräsentation etwas nicht real Präses in die Realität hinein²⁷, wobei ihr die doppelte personelle Existenz immanent²⁸ und eine ideell bestimmte Wertsphäre vorausgesetzt sei.²⁹ Der Repräsentant erfülle die Aufgabe, die von ihm getragenen ideellen Werte präsent zu machen.³⁰ Entsprechend werde das Verhalten des Repräsentanten dem Repräsentierten zugerechnet.³¹ Die Demokratie definiert *Leibholz* als Herrschaft des Volkes, welche durch das Prinzip der Volkssouveränität als finale Entscheidungsinstanz möglich werde.³² Auch der Staatsbegriff

⁸ Vgl. *Schmitt*, Verfassungslehre, 8. Auflage 1993, S. 3.

⁹ Vgl. *Schmitt*, Legalität und Legitimität, 3. Auflage 1980, S. 65 f.

¹⁰ Vgl. *Schmitt* (Fn. 8), S. 204 f.

¹¹ *Ibid.*, S. 210.

¹² Vgl. *ibid.*, S. 209 f.

¹³ Vgl. *ibid.*, S. 223.

¹⁴ Vgl. *ibid.*, S. 234 f.

¹⁵ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (552).

¹⁶ Vgl. *Jestaedt/Lepsius*, Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen. Eine Einführung, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Verteidigung der Demokratie, 2006, S. VII (XIX).

¹⁷ Vgl. *Kelsen* (Fn. 5), S. 14.

¹⁸ Vgl. *ibid.*, S. 4 f.

¹⁹ Vgl. *Kelsen*, Verteidigung der Demokratie, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Verteidigung der Demokratie, 2006, S. 229 (231).

²⁰ Vgl. *Kelsen* (Fn. 5), S. 102 f., ähnlich: *Kelsen* in: Verteidigung der Demokratie (Fn. 19), S. 229 (237).

²¹ Vgl. *Kelsen* (Fn. 5), S. 103.

²² Vgl. *ibid.*, S. 9.

²³ Dies ist eine der Voraussetzungen für das Vorliegen einer Organschaft, vgl. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 310, *ders.* (Fn. 5), S. 29.

²⁴ Vgl. *Kelsen*, Staatslehre (Fn. 23), S. 315.

²⁵ Vgl. *Kelsen* (Fn. 5), S. 30.

²⁶ Vgl. *Kelsen*, Staatslehre (Fn. 23), S. 314.

²⁷ Vgl. *Leibholz*, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 3. Auflage 1966, S. 26.

²⁸ Vgl. *ibid.*, S. 28.

²⁹ Vgl. *ibid.*, S. 32.

³⁰ Vgl. *ibid.*, S. 35.

³¹ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (550).

³² Vgl. *Leibholz*, Zum Begriff und Wesen der Demokratie, in: *Leibholz*, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 1958, S. 142 (143).

werde mit dem Volksbegriff gleichgesetzt³³, womit nur Letzterer zu erklären bleibt. *Leibholz* ist der Ansicht, die Volksgemeinschaft sei mehr als nur die Gesamtheit einzelner Individuen.³⁴ Eher entspräche diese einer „als konkrete Wertgemeinschaft [...] real wirkende[n], ideelle[n] Einheit [und zugleich] [...] eine[r] politisch ideelle[n] Einheit“³⁵. Wäre die Volksgemeinschaft keine ideelle Einheit, läge sie außerhalb der ideellen Wertsphäre und wäre nicht repräsentierbar. Notwendig werde folglich der einheitliche Zusammenschluss der individuellen Willen hin zu dem individualisierten Gemeinschaftswillen, dem *volonté générale*, durch repräsentative Instanzen.³⁶ Jede Repräsentation müsse ebenso legitimiert werden. Dies wäre der Fall, werde ein Anspruch erhoben, auf dessen Basis zu repräsentieren behauptet wird und werde dieser Anspruch von der durch die Repräsentation betroffenen Einheit anerkannt.³⁷ Folglich sei Zweck der Repräsentation, „die als geistige Einheit existenziell vorhandene, konkrete Volksgemeinschaft in der Realität empirisch greifbar zu machen, die Herrschaft des Volkes als Einheit über das Volk als Vielheit sicherzustellen [und es] [...] zur staatlichen Einheit zu integrieren“³⁸.

III. Robert Alexy – Der Bezugspunkt des Idealen und Realen

Alexys Ansicht ist eine Synthese der Anschauungen des Weimarer Methodenstreits. Er verknüpft die Bezugspunkte des Faktischen, Normativen und Idealen miteinander. Nach ihm diene die Demokratie als Entscheidungs- und Argumentationsverfahren, das durch die Institutionalisierung der Vernunft die reale mit der idealen Dimension auf prozeduraler Seite vereint.³⁹ Weiter definiert er die Repräsentation als zweistellige Relation zwischen dem Repräsentanten und dem Repräsentierten.⁴⁰ Die demokratische Repräsentation sei eine rationale Repräsentation. Aus diesem Grund sei deren Ideal die Richtigkeit, weshalb zwangsläufig

auf das ideale Element des Diskurses zurückgegriffen werde.⁴¹ Das Wesen der demokratischen Repräsentation müsse folglich „zugleich dezisionistisch oder volitativ und argumentativ oder diskursiv“⁴² sein, weshalb neben der Entscheidungsprozedur durch Wahlen und Mehrheiten auch das Argument als Verbindungselement diene.⁴³ Während nach der Wesentlichkeitsthese das Verhältnis dieser beiden Repräsentationsformen bei einem Parlament der Dezisionismus präge⁴⁴, die politische Dimension also überwiege⁴⁵, handele es sich im Falle der Verfassungsgerichtsbarkeit um eine im Wesentlichen argumentative Repräsentation, bei der die ideale Dimension dominiere.⁴⁶ Der Kritik, dass dies zu einer Überidealisierung führe, nach welcher „es dem Verfassungsgericht frei[stehe], jedes Argument zu einem Argument zu erklären, das [sic] das Volk repräsentiert“⁴⁷, setzt *Alexy* zwei Anforderungen an die Verfassungsgerichtsbarkeit entgegen: Zum einen dürfe diese als Argument nicht alles zulassen, zum anderen müsse seine Argumentation mit dem verbunden werden, was das Volk tatsächlich denkt.⁴⁸

1. Die ideale Ebene der Verfassungsgerichtsbarkeit

Nach *Alexy* könnten im Rahmen des rationalen Diskurses gute und schlechte Argumente in einer großen Zahl von Fällen unterschieden werden.⁴⁹ Trotzdem sei das diskursiv Mögliche, dass Gründe unvereinbare Urteile, also mehrere Ergebnisse, stützen, nicht ausgeschlossen.⁵⁰ Bei diesem „Problem praktischer Erkenntnis“⁵¹ sei die Mehrheitsentscheidung als Verknüpfung des Idealen mit dem Dezisiven legitim, werde „die Verfassungsgerichtsbarkeit als ein[] Prozess der Annäherung an die Richtigkeit“⁵² begriffen.

2. Die reale Ebene der Verfassungsgerichtsbarkeit

Des Weiteren dient als Repräsentationsgrundlage die tatsächliche Akzeptanz der verfassungsgerichtlichen

³³ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (551).

³⁴ Vgl. *Leibholz* (Fn. 27), S. 45.

³⁵ *Ibid.*, S. 46.

³⁶ Vgl. *Leibholz* in: Begriff und Wesen (Fn. 32), S. 142 (145).

³⁷ Vgl. *Leibholz* (Fn. 27), S. 141.

³⁸ Vgl. *ibid.*, S. 57.

³⁹ Vgl. *Alexy*, Die Doppelnatur des Rechts, in: Böckenförde/Bogdandy et al. (Hrsg.), Der Staat, 50. Band 2011, S. 389 (401).

⁴⁰ Vgl. *Alexy*, Grundrechte, Demokratie und Repräsentation, in: Böckenförde/Bogdandy et al. (Hrsg.), Der Staat, 54. Band 2015, S. 201 (210).

⁴¹ Vgl. *ibid.*, S. 257.

⁴² *Ibid.*, S. 210.

⁴³ Vgl. *ibid.*, S. 210.

⁴⁴ Vgl. *Alexy* (Fn. 2), S. 250 (256).

⁴⁵ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (556).

⁴⁶ Vgl. *Alexy* in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (211).

⁴⁷ *Alexy* in: Politik und Recht (Fn. 2), S. 250 (257).

⁴⁸ Vgl. *ibid.*, S. 257.

⁴⁹ Vgl. *Alexy* in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (212).

⁵⁰ Vgl. *Alexy* in: Der Staat (Fn. 39), S. 389 (395).

⁵¹ *Ibid.*, S. 395.

⁵² *Alexy* in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (212).

Argumente durch die Volksgemeinschaft.⁵³ Diese sei gegeben, akzeptiere eine „hinreichende Zahl der Bürger [...], zumindest auf längere Sicht, diese Argumente als richtig“⁵⁴. Dies ist nur möglich, gehe man von „konstitutionellen Personen“, also Personen, „die fähig und willens sind, gute oder richtige Argumente zu akzeptieren, weil sie gut oder richtig sind“⁵⁵, aus. Sei also in diesem Sinne die Vernunft Rechtfertigung der Demokratie, so sei auch die Verfassungsgerichtsbarkeit als notwendiges Element gerechtfertigt. Dennoch sei als Mindestmaß eine indirekte Wahlverbindung zum Volk, sowie eine Mehrheitsregel innerhalb der verfassungsgerichtlichen Verfahrensordnung notwendig.⁵⁶

IV. Mitsuhiro Matsubara – Die Integrationsthese

Matsubara kritisiert, dass die unterschiedlichen Gewichtungen der Wesentlichkeitsthese dazu führten, dass sich ideale und politische Dimension „als das qualitativ voneinander zu unterscheidende Wesentliche gegenüber [stünden], oder das Wesentliche im Fall der Verfassungsgerichtsbarkeit [...] dem Unwesentlichen im Gesetzgebungsorgan entgegen [träte]“⁵⁷. Der Vorrang der idealen vor der politischen Dimension und der Vergleich des Wesentlichen mit dem Unwesentlichen seien nur schwer begründbar. Folglich müsse es sich um qualitativ gleichrangige Dimensionen handeln.⁵⁸ Um dieses Problem zu lösen, führt *Matsubara* die Integrationsthese und damit den Begriff der integrativen Repräsentation ein. Nach dieser habe der Begriff der Repräsentation formell und inhaltlich eine andere Bedeutung.

1. Die Repräsentation im formellen Sinne

Die Repräsentation im formellen Sinne stelle den Zusammenhang der Legitimation und Zurechnung zwischen dem jeweiligen Staatsorgan und dem Wahlvolk her.⁵⁹ In diesem Sinne entspricht *Matsubara* *Alexys* These, dass eine indirekte Wahlverbindung und Regelung zur Mehrheitsentscheidung vorliegen müsse.⁶⁰ Die politische Repräsentation liege also durch demokratische Kettenlegitimation auch in einer mit dem

Parlament gleichwertigen Wesentlichkeit vor und die Identität zwischen Herrschaftsobjekt- und -subjekt sei hergestellt.⁶¹

2. Die Repräsentation im inhaltlichen Sinne

Die Repräsentation im inhaltlichen Sinne stelle auf die ideale Dimension ab, die, um das Problem der Wesentlichkeitsthese zu beheben, auch für das Parlament als wesentliche Dimension gelten müsse.⁶² Sowohl Verfassungsgerichtsbarkeit als auch das Parlament repräsentierten gegenüber dem jeweils anderen das ideelle Volk. Problematisch sei jedoch, wie der Zusammenhang zwischen dem Verfassungsrichter und dem Volk ohne Wahl hergestellt werde, ohne dass die Werte des Volkes zu „subjektiven (richterlichen) Vorstellungen“⁶³ verkämen. Ohne diesen Zusammenhang könne das Verfassungsgericht jedes Argument als ein Argument des Volkes ausgeben.⁶⁴ Auch müsse Repräsentation nicht zwingend ethisch wertvoll sein. Dies begründe die notwendige Unterscheidung zwischen akzeptabler und inakzeptabler Repräsentation.⁶⁵ Eine akzeptable, legitime Repräsentation in diesem Sinne liege immer dann vor, „wenn sich die repräsentierte Idee im Rahmen des von der Gesellschaft tolerierten Wertekatalogs hält und wenn sie sich überdies auf einen demokratischen Auftrag der Repräsentierten berufen kann“⁶⁶. *Leibholz* hingegen spricht lediglich von einem Legitimitätsanspruch und dessen Anerkennung, ohne ihn, mit Ausnahme von Wahlen, zu rechtfertigen.⁶⁷ Auch *Kelsens* Einwand der Repräsentationsfiktion bei faktischem, der positiven Rechtslage entsprechendem, Entzug der Einflussmöglichkeit des Volkes qua Verfassung⁶⁸ kommt hier zum Tragen.

Nach *Matsubara* könne die Repräsentation dennoch unter zwei Voraussetzungen auf ein ideelles Volk gestützt werden. Wie bereits bei *Alexy*, müsse die normative Legitimität und die tatsächliche Akzeptanz der Repräsentation der idealen Dimension vorliegen.⁶⁹ Dies sei gegeben (siehe I.3.). Der Vorrang der inhaltlichen Repräsentation der Verfassungsgerichtsbarkeit vor der des Parlaments werde

⁵³ Vgl. *ibid.*, S. 212.

⁵⁴ *Alexy* in: *Politik und Recht* (Fn. 2), S. 250 (257).

⁵⁵ *Alexy* in: *Der Staat* (Fn. 40), S. 201 (212).

⁵⁶ Vgl. *ibid.*, S. 211 f.

⁵⁷ *Matsubara* in: *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie* (Fn. 3), S. 547 (556).

⁵⁸ Vgl. *ibid.*, S. 547 (556).

⁵⁹ Vgl. *ibid.*, S. 547 (556).

⁶⁰ *Alexy* in: *Der Staat* (Fn. 40), S. 201 (211).

⁶¹ Vgl. *Matsubara* in: *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie* (Fn. 3), S. 547 (557).

⁶² Vgl. *ibid.*, S. 547 (557).

⁶³ *Ibid.*, S. 547 (557).

⁶⁴ Vgl. *Alexy* in: *Politik und Recht* (Fn. 2), S. 250 (257).

⁶⁵ Vgl. *Herzog*, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, S. 217 f.

⁶⁶ *Herzog* (Fn. 65), S. 218.

⁶⁷ Vgl. *Leibholz* (Fn. 27), S. 141.

⁶⁸ Vgl. *Kelsen*, *Staatslehre* (Fn. 23), S. 315.

⁶⁹ Vgl. *Matsubara* in: *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie* (Fn. 3), S. 547 (558).

demnach gerechtfertigt, wenn sie den diskursiven Idealen näher sei.⁷⁰ Das diskursive Ideal bestehe aber darin, dass „nur solche Gesetze in Kraft treten, die in einem diskursiven Rechtsetzungsprozess die Zustimmung aller Rechtsgenossen tatsächlich gefunden haben.“⁷¹ Da dieser Idealzustand in der Realität nicht umgesetzt werden kann, sollten „institutionalisierte und nicht institutionalisierte Diskurse verzahnt“⁷² werden. Dem komme die verfassungsgerichtliche Argumentation als Reflexion des politischen Prozesses⁷³, verknüpft mit dem faktischen Volkswillen (siehe I.3.b.) nach, wodurch die Verfassungsgerichtsbarkeit legitimiert werde, das Volk als ideelle Gemeinschaft gegenüber dem Parlament zu vertreten. Die Repräsentation des Volkes durch das Verfassungsgericht lebe folglich von einer integrativen Verbindung der formellen und der inhaltlichen Repräsentation.⁷⁴

B. Kritische Betrachtung der These der argumentativen Repräsentation nach Alexy und Matsubara

Matsubara analysiert die These der argumentativen Repräsentation *Alexys* und erweitert sie um die Integrationsthese, die den formellen Aspekt des Legitimationsanspruchs innerhalb einer Demokratie betrifft, und um die qualitative Gleichwertigkeit der idealen Dimensionen in Parlament und Verfassungsgericht. Dennoch stellen sich auch nach dieser Weiterentwicklung Fragen, denen sich *Matsubara* nicht angenommen hat. Zuvorderst könnte auf die Positivismusfrage⁷⁵ und all ihre Streitpunkte eingegangen werden. *Alexys* Theorie stützt sich schließlich auf den Anspruch des Rechts auf moralische Richtigkeit, der über die Gegenüberstellung der realen und idealen Dimension in einer Abwägung zur Institutionalisierung der Vernunft und damit auch zur deliberativen Demokratie und argumentativen Repräsentation führe.⁷⁶ Auch wenn es sich um eine Frage handelt, deren Entscheidung bereits die argumentative

Repräsentation von vorneherein ausschließen kann, soll im Rahmen dieser Betrachtung nicht weiterführend darauf eingegangen werden. Stattdessen sollen die Probleme innerhalb der Theorie der argumentativen Repräsentation dargelegt werden.

I. Die Lösung der Wesentlichkeitstheorie

Matsubara löst in seiner Weiterentwicklung der These *Alexys* das Problem der Wesentlichkeitstheorie durch die gleiche Gewichtung der argumentativen Repräsentation als Legimitationsargument sowohl für das Parlament als auch für die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Alexy* hingegen vertrat die Ansicht, dass zwar beide Repräsentationen jeweils vorhanden, die politische Repräsentation aber die für das Parlament wesentliche sei (siehe I.3.). Für *Matsubaras* Entwicklung und gegen *Alexys* These spricht, dass auch im Gesetzgebungsprozess ein argumentativer, rationaler Diskurs stattfindet.⁷⁷ So wird auch in der legislativen Argumentation rational über Inhalt und Text diskutiert, wobei mitunter auf Argumente des juristischen Diskurses zurückgegriffen wird.⁷⁸ Gleichwohl muss das Spannungsverhältnis zwischen Rationalität und politischer Begründung durch Berufung auf den nicht unbedingt rationalen Bürgerwillen berücksichtigt werden, das der Rationalität abträglich ist. Dennoch sind die rechtliche Rationalität und die axiologische Begründungsdimension und nicht die politische Dimension Schwerpunkte der Abwägung innerhalb der legislativen Argumentation.⁷⁹ Somit ist die argumentative Repräsentation in Form des rationalen Diskurses auch für das Parlament wesentlich. Daher ist *Matsubaras* Weiterentwicklung der Wesentlichkeitstheorie zuzustimmen.

II. Die Bedingung der normativen Akzeptanz

Alexy unternimmt in seiner Theorie den Versuch, die ideale Dimension des Diskurses mit der realen Ebene der tatsächlichen Akzeptanz zu verbinden, um so den Einwand

⁷⁰ Vgl. *ibid.*, S. 547 (559).

⁷¹ *Alexy*, Grundrechte und Demokratie in Jürgen Habermas' prozeduralem Rechtsparadigma, in: Beh-rends/Sellert (Hrsg.), Gerechtigkeit und Geschichte. Beiträge eines Symposiums zum 65. Geburtstag von Malte Dießelhorst, 1996, S. 78 (83).

⁷² *Ibid.*, S. 78 (86).

⁷³ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (559).

⁷⁴ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (560).

⁷⁵ Der Streit erstreckt sich über den Zusammenhang der Begriffe „Recht“ und „Moral“ bis hin zum Zusammenhang der Geltung, näher: *Bäcker*, Menschenrechte zwischen Recht und Richtigkeit, in: Borowski/Paulson/Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System, 2017, S. 185 (185 ff.).

⁷⁶ Vgl. *Alexy* in: Der Staat (Fn. 39), S. 389 (389 ff.).

⁷⁷ Vgl. *Oliver-Lalana*, Über die Begründungsfähigkeit der legislativen Argumentation, in: Sieckmann (Hrsg.), Verfassung und Argumentation, 2005, S. 129 (133 ff.).

⁷⁸ Vgl. *Oliver-Lalana* in: Verfassung und Argumentation (Fn. 77), S. 129 (134 f.), so halten ebenso semantische, genetische, historische, komparative, systematische und teleologische Argumente Einzug in den legislativen Diskurs, zu den Argumenten: *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1978, S. 289 ff.

⁷⁹ Die parlamentarische Rechtsetzung unterliege drei Hauptkriterien: Der rechtlichen Rationalität (z.B. prozedurale Aspekte, sprachliche Konsistenz und Integration in die Rechtsordnung, Verfassungsmäßigkeit), der politischen Dimension (z.B. Zweck-Mittel-Rationalität, sozial-integrative Inhalte) und der axiologischen Begründungsdimension (normative Argumentation), vgl. *Oliver-Lalana*, in: Verfassung und Argumentation (Fn. 77), S. 129 (139 f.).

auszuräumen, dass jedes Argument als Volksargument deklariert werden könne. Die Gestaltung dieser Verknüpfung führt allerdings zu zahlreichen Problemen.

1. Die normative Akzeptanz als unbestimmte Verknüpfung

Matsubara erkennt richtig die Interpretationsoffenheit des Begriffs der argumentativen Repräsentation *Alexys*. So wird dem Einwand des „Richterkönigtums“⁸⁰ die Rückbindung an die reale Ebene, durch die tatsächliche Akzeptanz entgegengestellt (siehe I.3.b.). Diese sieht vor, dass das Repräsentationsvermögen ebenfalls darauf basiere, dass „[e]ine hinreichende Zahl des Volkes [...] zumindest auf längere Sicht, die Argumente des Verfassungsgerichts als richtig akzeptiere [...]“⁸¹. Offen bleibt hierbei die Konkretisierung der Zahl und des Zeitraums. So ließe sich in Fällen, in denen einer nicht bereits weit vertretenen Ansicht entsprochen wird und somit ein allgemeiner Diskurs notwendig ist, keine sofortige Zustimmung erreichen. Auch eine überdimensionierte Ausweitung des Zeitraums würde die Rückbindung an den tatsächlichen Volkswillen schwächen und zu der Weissagung verkommen, dass das Volk der Argumentation in einer fernen Zukunft zustimmen würde. Entscheidend bei der Lösung der Zeitfrage ist die Korrelation mit der Zahlfrage. Ob beispielsweise die Argumentation der Zustimmung einer einfachen oder absoluten Mehrheit der Bevölkerung bedarf, bleibt dahingestellt und unbeantwortet. Dies verformt den gesamten Begriff der normativen Akzeptanz zu einer auslegungsbedürftigen und variablen Größe. Die Bindung an die reale Ebene wird dadurch dermaßen schwach, dass sie nicht zur Rechtfertigung und Sicherung der Berufung auf die ideale Ebene genügen kann. Eine Herrschaft des idealistischen Anspruchs und damit derer, die diesen zu erkennen beanspruchen, in Kombination mit der Weissagung künftiger Akzeptanz, wäre die Folge.

2. Die Verknüpfung von Gültigkeit und Akzeptanz

Auch müsse das Volk „die Argumente des Verfassungsgerichts als richtig akzeptieren“⁸². Voraussetzung sei der reale Diskurs und das Vertrauen darin, dass das Volk in einem eigenen rationalen Diskurs diesen Argumenten zustimmen könne.⁸³ Dabei stellt sich die Verknüpfung der demokratischen

Legitimation durch Argumentationsgültigkeit mit der tatsächlichen Akzeptanz als problematisch dar. Sie führt zu der Frage, ob eine Argumentation, die von der Bevölkerung auf Dauer nicht akzeptiert wird, dennoch gültig wäre. Hier unterscheidet *Alexy* zwischen dem zwischen dem Richtigkeitsanspruch, dem durch den Diskurs so nah wie möglich gekommen wird, und der demokratischen Legitimität, dass dieser Anspruch zur Entscheidung herangezogen werden soll. Es wird also eine ideale und reale Gültigkeit unterschieden. Ideal wäre die Argumentation gültig, wenn sie sich so nah wie möglich an dem idealen Diskurs orientiert. Real gültig wäre sie, würde die Argumentation unter den genannten Voraussetzungen tatsächlich akzeptiert werden. Im Falle der sozialen Ablehnung müsste also die Gültigkeit der Argumentation wegfallen oder nicht, je nachdem, welche der beiden Gültigkeiten vorrangig wäre.

Die Akzeptanz wiederum ist gekoppelt an die Annäherung an das Ideale durch den allgemeinen Diskurs. Somit ist Bedingung der realen Gültigkeit, dass durch verfassungsrechtlichen und allgemeinen Diskurs dem Ideal der Richtigkeit beiderseits nahegekommen wird, sodass im Ergebnis eine Überschneidung der Argumentationen und damit eine Willensgleichheit erzeugt wird. Der Volkswille sei diesem Verständnis nach identisch mit der möglichen Richtigkeit, somit in der idealen Dimension determiniert, und könnte dieser nicht zuwiderlaufen. Durch diese beidseitige Rückkopplung auf das Ideal, in Kombination mit der bereits erörterten Unbestimmtheitsproblematik, entstünde bei einer dennoch vorliegenden sozialen Ablehnung ein Spannungsverhältnis zwischen der Natur des Rechts, als im Wesen richtig, und der Natur der Demokratie, als Herrschaft des Volkes. Dieses Problem ist dem realen Diskurs grundsätzlich inhärent.⁸⁴

Bewegen sich beide Argumentationen im Bereich der diskursiven Möglichkeit wird ein weiterer Aspekt des Spannungsverhältnisses deutlich. Gerade die diskursiven Grenzen der Rationalität, die zu indefiniten Ergebnissen führen, sprechen für eine nachträgliche Korrekturmöglichkeit zugunsten des Volkswillens. Diese ist im Falle der Verfassungsgerichtsbarkeit jedoch nicht ohne weiteres möglich. So hat das Volk selbst keine Möglichkeit, diese zu vollziehen und auch dem Gericht ist eine Ergebniskorrektur zumeist nicht erlaubt.⁸⁵ Die einzige Möglichkeit, eine

⁸⁰ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (558).

⁸¹ Vgl. *ibid.*, S. 547 (559).

⁸² *Ibid.*, S. 547 (559).

⁸³ Vgl. *ibid.*, S. 547 (559 f.).

⁸⁴ Lässt der reale Diskurs mehrere Positionen zu und beharren sowohl Verfassungsgericht als auch das Volk auf jeweils anderen Positionen, entscheidet dann der idealere Gehalt des Verfassungsgerichts, oder der demokratischere Gehalt des Volkes? Dieses Problem geht aus der relativen Richtigkeit hervor, näher: *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 124 ff.

⁸⁵ Vgl. *Scheid*, Demokratieimmanente Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine funktionelle und institutionelle Betrachtung, in: Böckenförde/Bogdandy et al. (Hrsg.), Der Staat, 59. Band 2020, S. 227 (272).

Entscheidung des Verfassungsgerichts zu korrigieren, ist die Verfassungsänderung als solche, welche in der Regel mit hohen Hürden verbunden ist. Der Rückgriff *Alexys* auf die Bedingung der Vernunft der Personen und die damit verbundene doppelte Rückkopplung auf die ideale Dimension unterstreicht die herausgearbeitete Problematik, in der das Majoritätsprinzip als beste Möglichkeit der Entscheidungsfindung⁸⁶ zugunsten eines Systems basierend auf dem über allem stehenden Ideal aufgegeben wird.

3. Alexys Rationalität als Repräsentationsqualifikation

Der Rückgriff auf die Vernunft und Rationalität der zu repräsentierenden Personen wirft ein weiteres Problem auf. So argumentiert *Alexy*, dass „konstitutionelle Personen“ auf Basis von Vernunft und Rationalität mit den Argumenten des Verfassungsgerichts übereinstimmen würden, weil diese richtig und vernünftig seien.⁸⁷ Gleichzeitig sei die erkennbare Richtigkeit das Ergebnis der Verbindung⁸⁸ von Prinzipientheorie⁸⁹ und dem diskursiven Ideal als Argumentationsprozedur⁹⁰. Die argumentative Repräsentation der Verfassungsgerichtsbarkeit ist demnach qualifiziert.⁹¹ Die Akzeptanz durch „rationale“ Personen setzt voraus, dass diese Personen denselben Rationalitätsbegriff vertreten. Jeder, der die Prinzipien- oder Diskurstheorie ablehnt, würde nicht mehr unter den Begriff der „konstitutionellen Person“ fallen und wäre somit, erkennt er etwas anderes als richtig, nicht länger Teil des repräsentierten Willens, bis er seine Meinung ändere. Dieses Verständnis, welches die Repräsentationsfähigkeit von Personen abhängig von Verständnissen und Meinungen über die Rationalität macht, wäre wohl nicht mit den demokratischen Vorstellungen von gleicher Teilhabe und Meinungstoleranz vereinbar.

III. Die Wesentlichkeit der argumentativen Repräsentation im Parlamentarismus

Im Zuge der Weiterentwicklung der These durch *Matsubara*, löst er das Problem der Wesentlichkeit durch die Aufspaltung in formelle und inhaltliche Repräsentation (siehe I.4.). Während

Alexy selbst noch zwischen den verschiedenen Gewichtungen der Repräsentationsformen unterscheidet und damit Notwendigkeitsbegründungen der politischen Repräsentation als wesentliche Repräsentation des Parlaments zulässt, scheint nach *Matsubara* die inhaltliche Repräsentation, und damit die Nähe zur idealen Dimension, die Qualität der Repräsentation entscheidend zu prägen. Ist aber, so *Alexy*, die Annäherung an die Richtigkeit Anspruch des Rechts⁹² und beansprucht in diesem Sinne das Parlament die Richtigkeit für seine Rechtsetzung, und damit im Wesentlichen die ideale Dimension, scheint es verfehlt, die Prozesse und Vorgehensweisen des Parlaments dezisionistisch zu gestalten, anstatt sie zum Diskurs hin zu optimieren. Auch würde die These *Matsubaras* das Parlament als erste Repräsentationsinstanz⁹³ des Volkes bewusst zu einer Instanz degradieren, die nicht in bester Weise auf die Repräsentation des Volkes, der These nach die argumentative Repräsentation, ausgerichtet ist. Stattdessen würde das Verfassungsgericht diese Stellung einnehmen. Behebt man aber, unter Annahme der Korrektheit *Alexys*‘ These, diesen Missstand und erhebt durch Hinführung zu diskursiven Idealen⁹⁴ das Parlament wieder zur bestmöglichen Repräsentationsinstanz des Volkes, stellte sich wieder die anfängliche Frage nach der Legitimation des Verfassungsgerichts als Kontrollinstanz und durch den Begründungsversuch wäre nichts gewonnen.

IV. Verfassungsgerichtliche Argumentation und politische Entscheidung

Die Argumentation *Alexys* steht und fällt mit der Bedingung, dass die Argumentation des Verfassungsgerichts den diskursiven Idealen näherkommt als die parlamentarische Entscheidung. Hierbei stellt er dar, inwiefern sich die parlamentarische Entscheidung durch die Mehrheitsherrschaft, Emotionalität, das Geld und die Macht⁹⁵ sowie der politischen Kontrolle durch die Möglichkeit der Abwahl⁹⁶, von dem Ideal entfernt. Jedoch legt er nicht dar, weshalb der Richter, abgesehen von dem Wegfall der Abwahlmöglichkeit, von diesen Schwächen befreit sein oder nicht anderen Schwächen unterliegen sollte. So ist auch der Richter und dessen Entscheidung verschiedenen Einflüssen ausgesetzt. So

⁸⁶ Vgl. *Kelsen* (Fn. 5), S. 9.

⁸⁷ Vgl. *Alexy* in: *Der Staat* (Fn. 40), S. 201 (212).

⁸⁸ Vgl. *ibid.*, S. 205., *ders.* (Fn. 84), S. 206 ff., *ders.* Law’s ideal dimension, in: Oxford, Oxford University Press, 2021, S. 106.

⁸⁹ Näher: *Alexy* in: *Der Staat* (Fn. 40), S. 201 (202 ff.), *ders.* (Fn. 84), S. 177 ff.

⁹⁰ Näher: *Alexy* (Fn. 84), S. 129.

⁹¹ Die dezisionistische Repräsentation dagegen bedarf keiner Qualifizierung mit Blick auf etwaige Richtigkeitsverständnisse.

⁹² Vgl. *Alexy* in: *Der Staat* (Fn. 39), S. 389 (389).

⁹³ Vgl. *Eckert*, Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts und die Eigenheit des Politischen, in: Böckenförde/Grawert et al. (Hrsg.), *Der Staat*, 17. Band 1978, S. 183 (197), *Degenhart*, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht. Mit Bezügen zum Europarecht, 36. Auflage 2020, Rn. 36, *Klein/Schwarz*, GG Art. 38, in: Grundgesetz. Kommentar, 1. Band, 102. Ersatzlieferung 2023, Art. 38 GG, Rn. 30.

⁹⁴ Hier stellt sich die Frage, inwiefern diese Ideale bereits vorliegen (siehe II.1.).

⁹⁵ Vgl. *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (556).

⁹⁶ Vgl. *Alexy*, Grund- und Menschenrechte, in: Sieckmann (Hrsg.), *Verfassung und Argumentation*, 2005, S. 61 (71 f.).

beispielsweise dem Einfluss, bestimmter verfassungspolitischer Grundpositionen als Kriterium der Richterernennung, der Interessen-⁹⁷ und mittelbaren Machtkämpfe, bedingt durch die mittelbare, über politische Instanzen laufende, Kettenlegitimation.⁹⁸ Gerade mit Blick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in der BRD wird häufig und breit die Diskussion um das Verhältnis von Recht und Politik geführt, die vielfach die faktische Politisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit bejaht.⁹⁹ Vorliegend scheint *Alexy* die Möglichkeit der Politisierung zu verkennen und das Verfassungsgericht zu einem rein rationalen Gericht zu idealisieren, diese Idealisierung im parlamentarischen Kontext jedoch nicht anzuwenden, was ihm die Argumentation des Vorrangs der verfassungsgerichtlichen Argumentation erleichtert, jedoch an der Realität vorbeigeht.

C. Die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit nach Alexy und Matsubara für die Menschenrechtstheorie

Nachdem bislang aufgezeigt wurde, auf welche Art und Weise die Verfassungsgerichtsbarkeit mit Hilfe der argumentativen Repräsentation das Volk darstellt und das positive Recht beeinflusst, soll diese in den Kontext der Menschenrechtstheorie gesetzt werden.¹⁰⁰ Die Verfassungsgerichtsbarkeit selbst beschäftigt sich qua Wortlaut mit der Verfassung. So muss also ein Zusammenhang zwischen Menschenrechten und der Verfassung bestehen, in dessen Kontext die Menschenrechte selbst beleuchtet werden können.

I. Alexys Begriff der Menschenrechte

Um die Theorie argumentativer Repräsentation einordnen zu können, muss ihr Kontext, *Alexys* Theorie der Menschenrechte,

erläutert werden. So seien alle *universellen, moralisch geltende, fundamentale, prioritäre und abstrakte* Rechte Menschenrechte.¹⁰¹

Menschenrechte sind *universal*. Dieses Kriterium unterscheidet seinerseits zwischen Träger- und Adressatenschaft. So stehen Menschenrechte ohne besondere Qualifikation allen Menschen als Individuen zu¹⁰², sind also für die Trägerschaft universell.¹⁰³ Im Falle der Universalität der Adressatenschaft muss dies allerdings differenziert betrachtet werden. So können nicht lediglich Individuen, sondern ebenso Gruppen und Staaten Adressaten der Menschenrechte sein. Auch unterscheidet *Alexy* zwischen absoluten Menschenrechten, die alle Träger gegenüber allen Adressaten haben, und relativen Menschenrechten, die alle Träger gegenüber mindestens einem Adressaten haben.¹⁰⁴

Menschenrechte müssen ebenso *moralische Rechte* sein. Die zugrundeliegende Norm muss folglich moralisch gelten, also moralisch richtig sein.¹⁰⁵ Dies ist bei allen Normen der Fall, die Ergebnis des rationalen praktischen Diskurses sein können.¹⁰⁶ Als Folge tritt neben die Universalität der Menschenrechtsstruktur auch die Universalität der Geltung ausgehend von der rationalen Begründbarkeit gegenüber jedem, der sich darauf einlässt.¹⁰⁷ Durch die Transformation moralischer Rechte in positiv-rechtliche Rechte¹⁰⁸ verlieren diese aber nicht ihre moralische Geltung, sondern der rechtliche Geltungsgrund tritt lediglich dazu.¹⁰⁹ Sind Menschenrechte als solche begründbar, muss ebenso deren Inhalt begründbar sein.¹¹⁰

Weiterhin muss der Menschenrechtsgegenstand *fundamental* sein. Dies ist der Fall, „wenn seine Verletzung oder Nichtbefriedigung entweder den Tod oder schweres Leiden bedeutet oder den Kernbereich der Autonomie trifft“¹¹¹. Je

⁹⁷ Vgl. *Ebsen*, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat, 1985, S. 263 ff.

⁹⁸ Vgl. *ibid.*, S. 270 ff.

⁹⁹ Vgl. *Eckert* in: Der Staat, Kompetenz (Fn. 93), S. 183 (200 ff.), *Hartmann*, Das politische System der BRD im Kontext. Eine Einführung, 2. Auflage, 2009, S. 214.

¹⁰⁰ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im dritten Teil auf den Konjunktiv verzichtet. Im Rahmen dieses Abschnitts wird das Menschenrechtsverständnis Alexys beleuchtet und mit seiner These der Verfassungsgerichtsbarkeit verknüpft.

¹⁰¹ *Alexy* unterscheidet das Recht auf etwas, Freiheiten und Kompetenzen. Im Kontext der Menschenrechte seien nur die Rechte auf etwas relevant. Diese seien normative Relationen zwischen drei Elementen (Träger (a), Adressat (b), Gegenstand (G), zzgl. Rechteoperator (R)) und könnten allgemein als RabG ausgedrückt werden. Dies sei äquivalent mit der Verpflichtung (O) ObaG, vgl. *Alexy*, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Gosepath/Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 244 (244 ff.).

¹⁰² Vgl. *ibid.*, S. 244 (248).

¹⁰³ Diese Definition begegnet drei Problematiken. Die definitorisch notwendige Abgrenzung des Begriffs „Mensch“, die Eingrenzung des Trägerkreises auf Individuen, wodurch Rechte von Gemeinschaften oder Staaten nicht von Menschenrechten erfasst werden, und dass nicht alle Menschenrechte jederzeit geltend gemacht werden können, vgl. *ibid.*, S. 244 (247 f.).

¹⁰⁴ Vgl. *ibid.* (Fn. 101), S. 244 (248).

¹⁰⁵ *Alexy* versteht den Begriff der „Richtigkeit“ als „moralische Richtigkeit“, vgl. *Alexy* (Fn. 39), S. 389 (389).

¹⁰⁶ Vgl. *Alexy* (Fn. 84), S. 129.

¹⁰⁷ Vgl. *Alexy* in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (249).

¹⁰⁸ Rechte sind positive Rechte, „wenn die sie gewährende Norm sozial oder rechtlich gilt“, Letzteres seien positiv-rechtliche Rechte, vgl. *ibid.*, S. 244 (249).

¹⁰⁹ Vgl. *ibid.*, S. 244 (250).

¹¹⁰ Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 498 ff.

¹¹¹ *Alexy* in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (251).

fundamentaler der Gegenstand, desto leichter die Begründbarkeit, welche die moralische Gültigkeit bedingt.¹¹² So wird ein Zusammenhang zwischen Fundamentalität und moralischer Geltung hergestellt, welcher umgekehrt jedoch nicht vorliegt.¹¹³ Auf diese Weise wird die Überschneidung zwischen Menschenrechten und Gerechtigkeit begrenzt.¹¹⁴

Menschenrechte sind außerdem *prioritär* gegenüber dem positiven Recht. Unterschieden werden kann zwischen einer starken Priorität, bei der die Legitimität von der Beachtung der Menschenrechte abhängt, und einer schwachen Priorität, bei der die Legitimität unabhängig von der Beachtung für sich steht.¹¹⁵

Zuletzt sind Menschenrechte auch *abstrakt*.¹¹⁶ Adressaten, Gegenstandsmodalitäten und Schranken der jeweiligen Rechte können offen und unbestimmt bleiben und der Rechtsgegenstand einen hohen Generalitätsgrad aufweisen.¹¹⁷

II. Der Begriff der Grundrechte als transformierte Menschenrechte

Grundrechte werden häufig als transformierte Menschenrechte bezeichnet.¹¹⁸ Diese Bezeichnung indiziert einen Zusammenhang beider Begrifflichkeiten als Ergebnis eines Transformationsprozesses.

1. Das Gebot der Transformation

Das Wesen der Menschenrechte bringt die Problematik mit sich, dass das Bestehen des einforderbaren Rechtes als solches keine hinreichende Sicherung der Einhaltung und ausreichende Anerkennung der Menschenrechte ihrem Wesen des Fundamentalen und Prioritären nach bedeutet.¹¹⁹ „Wenn es ein moralisches, also gegenüber jedem begründbares Recht [...] gibt, dann muß es auch ein gegenüber jedem begründbares

Recht darauf geben, dass eine gemeinsame Instanz geschaffen wird, die jenes Recht durchsetzt“¹²⁰.

Dies stützen zwei weitere Argumente. Zum einen das Fairnessargument, also dass jeder Vorteil, der aus unmoralischem Handeln erwächst, ausgeglichen werden muss. Danach muss der moralisch Handelnde vor dem unmoralisch Handelnden entsprechend geschützt werden.¹²¹ Zum anderen das Argument der Nutzenmaximierung. So wäre die Alternative zu einer übergeordneten Durchsetzungsinstanz die individuelle Durchsetzung der Rechte erga omnes.¹²² Ein weiteres Problem entsteht durch die Moralität und damit den unterschiedlichen Auffassungen des Menschenrechtsgehalts: das Erkenntnisproblem. Müssen Entscheidungen zu problematischen Fällen zumeist unter Zeitdruck getroffen werden, erlauben diese also keinen langen Erkenntnisprozess, so müssen diese in einem geregelten Verfahren gefällt werden.¹²³ Die Übertragung der Anwendungskompetenz auf ein Verfassungsgericht erhöht die Rechtssicherheit, ohne dass dabei zwingend der Richtigkeitsanspruch aufgegeben werden muss¹²⁴ (siehe I.3.a., zum Gültigkeitsverlust II.2.b.).

Zuletzt ist auch die Adressatenuniversalität insbesondere bei positiven Rechten oder Leistungsrechten zu beachten.¹²⁵ Die einzelne Durchsetzung eines Anspruchsbruchteils gegen alle Adressaten, oder als Gesamtschuld ist organisatorisch schlicht nicht möglich.¹²⁶ Hier ist der Staat und das Recht als Organisationsinstanz¹²⁷ für die Umsetzung positiver Rechte bereits eine Existenzbedingung dieser, gegen bestimmte Adressaten gerichteten, Rechte.¹²⁸ Somit kann aus Gründen der Durchsetzung, Erkenntnis und Organisation die Notwendigkeit der Menschenrechtstransformation in positives Recht, zumeist

¹¹² Vgl. *ibid.*, S. 244 (251).

¹¹³ Eine Regel kann moralisch gelten, obwohl sie nicht fundamental ist, näher: *ibid.*, S. 244 (251).

¹¹⁴ Vgl. *ibid.*, S. 244 (251 f.).

¹¹⁵ In dieser „Positivismusfrage“ vertritt Alexy die Auffassung, dass nur eine „extreme Menschenrechtsverletzung dem positiven [...] Recht den Rechtscharakter und damit auch die Rechtsgeltung nimmt“, Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (253), näher: *ders.*, Law's ideal dimension (Fn. 88), S. 98 ff.

¹¹⁶ Beispiel: „Jeder hat ein Recht auf Freiheit“, näher: Alexy, in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (253 f.).

¹¹⁷ Vgl. Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 3. Auflage 2018, S. 41 f.

¹¹⁸ Vgl. Borowski, Menschenrechte und Grundrechte, in: Menschenrechte – für wen?, 2019, S. 11 (23), ebenso: Alexy, Law's ideal dimension (Fn. 88), S. 105.

¹¹⁹ Nur weil eine Person ihre moralische Verpflichtung erkannt hat, folgt daraus nicht der Zwang, dieser Verpflichtung nachzukommen, vgl. Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (27).

¹²⁰ Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (255).

¹²¹ Vgl. Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (28).

¹²² Vgl. Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (255).

¹²³ Vgl. *ibid.*, S. 244 (256).

¹²⁴ Vgl. Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (28).

¹²⁵ Ein positives Recht in diesem Sinne ist bspw. das Existenzminimum, bei welchem ein Recht des Bedürftigen gegen alle Nichtbedürftigen besteht, vgl. Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (256 ff.).

¹²⁶ Näher: Borowski in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (28).

¹²⁷ Während Menschenrechte Rechte aller gegen alle (erga omnes) sind, sind Grundrechte Rechte gegen den Staat. Dieser strukturelle Unterschied sei mit Blick auf die Drittwirkung der Grundrechte ein rein juristisches Konstruktionsproblem, vgl. Alexy in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (260).

¹²⁸ Vgl. *ibid.*, S. 244 (256 ff.).

ationale Grundrechte¹²⁹, und ein Menschenrecht auf den Staat als Durchsetzungsinanz¹³⁰ begründet werden.

2. Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Bedingung vollständiger Transformation der Menschenrechte

Die Transformation der Menschenrechte in das Recht kann nur echt sein, wird sie in bindendes Recht umgesetzt.¹³¹ Hierbei müssen die politischen Kräfte durch die Gewaltenteilung gebunden werden.¹³² „Die Gesetzgebung ist in einem nur durch Gewaltenteilung definierten formellen Rechtsstaat keiner Begrenzung außer der, daß die Unabhängigkeit der Justiz und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht beseitigt werden dürfen, unterworfen“¹³³. Darüber hinaus fehlt jedoch die Bindung dieser an die Menschenrechte, die häufig durch die Integration als Grundrechte in eine Verfassung¹³⁴ hergestellt wird.

Weiter argumentiert *Alexy*, dass dies nicht genüge, sondern auch die Einhaltung der Grundrechte durch den demokratischen Prozess, in einem demokratischen Rechtsstaat, oder durch ein Verfassungsgericht, in einem demokratischen Verfassungsstaat, kontrolliert werden muss.¹³⁵ Der formelle Rechtsstaat bedarf also einer Weiterentwicklung auf Basis der Autonomie und Richtigkeit (siehe III.1.). Diese kann privat und öffentlich unterschieden werden. Die private Autonomie ist die individuelle Wahl und Realisierung der eigenen Vorstellung des Guten. Die öffentliche Autonomie ist die in einer Gemeinschaft zu treffende Wahl und politische Vorstellung des Guten und, durch die Gemeinschaftsdynamik, des Gerechten.¹³⁶ Aus einer Verkürzung um die öffentliche Autonomie folgte „eine Selbstbestimmung im Rahmen gänzlich fremdbestimmter Gesetze“¹³⁷, was dem Wesen der Autonomie diametral entgegenstünde. Somit beinhalten die Menschenrechte ein Recht auf Teilhabe am Prozess staatlicher

Willensbildung, dessen Verwirklichung die Demokratie bedeutet.¹³⁸

Besteht ein Zusammenhang zwischen den Begriffen der Demokratie und der Richtigkeit, so über den Diskurs, sind auch Demokratie und Menschenrechte zwingend miteinander verbunden.¹³⁹ Hier kommt die Unterscheidung zwischen realem und idealem Diskurs der Gesetzgebung zum Tragen (siehe I.3.b.). Für die reale Demokratie heißt das: Die Menschenrechte als Grundrechte sind zwar Voraussetzung der Demokratie, entziehen aber auch dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber durch seine Bindung Entscheidungsbefugnisse.¹⁴⁰ Dieses Spannungsverhältnis bietet ein hohes Konfliktpotenzial. Eine weitere Kontrollinstanz als institutionalisierte Bindung des Gesetzgebers, sei es in Form der Selbstkontrolle oder einer Verfassungsgerichtsbarkeit, ist notwendig.¹⁴¹ In dieser Entscheidung sei, so *Alexy*, die Verfassungsgerichtsbarkeit einer Selbstkontrolle vorzuziehen, da niemand über sich selbst urteilen sollte.¹⁴² Die Verfassungsgerichtsbarkeit dient also als Kontrollinstanz gegenüber dem Gesetzgeber und überwacht die Einhaltung des moralischen Wertgehalts der Menschenrechte hinter den positiven Grundrechten¹⁴³ in einem demokratischen Verfassungsstaat¹⁴⁴.

3. Der materielle Grundrechtsbegriff

Neben einem allein auf formelle Kriterien abstellenden formellen Grundrechtsbegriff¹⁴⁵ gibt es den materiellen Grundrechtsbegriff, für den der Zusammenhang zwischen Menschen- und Grundrechten entscheidend ist.

¹²⁹ Vgl. *Borowski* in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (29 f.).

¹³⁰ Vgl. *Alexy* in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (255).

¹³¹ Dies entspricht dem formellen Rechtsstaat, vgl. *ibid.*, S. 244 (258 f.).

¹³² Bedingung hierfür ist die Unabhängigkeit der Gerichte und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, näher: *ibid.*, S. 244 (259).

¹³³ *Alexy* in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (259).

¹³⁴ „Eine Verfassung, die nicht alle Menschenrechte als Grundrechte enthält, ist nicht legitim. Darüber hinaus kann eine Verfassung mehr an Grundrechten gewähren, als die Menschenrechte fordern.“, *ibid.*, S. 244 (260).

¹³⁵ Vgl. *ibid.*, S. 244 (259 f.).

¹³⁶ Vgl. *ibid.*, S. 244 (261).

¹³⁷ *Ibid.*, S. 244 (261).

¹³⁸ Vgl. *ibid.*, S. 244 (261 f.), ebenso: vgl. *Kelsen* (Fn. 5), S. 4.

¹³⁹ Dies nennt *Alexy* den demokratischen Rechtsstaat, vgl. *Alexy* in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (262).

¹⁴⁰ Vgl. *ibid.*, S. 244 (259 ff.).

¹⁴¹ Vgl. *ibid.*, S. 244 (263).

¹⁴² Vgl. *Alexy* in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (208 f.).

¹⁴³ Vgl. *Alexy* in: Philosophie der Menschenrechte (Fn. 101), S. 244 (262 ff.).

¹⁴⁴ Hierbei sieht *Alexy* den demokratischen Rechtsstaat und demokratischen Verfassungsstaat nicht alternativ, sondern Letzteres inkorporiere Ersteres, vgl. *ibid.*, S. 261.

¹⁴⁵ Hier gibt es drei Auffassungen: Grundrechte sind (1) alle individuellen Rechte einer Verfassung, (2) welche die Verfassung selbst als Grundrechte bezeichnet und (3) welche durch Verfassungsbeschwerde durchsetzbar sind, vgl. *Borowski* in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (23 f.).

a) Grundrechte als objektives Transformationsergebnis

Nach dem objektiven Grundrechtsbegriff sind Grundrechte eine Abbildung der Menschenrechte¹⁴⁶ als moralische Rechte und durch eine erfolgreiche Transformation inhaltlich deckungsgleich.¹⁴⁷ Bei vollständiger Transformation sind alle Menschenrechte¹⁴⁸ in Grundrechte transformiert und moralisch begründet.¹⁴⁹ Durch diese begriffliche Verknüpfung setzen Grundrechte die Existenz und Reichweite der Menschenrechte voraus.¹⁵⁰ Die Diskussion darum schlägt so auch auf die Grundrechte durch. Die Grundrechte wären ebenso unbestimmt und allgemein wie die Menschenrechte selbst.

b) Grundrechte als subjektives Transformationsergebnis

Nach dem subjektiven Grundrechtsbegriff hingegen ist allein entscheidend, ob die Rechte in der Absicht Menschenrechte zu transformieren positiviert wurden.¹⁵¹ Entsprechend ist eine objektiv korrekte Transformation nicht notwendig. Problematisch ist diese These dahingehend, dass die Grundrechte, ist der subjektive Wille vorhanden, so nicht den objektiven Menschenrechten entsprechen müssten und der menschenrechtlichen Notwendigkeit der Transformation dennoch genügt wird. Im Gegensatz dazu könnten keine Grundrechte gesetzt werden, würden die Menschenrechte abgelehnt werden. Dies wäre auch der Fall, entsprächen diese gesetzten Rechte aber, aus welchen Gründen auch immer, dem Inhalt der Menschenrechte.¹⁵² Damit wäre der Transformation zwar Genüge getan, aber keine Grundrechte vorhanden.

c) Grundrechte als Transformationsergebnis mit Richtigkeitsanspruch

Der Begriff der Grundrechte als Transformationsergebnis mit Richtigkeitsanspruch schwächt die Objektivitätsbedingung des ersten Grundrechtsbegriffs entscheidend ab. Hier wird der Anspruch an die Grundrechte gestellt, dass diese die Menschenrechte objektiv transformieren, ohne zugleich eine absolute Notwendigkeit der Übereinstimmung einzuräumen.¹⁵³

So führt nicht jede Abweichung von den Menschenrechten zum automatischen Verlust der Grundrechtsqualität.

d) Die Einordnung des Grundrechtsbegriffs nach Alexy

Legt man diese Thesen des materiellen Grundrechtsbegriffs zu Grunde, so kann man den Grundrechtsbegriff nach *Alexy* einordnen. Das Verfassungsgericht nähert sich durch den verfassungsgerichtlichen Diskurs dem Ideal der Richtigkeit so weit wie möglich an. Durch den rationalen Diskurs soll so der Anspruch auf Richtigkeit so weit wie möglich begründet werden. Dennoch räumt *Alexy* die diskursive Möglichkeit, dass der reale Diskurs aufgrund des Erkenntnisproblems mehrere Lösungen zulässt, ein, womit zwar ein Anspruch auf Richtigkeit erhoben wird, aber nicht die volle Übereinstimmung mit den Menschenrechten sicher hergestellt wird.¹⁵⁴ Innerhalb der Theorie der argumentativen Repräsentation ist somit nicht die ideale Übereinstimmung für die Bestimmung des Grundrechtsgehalts und damit der Grundrechtsqualität entscheidend, sondern lediglich der Anspruch auf Richtigkeit im Kontext des diskursiven Ideals. Es handelt sich folglich um den Grundrechtsbegriff als Transformationsergebnis mit Richtigkeitsanspruch.

4. Die Definition der Grundrechte

Anhand der Erwägungen über die Verfassungsgerichtsbarkeit nach *Alexy* und *Matsubara* lässt sich eine Grundrechtsdefinition extrahieren.

Zuvorderst sind Grundrechte *positiv-rechtliche Rechte* als Folge der Transformation der Menschenrechte, die auf nationaler Ebene innerhalb einer Verfassung bestehen (siehe III.2.b.).

Auch sind diese als *Rechte gegen den Staat* als Organisationsinstanz zu definieren (siehe III.2.a.). Dennoch können sie durch ihre Drittwirkung in das Verhältnis zwischen den Bürgern ausstrahlen. Dies stellt einen strukturellen Unterschied zur Universalität der Menschenrechte dar. Mit Bezug auf die Universalität der Trägerschaft stellt sich die

¹⁴⁶ Dies gilt nur für Grundrechte, welche individuelle Rechte enthalten, da nur diese Menschenrechte sein können (siehe III.1.a.).

¹⁴⁷ Vgl. *Borowski* in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (24).

¹⁴⁸ Folglich wären mehr Grundrechte als Menschenrechte nicht als materielle, aber als formelle Grundrechte einzustufen. Weniger Grundrechte als Menschenrechten würden eine Lückenhaftigkeit der Verfassung bedeuten.

¹⁴⁹ Vgl. *Borowski* in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (24 f.).

¹⁵⁰ Vgl. *ibid.*, S. 11 (25).

¹⁵¹ Vgl. *Borowski* (Fn. 117), S. 47 f.

¹⁵² Vgl. *Borowski* in: Menschenrechte – für wen? (Fn. 118), S. 11 (26).

¹⁵³ Vgl. *Borowski* (Fn. 117), S. 48 f.

¹⁵⁴ Vgl. *Alexy* in: Der Staat (Fn. 39), S. 389 (395).

Frage, inwiefern der Staat diese auch gegenüber staatsfremden Personen sichern muss.¹⁵⁵

Außerdem sind Grundrechte *abstrakte Rechte*. Sie enthalten offene und unbestimmte Formulierungen, die den Diskurs als Teil der Interpretation und Anwendung erst erforderlich machen. So wird lediglich der Anspruch auf Richtigkeit erhoben (siehe I.3.a., III.2.c.dd)).

Zusätzlich sind Grundrechte *fundamentale Rechte*. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Zusammenhang von Grund- und Menschenrechten. So müssen, je nach Grundrechtsbegriff, materielle Grundrechte zumindest den Anspruch erheben, Menschenrechte objektiv zu transformieren. Demnach können sie nicht mehr als diese enthalten und müssen ebenso fundamental sein, um einen Widerspruch auszuschließen (siehe III.2.c.cc)).

Zuletzt sind Grundrechte als Verfassungsrecht *prioritäre Rechte* innerhalb des Rechtssystems. Ihre Einhaltung wird durch die Verfassungsgerichtsbarkeit als Kontrollinstanz sichergestellt und vor einer Überschreitung seitens des Gesetzgebers geschützt (siehe III.2.b.).¹⁵⁶

III. Existenzbegründung der Menschenrechte im Verständnis der argumentativen Repräsentation

Die argumentative Repräsentation der Verfassungsgerichtsbarkeit ist auf die Verfassung gerichtet. Durch die Verknüpfung der verfassungsimmanenten Grundrechte mit den Menschenrechten und den Anspruch des Rechts auf moralische Richtigkeit lässt sich auf ein Menschenrechtsverständnis schließen. Zum einen begründet *Alexy* mit dem Rückgriff auf den Diskurs als wesentliches Element der argumentativen Repräsentation die Menschenrechte explikativ. Die diskursive Praxis sei demnach „eine Praxis des Behauptens, des Fragens und des Anführens von Gründen [, welche] [...] notwendig[e] Regeln und Prinzipien voraus[setzt], die die Ideen der Freiheit und Gleichheit der Diskursteilnehmer zum Ausdruck bringen“¹⁵⁷. Die Fähigkeit der Gleichheit und Freiheit für sich kann aber die Existenz der Menschenrechte noch nicht darlegen, sondern es bedarf des Willens, diese Fähigkeiten zu nutzen. Hierfür

verknüpft *Alexy* den Begriff der ernsthaften Teilnahme am Diskurs mit der Anerkennung der Autonomie des Gegenübers. Demnach ist autonom, wer innerhalb eigens als richtig erkannter Regeln und Prinzipien handelt. Ernsthaft nimmt teil, wer Konflikte anhand diskursiv ermittelten Konsenses lösen will. Folglich besteht eine Verknüpfung zwischen der Fähigkeit zum Diskurs und deren Einsatz.¹⁵⁸ Auch führt *Alexy* die Vernunft und den darin implizierten Willen, Richtiges zu akzeptieren¹⁵⁹, an. Die Annahme der „konstitutionellen Person“ arbeitet mit der existenziellen Begründung. Der Mensch als diskursives Wesen hat demnach Interesse an der diskursiven Freiheit und Gleichheit und möchte diese in der Realität umsetzen. Die Menschenrechte müssen demnach existieren, da der Mensch explikativ die Fähigkeit zur Freiheit und Gleichheit besitzt und existenziell der Anspruch auf Richtigkeit, durch sein diskursives Wesen, seine höchste Bestimmung ist.¹⁶⁰ Als Ergebnis der explikativ-existenziellen Begründungen muss und kann im Rahmen des allgemeinen Diskurses eine „hinreichende Zahl des Volkes“¹⁶¹ vernunftbasiert den Argumenten der Verfassungsgerichtsbarkeit und damit dem erkannten Inhalt der idealen Dimension zustimmen. So liegt, unter dem Vorbehalt der geäußerten Kritik, auch eine konsensuelle Menschenrechtsbegründung vor.

IV. Das Menschenrechtsverständnis der argumentativen Repräsentation

Das Menschenrechtsverständnis, das den Ausführungen entsprechend der argumentativen Repräsentation zugrunde liegt, soll hier noch einmal zusammengefasst werden. Nach diesem Verständnis enthalten die Menschenrechte eine Notwendigkeit zur Transformation in Grundrechte innerhalb einer staatlichen Ordnung, wobei der demokratische Verfassungsstaat als zu entwickelnde Form angesehen wird. Hierbei tritt die rechtliche Geltung neben die moralische Geltung, verdrängt diese aber nicht. Menschenrechte können indes aber nicht vollständig erkannt werden, weshalb lediglich die Annäherung an die Richtigkeit entscheidend ist. Folglich ist die Beziehung zwischen Grundrechten und Menschenrechten nicht rein objektiv, sondern lediglich mit einem Anspruch auf Objektivität verbunden. Die Grundrechte können innerhalb

¹⁵⁵ Zumindest aufgrund des moralischen Gehalts, welcher in die Grundrechte transformiert wird, lässt sich wohl ein Anspruch aller auf Basis der Menschenrechtsbegründung herleiten (siehe III.3.).

¹⁵⁶ Auch kann man den Stufenbau der nationalen Rechtsordnung anführen. Nach diesem sind die Grundrechte, bzw. die Verfassung, höchstrangig und damit prioritär vor allen anderen positiven Normen, vgl. *Jakab*, Probleme der Stufenbaulehre. Das Scheitern des Ableitungsgedankens und die Aussichten der Reinen Rechtslehre, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 91. Band 2005, S. 333 (336).

¹⁵⁷ *Alexy*, Ein nichtpositivistischer Begriff der Grundrechte, in: Ewer/Ramsauer et al. (Hrsg.), Methodik-Ordnung-Umwelt. Festschrift für Hans-Joachim Koch aus Anlass seines siebzigsten Geburtstags, 2014, S. 15 (21).

¹⁵⁸ Vgl. *Alexy*, Menschenrechte ohne Metaphysik?, in: Honneth/Krüger et al. (Hrsg.), Deutsche Zeitschrift für Philosophie. Zweimonatsschrift der internationalen philosophischen Forschung, 52. Band 2004, S. 15 (20).

¹⁵⁹ Vgl. *Alexy* in: Der Staat (Fn. 40), S. 201 (212).

¹⁶⁰ Vgl. *Alexy* in: DZfP (Fn. 158), S. 15 (21).

¹⁶¹ *Matsubara* in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie (Fn. 3), S. 547 (559).

dieses Verständnisses als positiv-rechtliche, abstrakte, fundamentale und prioritäre Rechte gegen den Staat definiert werden. Die Form der argumentativen Repräsentation, die den Diskurs und die Vernunft der Person integriert, indiziert eine explikativ-existenzielle Begründung der Menschenrechte, die durch die Bedingung der tatsächlichen Akzeptanz ebenso konsensuell begründet. Die Verfassungsgerichtsbarkeit als solche dient nach diesem Verständnis als Kontrollinstanz der Einhaltung der Menschenrechte durch die politischen Kräfte.

D. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Weimarer Methodenstreit weiter anhält. *Robert Alexy* gelingt zwar eine

Fusion von Substanz- und Relationsbegriff der Repräsentation, die Übertragung auf das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Parlament überzeugt jedoch nicht. Zuvorderst die Verknüpfung von Gültigkeit und Akzeptanz und die Rationalität als Repräsentationsqualifikation sind paradox. Aber auch die Unbestimmtheit des Begriffs normativer Akzeptanz, die Ausgestaltung der Wesentlichkeitstheorie und die Überidealisierung der Verfassungsgerichte werfen zwingende Fragen auf. Mit Blick auf die Menschenrechte lässt *Alexys* Repräsentationstheorie einen tiefen Blick in sein Menschenrechtsverständnis zu, sie kann aber zur weiteren Begründung der Existenz dieser herangezogen werden.