

Prof. Dr. Michael Anderheiden

Abberufen auf dem Weg zum theoretischen Erfüllungszustand

Nachruf auf Prof. Dr. Winfried Brugger, LL.M.
(26.2.1950 – 13.11.2010)

Winfried Brugger, Ordentlicher Professor für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Allgemeine Staatslehre an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ruperto Carola, verstarb zu Beginn des Wintersemesters nach kurzer Krankheit. Die Nachricht war für alle, die ihn näher kannten, unfassbar. Bis dahin hatte er keinen Tag an der Fakultät, der er seit 1992 angehörte, krankheitsbedingt gefehlt. Die deutlichsten Zeichen körperlicher Beanspruchung zeigte er nach Finalspielen „seiner“ Mannheimer Adler, dann versagte schon einmal die Stimme. Am Semesterende war er regelmäßig erschöpft, aber wer ist das nicht?

Kraft tankte er dann auf seinen zahlreichen Auslandsreisen mit wissenschaftlichen Kontakten auf beinahe allen Kontinenten, von den USA über Japan, China und Korea nach Russland, Ungarn und auf den Balkan, von Griechenland nach Südafrika und Brasilien zog sich das Netzwerk seiner akademischen Kontakte. Alleine in den USA dürfte er weit über ein Duzend Fakultäten aus eigener Anschauung gekannt haben, persönliche Kontakte griffen noch weiter aus. Die Heidelberger Fakultät ernannte ihn mit gutem Grund zu ihrem US-Beauftragten. Sein breit angelegtes Studium, das neben den Rechtswissenschaften auch die Philosophie und die Soziologie einschloss, ließ ihn zudem interdisziplinär vielfältige Kontakte im In- und Ausland knüpfen.

Anzeichen für ein Kürzer-Treten-Wollen gab es erst im Herbst 2010: Zufriedenheit über das Ende eines (wiederholten) Prodekanats (Dekan war *Brugger* von 1995–1997), die standhafte Weigerung, den Vorsitz der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (2006–2010) fortzuführen, die Freude auf die turnusgemäß letzte „Geschäftsführung“ in der Redaktion der renommierten Zeitschrift „Der Staat“. Auf seine Forschungstätigkeit bezog sich dieser Rückzug aber nicht, im Gegenteil: Anfang Oktober flog *Brugger* nach einem Tagungs-marathon – zum wievielten Male? – in die USA, neben anderen Zielen steu-

erte er das Georgetown University Law Center in Washington, D.C. zu Lehr- und Studienzwecken an, das ihm, unweit des Capitol Hill in unmittelbarer Nähe des US-Supreme Court gelegen, seit Jahrzehnten als US-amerikanischer „Heimathafen“ diente. Auch am 11. September 2001 arbeitete *Brugger* in dessen Bibliothek, bekam so die Geschehnisse dieses Tages, einschließlich der Räumung des Kapitols, sehr direkt mit. Am Tage seiner letzten Rückkehr stürzte er sich, seiner Gewohnheit folgend, in den Vorlesungsbetrieb in Heidelberg, passend hielt er die Vorlesung: „Introduction to Anglo-American Law“. Es sollte sein letzter Arbeitstag bleiben.

Es zeichnete *Brugger* aus, in Forschung und Lehre das Allgemeine mit dem Besonderen zu verbinden. Dazu gaben ihm nicht nur die verfassungsrechtlichen Themen genügend Möglichkeiten sondern auch der Verfassungsvergleich mit den USA, den er durch eigene Recherchen vor Ort wissenschaftlich präzise ausbreitete und für Studierende aufbereitete. Das Integrative traf vielleicht noch mehr für die Arbeit in den Grundlagenfächern zu: *Brugger* mochte das bloße Theoretisieren nicht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie ohne Anknüpfungspunkte im geltenden Recht und ohne Rücksicht auf die gesellschaftliche Wirklichkeit, wie er sie sah. Noch viel weniger aber goutierte *Brugger* die bloß durch geschwollene Floskeln verbrämten Leerstellen in den Begründungen so mancher burschikos daherkommenden dogmatischen Arbeit. Am allerwenigsten aber mochte *Brugger* den apodiktischen „Basta-Stil“ des „Das ist unvertretbar!“. Solches Ansinnen hielt er, gleich bei welchem Thema, für unwissenschaftlich, eine Ansicht, die ihn da, wo das deutsche Recht eine solche Unumstößlichkeit nahe legt, nämlich beim Schutz der Menschenwürde, in bisweilen erbitterte öffentliche Diskussion trieb.

Auch im Unterricht suchte *Brugger* das Allgemeine mit dem Besonderen zu verknüpfen und didaktisch behutsam neue Wege zu gehen. In der Examensvorbereitung war er lange vor dem „Heidelpräp!“ über Jahre hinweg engagiert, ging von einem Fall aus, der ihn zu Theorien und zurück zur konkreten Lösung führte, hin und her zwischen den Ebenen des Rechts unter Integration methodischer und inhaltlicher Grundlagen. Vorlesungen hielt er regelmäßig auf der Grundlage von Texten, die er den Studierenden vorher zur Verfügung stellte, im elektronischen Zeitalter über die entsprechenden Plattformen der Universität, vorher in Form von Kopien und Exzerpten. Die Gestaltung mancher Unterrichtsstunde wird für diejenigen, die sie erlebten, unvergessen bleiben. So dienten nicht nur die Seminare der Diskussion mit den Studierenden und den Mitarbeitern des Lehrstuhls. Hier forderte *Brugger* den Widerspruch geradezu heraus, wollte, dass kontrovers diskutiert wurde, Spannungen bestehen, Lösungen fraglich blieben. Konforme Studierende oder Mitarbeiter interessierten ihn nicht. Kritisch argumentierende Studierende bevorzugte er bei der Besetzung von Hilfskraftstellen. Man sollte sagen eine Selbstverständlichkeit, und doch wurde sie selten so konsequent gelebt wie von *Winfried Brugger*. Unabhängige Arbeitskreise regte er an und förderte sie, so gut es ging. Derjenige zu den Grundlagen und Grundfragen des Rechts blühte an seinem Lehrstuhl fast von Anbeginn an, viele Habilitanden und Doktoranden trugen dort die Grundlagen ihrer Argumentation explorativ vor, kaum einer ging ohne Anregungen davon. Die Idee einer Zeitschrift von Jurastudenten für Jurastudenten kannte er zwar aus den USA, die entsprechende

Heidelberger Initiative aber begeisterte ihn. Typisch, dass *Brugger* seinen Einleitungsbeitrag zur ersten Nummer der Zeitschrift wieder aus der direkten Anschauung der Ereignisse des 11. September gewann.

Dennoch war *Brugger* auch für Phasen des reinen Forschens dankbar. Zwei Jahre in Georgetown (1991–1992, 1998–1999) und fünf Jahre als Fellow am Max-Weber-Kolleg für sozial- und kulturwissenschaftliche Studien der Universität Erfurt (2003–2008) ermöglichten ihm die Konzentration auf seine Themen: Aus den Grund- und Menschenrechten waren das vor allem die Meinungs- und Religionsfreiheit einschließlich des Staat-Kirche-Verhältnisses sowie Menschenwürde (auch und gerade in extremen Situationen), jeweils im beständigen Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht; aus der Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie Kommunitarismus versus Liberalismus, Gemeinwohl und die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit im gewaltenteiligen demokratischen Rechtsstaat; aus der allgemeinen Staatslehre das Verhältnis von Recht und Politik und von Sicherheit und Freiheit, historisch Arbeiten (u. a.) zu *Max Weber* und *Georg Jellinek*, schließlich zum Soziologen *Philip Selznick*, seinem Lehrer in Berkeley: Da waren jeweils „dicke Bretter“ zu bohren. Und *Brugger* hat zu jedem dieser Gebiete eigenständige, originelle und bleibende Beiträge geleistet.

Bruggers Argumentationen seien an einigen Beispielen verdeutlicht, die in ihrer Auswahl mehr den Interessen der Studierenden und des Verfassers folgen als der Sorge darum, die gesamte Palette des *Brugger'schen* Themenspektrums abzudecken.

I. Menschenbild, Menschenwürde und Rettungsfalter

Obwohl *Bruggers* Arbeiten zur Menschenwürde in ihren konkreten Bezügen kontrovers öffentlich diskutiert wurden, ist sein Ansatz, typisch *Brugger*, integrativ angelegt: Sein Ausgangspunkt ist zum einen, das Dreieck Menschenbild, Menschenwürde, Menschenrechte zu klären. Hier verspricht der Rückgriff auf ein Menschenbild der Menschenrechte eine integrative Sicht und erlaubt, zwischen Norm und Wirklichkeit hin- und herzuschauen. Dabei setzte *Brugger* voraus, dass es interkulturell gerade kein einheitliches Bild vom Menschen gibt, wohl aber alle Kulturen sich zu den Menschenrechten mit dem Inhalt, mit dem sie in internationalen Pakten bekräftigt wurden, aus ihrem jeweiligen Blickwinkel verhalten müssen. Soll sich zwischen den verschiedenen Kulturen und ihren Menschenbildern eine allmähliche Annäherung anbahnen, wird es nötig sein, das Gemeinsame der Menschenrechte herauszuarbeiten. *Brugger* bestimmt nun als das Gemeinsame das Menschenbild dieser weltweit verbreiteten und anerkannten, aber durchaus verschieden interpretierten Menschenrechte als „eigenständige, sinnhafte und verantwortliche Lebens-Führung“. Diese fünf eigenständigen und doch aufeinander bezogenen Elemente eines Menschenbildes sieht er als unabdingbar für ein erfülltes Leben. Zugleich lassen sich diese fünf Elemente des Menschenbildes als Matrix nutzen, die unterschiedlichen Kulturen des Menschenrechtsverständnisses, wie es seinen Ausdruck in internationalen Pakten, nationalen Verfassungen und philosophischen Positionen und Strömun-

gen findet, zu kartographieren: Steht das Eigenständige oder das Verantwortliche im Vordergrund, neigt eine Auffassung eher dazu, die Lebensführung der Einzelnen nur mit Blick auf überlebenswichtige Güter zu unterstützen oder will sie umfassend Lebensstile fördern oder einschränken? Konzentriert sich ein Staat auf das Überleben der Einzelnen oder gestaltet er Lebensräume? Diese und zahlreiche andere Fragen lassen sich anhand des von *Brugger* entwickelten Maßstabs diskutieren und die so diskutierten grundlegenden Äußerungen zu Menschenrechten damit in ihrer Richtung unterscheiden, aufeinander beziehen, bündeln und partiell vereinen.

Indem *Brugger* damit grundlegend Menschenbild und Menschenrechte verknüpft, wird die Menschenwürde nicht von der im Grundgesetz auferlegten Bürde entlastet, als Grund für die Menschenrechte zu dienen. Sie dient aber nicht mehr als Maßstab für die Verwirklichung der Menschenrechte, dafür greift sie zu kurz. Denn innerhalb des von *Brugger* vorgestellten Menschenbildes erfasst die Menschenwürde vor allem die Dimensionen verantworteter Selbstbestimmung, deckt damit integrativ vieles, aber nicht alles ab, was die Menschenbildmatrix erfasst und zudem zu gewichten erlaubt. Indem *Brugger* die Menschenwürde von ihrer Bewertungsfunktion entlastet, öffnet er die Möglichkeit, ihrem Inhalt, ihrer Rechtsqualität und, damit verbunden, ihrem Schutzniveau im Grundgesetz mit einer gewissen Offenheit für alternative, miteinander in Spannung stehende Auffassungen zu begegnen.

In keinem Fall zur Menschenwürde wurde diese Spannung so sehr greifbar wie in der seit dem „Daschner-Fall“ viel diskutierten Rettungsfolter. In diesem Fall, der Entführung und, wie sich dann herausstellen sollte, Ermordung des Bankierssohnes *Jakob von Metzler*, war ein dringend tatverdächtiger Nachhilfelehrer, der ausgerechnet Jurastudent war, rasch festgenommen worden. Als er über den Verbleib des Entführten schwieg, war durch den Polizeivizepräsidenten von Frankfurt die Androhung von „Schmerzen, wie er sie noch nie erlebt habe“ autorisiert worden. Umgehend gestand der Verdächtige und führte die Polizei zur Leiche. *Brugger* hatte sich fast ein Jahrzehnt vor diesem Fall bereits intensiv mit dieser Thematik befasst und zwar aus einer fast schon philosophischen Perspektive: Führt der absolute Schutz der Menschenwürde in ihrer gängigen Interpretation als Objektformel nicht in Fällen wie diesem zu einer Aporie, wenn der Inhalt des Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht und dann sowohl als Abwehrrecht wie als Schutzrecht verstanden wird? Steht nicht am Ende die Würde des Entführungsopfers, die der Staat durch Nichtstun verletzt, gegen die Würde des Täters, die durch staatlich zu verantwortende Folter und deren Androhung verletzt wird? Anders als ihm das mancher Diskussionspartner unterstellte, hat *Brugger* also gar nicht bestritten, dass im Fall die Menschenwürde des Täters durch die (Androhung von) Rettungsfolter verletzt wird. Er sah aber zugleich eine Würdeverletzung des Opfers, wenn der Staat untätig bleibt, und fragte dann, welche Verletzung schwerer wiegt, eine Fragestellung, die im GG und auch in internationalen Menschenrechtspakten so nicht angelegt ist, weil immer von der Unverletzlichkeit und Unverfügbarkeit der Menschenwürde ausgegangen wird. *Brugger* insistierte aber für den Konfliktfall auf einer Antwort. Die Rettungsfolter sah er als diesen Konfliktfall.

Man mag nun noch so sehr streiten, ob der Fall als Beispiel für den theoretischen Konflikt ganz geeignet ist und man mag auch über *Bruggers* Lösungsvorschlag mit

seinen vielen Kautelen eifrig diskutieren (ihn würde das freuen), unbestreitbar bleibt, dass *Brugger* den Finger in eine Wunde gelegt hat, die das deutsche Verfassungsrecht sich in seiner gängigen Dogmatik selbst zufügt: Denn versteht sie Art. 1 Abs. 1 GG im Sinne der Objektformel, so bedient sie sich damit der Philosophie *Kants*, genauer: seiner Moralphilosophie, denn dort taucht die Objektformel in etwas anderer Gestalt als eine der Fassungen des kategorischen Imperativs auf. Nur: Die Moralphilosophie zielt bei *Kant* auf den Willen des einzelnen Subjekts, *Kant* fragt, was ich wollen darf, und gibt hier eine absolute Antwort. Indem Art. 1 Abs. 1 GG aber als Grundrecht verstanden wird, verlässt die Dogmatik *Kants* Argumentationsfeld der Moralphilosophie, ohne zu bedenken, dass *Kant* die Objektformel nicht in seine Rechtsphilosophie übernommen hat. Im Recht geht es nach *Kant* um das äußere Handeln und damit für den Staat um die Aufgabe, das Recht des einen mit dem Recht des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zu vereinen, grundrechtsdogmatisch gesprochen also um die Abwägung zwischen den subjektiven Freiheitsrechten einzelner Grundrechtsträger. Der absolute Inhalt aus dem kategorischen Imperativ und die abwägende, relativierende Form aus dem Recht gehen bei *Kant* nicht zusammen. Das wurde schon von Zeitgenossen so gesehen und von niemandem deutlicher herausgearbeitet als von dem (sehr jung verstorbenen) US-amerikanischen Rechtsphilosophen *Wesley N. Hohfeld* zu Anfang des 20. Jahrhunderts. Zwar gibt es seither immer wieder Versuche, Moral- und Rechtsphilosophie bei *Kant* zusammenzubringen, aber die Grunddifferenz zwischen einer absolut sich gebenden Moralphilosophie, die genau nicht auf den einzelnen anderen mit seinen Besonderheiten schaut und einer Rechtsphilosophie, die diese Besonderheiten in den Blick nehmen muss und dazu allgemeine Sätze aufstellt, diese Grunddifferenz bleibt bei *Kant* ungelöst. *Bruggers* Beispiel der Rettungsfolter, wenn man ihm konzidiert, dass es ein Beispiel konfligierender Würdeverletzungen ist, greift diese Aporie auf und hält sie der deutschen Dogmatik vor. *Brugger* selbst hatte übrigens bei einer anderen Gelegenheit vorgeschlagen, Art. 1 Abs. 1 GG nicht als Grundrecht anzusehen, eine bis heute verbreitete Mindermeinung in der Literatur, die der Aporie entgeht.

Leider ist diese theoretische Pointe des *Brugger'schen* Beispiels mit seiner Bedeutung weit über den Gott sei Dank seltenen Fall einer Situation hinaus, in der Rettungsfolter in Betracht kommen könnte, zu sehr in den Hintergrund gerückt. Das mag daran liegen, dass sich vor dem „Fall Daschner“ niemand für die eher exotische Thematik interessierte und danach die manchmal schrille öffentliche Debatte nicht geeignet war, das theoretische Florett zu ziehen, da musste schon der grobe Säbel her, mit allen Begleiterscheinungen, die auch *Brugger* zu spüren bekam. Nicht dass *Brugger* das Rampenlicht wirklich lange genoss oder danach suchte, aber ihm waren die schärfsten Kritiker die liebsten Gesprächspartner in der Sache. Dabei spielten parteipolitische Ausrichtung, Herkunft und akademische oder gesellschaftliche Stellung des Gegenübers praktisch keine Rolle. *Brugger* schonte sich also nicht, Kritik zu fordern, geradezu auf sich zu ziehen, doch wurde dies der theoretischen Aufgabe fast zum Verhängnis. An dieses bleibende Verdienst *Bruggers*, eine theoretische Aufgabe mit sehr weitreichenden Implikationen für die deutsche Grundrechtsdogmatik formuliert zu haben, ist deshalb hier vorrangig zu erinnern.

II. Kommunitarismus und Liberalismus, Anthropologisches Kreuz der Entscheidung

Ein zweites bleibendes Verdienst *Bruggers* besteht sicherlich darin, die in der US-amerikanischen sozialwissenschaftlichen Literatur wurzelnde Strömung des Kommunitarismus im deutschen Recht, ja in Deutschland bekannt gemacht zu haben. Der Kommunitarismus entwickelte sich aus einer Kritik des etwas missverständlich bezeichneten Liberalismus, seit dieser durch die Lehre vom Gesellschaftsvertrag von *John Rawls* seit Ende der 1960er Jahre in den USA rasch Zuspruch gewann. Schon in der zweiten Hälfte der 1970er Jahre wurden Alternativansätze entwickelt, die dann unter das einheitliche Label „Kommunitarismus“ gepackt wurden. Politisch ließen sich diese Ansätze schon nicht in einer Richtung verorten, ultrakonservative Ansichten standen und stehen innerhalb des Kommunitarismus neben zentristischen, milde linken und linksradikalen Ausrichtungen. Zudem speisten sie sich aus unterschiedlichen Quellen, die nur die Kritik am Liberalismus eines *John Rawls* einte. So warfen ihm die einen vor, nicht bedacht zu haben, dass ein Gesellschaftsvertrag am Nullpunkt (bei *Rawls* „Urzustand“ genannt) verlange, dass die Einzelnen von allen ihren konkreten Bindungen und Erfahrungen abstrahieren müssten; das aber sei unmöglich. Andere verwiesen auf die wesentlichen Prägekräfte wie Christentum und Romantik abendländisch-gesellschaftlicher Tradition, die im Liberalismus zu kurz kämen. Wieder andere sahen in der liberalen Konzentration auf das Individuum die Gefahr, dass Nachteile und Chancen, die sich erst aus konkreten sozialen Verhältnissen ergeben, unterbelichtet bleiben. Die Stichhaltigkeit dieser Vorwürfe gegen den Liberalismus sei hier dahingestellt.

In Deutschland hatte der Kommunitarismus lange und in gewisser Weise bis heute einen schweren Stand. Das hängt zum einen damit zusammen, dass viele das für Kommunitarier typische Abstellen auf gemeinschaftliche und gesellschaftliche Bindungen und Prägekräfte mit der Philosophie *Hegels* verbinden, dessen gedankliche Tiefe aber die wenigsten US-amerikanischen Kommunitarier erreichen. (Immerhin gibt es einige exzellente *Hegel*-Kenner unter ihnen.) Auch fehlt bei den meisten Kommunitariern die für *Hegel* typische Methodik der Dialektik, die dazu verleitet, Spannungen als aufgehoben anzusehen. Zum anderen sind die kommunitaristischen Strömungen zu disparat und in ihren Extremen in Deutschland mit seinen historischen Erfahrungen des autoritären monarchischen Obrigkeitsstaates im 19. Jahrhundert, des Nationalsozialismus und Stalinismus im 20. Jahrhundert praktisch unvertretbar. Die Kommunitarier werden deshalb kaum als Einheit wahrgenommen.

Im Gegensatz zu dieser Reserviertheit der deutschen Philosophen, Rechtsphilosophen und Juristen fühlte sich *Winfried Brugger* zu dieser Strömung gerade wegen ihrer scheinbaren Nachteile hingezogen. So war ihm das teilweise von konkreten Fallgestaltungen weit entfernte liberale Begründungsniveau zu abstrakt und für den Einzelfall nicht fokussierbar genug. Zudem sah er wie viele Kommunitarier als Soziologe die historischen Prägekräfte des Gesellschaftlichen, denen der Einzelne gar nicht entkommen kann, weil er in sie hineingeboren wird und sie alleine nur marginal verändern kann, Sprache, vorherrschende religiöse Ausrichtungen und politische

Richtungen, Stellenwert von Wissenschaft und Praxis, kurz alles das, was im weiteren Sinne zur Kultur gezählt wird. Wer sich darin auch nur halbwegs einfügt, muss den Eigenwert des Bewährten anerkennen und damit die im Liberalismus (wie im gesamten Neukantianismus) übliche Trennung von Sein und Sollen aufgeben. Unabhängig davon wird deutlich, dass die Rechtsordnung immer in eine Sozialordnung eingebettet ist. Kommunitarier entnehmen daraus nicht nur eine Anciennität der Sozialordnung gegenüber der Rechtsordnung, sondern auch ein Primat des Sozialen vor dem Rechtlichen. Methodisch folgt daraus eine Hinwendung zum Historismus, der die Entwicklungsgänge hin zum Bewährten nachzeichnet, bei *Brugger* häufig in der Paarung „Ursprungsgestalt“ – „Erfüllungsgestalt“ (oder „Idealgestalt“), ohne indes im Rahmen geschlossener Metaphysik gezwungen zu sein, die Zukunft als strikt vorgeprägt anzusehen, im Gegenteil: Kommunitarier differieren bei der Frage der Zukunftsoffenheit erheblich, was *Brugger* dazu führte, neben dem Historismus eine pragmatische und pluralistische Behandlung zukünftiger Entwicklungen zu fordern, die den Gegebenheiten der konkreten Gesellschaft aus der Sicht der Gesellschaftsmitglieder einen hohen Stellenwert einräumt. Das hatte Auswirkungen auf die Interpretation etwa der Grundrechte.

Bruggers eigener Beitrag zum Kommunitarismus besteht sowohl in der Klassifizierung von „konservativem“, „liberalen“ und „egalitärem“ Kommunitarismus, als auch in einer über den Kommunitarismus hinausweisenden Abstraktionsleistung, dem anthropologischen Kreuz der Entscheidung. Die schwer zu fassenden kommunitaristischen Strömungen suchte *Brugger* entlang der Linie Gemeinschaft/Gesellschaft – Einzelner zu ordnen, je nachdem, ob die Rechte des Einzelnen grundsätzlich überwiegen, aber Einschränkungen durch Gemeinschaftswerte erfahren dürfen (egalitäre Variante) oder umgekehrt Rechte Einzelner sich nur im Rahmen des Gemeinschaftlich Akzeptierten entfalten dürfen (konservative Richtung) oder schließlich sich beides in etwa die Waage hält, mal das eine, mal das andere den Vorzug verdient (liberale Tendenz). Auch wenn auf diese Weise eine ganze Reihe von Liberalen sich als „egalitäre Kommunitarier“ wiederfanden und Konservative sans phrase damit leben mussten, konservative Kommunitarier zu sein, hat die Kategorisierung doch den für Juristen unschätzbaren Wert, für die Grundrechtstheorie anschlussfähig zu sein, genauer gesagt für die Taxierung von Meinungen zu Streitfragen, zu *Bruggers* Lebzeiten etwa zur Frage um das Kreuz in der Schule. Konservative (Kommunitarier) hätten problemlos für die Mehrheitsreligion, egalitäre Kommunitarier (wie Liberale) für die Rechte der sich bedrängt fühlenden Minderheit votiert, während liberale Kommunitarier den Streit als solchen ernst genommen und weitere Differenzierungen gefordert hätten. *Brugger* tendierte in diesem Streit übrigens dazu, dass das Kreuz und die damit verbundene Störung von der Minderheit hätten hingenommen werden müssen, solange damit keine weitergehenden politischen Aussagen verbunden wurden.

Bruggers vielleicht originellster Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, das „Anthropologische Kreuz der Entscheidung“, kann als eine Abstraktionsleistung aus der Beschäftigung mit dem Liberalismus-Kommunitarismus-Streit gedeutet werden: Liberale haben sich nach *Brugger* wohl zu einseitig auf hehre Ideale

und deren Umsetzung konzentriert. Dabei haben sie sowohl die Vergangenheit ausgeblendet oder unterbelichtet (Kultur) als auch die Bindungen der Einzelnen an das, was ihnen persönlich wertvoll erscheint, vernachlässigt, als auch sich schließlich zu wenig mit den Konsequenzen der Lehre im Einzelfall beschäftigt. Sie hätten, wie *Brugger* dann formulierte, nicht nur „nach oben“ zu den Werten und Idealen aufblicken sollen, sondern auch „nach unten“ in die Tiefen menschlicher Neigungen eintauchen müssen und den Blick zudem „nach hinten“ in die Geschichte mit ihren Prägekräften richten und „nach vorne“ auf die Lösung konkreter Fälle beziehen müssen. Das sei nicht geschehen, die liberale Theorie entspreche damit nicht Maßstäben für eine gelungene Rechtfertigung juristischer Entscheidungen. In einer gelungenen Entscheidung stehe der Entscheider sozusagen „im Kreuz“ der nach vorne und hinten und nach oben und unten ausgerichteten Fäden und müsse diese zu einer schlüssigen Lösung vereinen.

Unterfüttert wurde diese Lehre juristischen Entscheidens bei *Brugger* durch eine Anthropologie, die genau die im wahrsten Sinne des Wortes humane Konstante dieser vier Ausrichtungen in den Blick nahm: Dem Menschen ist es praktisch unmöglich, ohne Bezug zur Vergangenheit zu leben oder ein Selbstbewusstsein auszuprägen. Es ist ihm ferner kaum möglich, sich wie die biblischen Vögel auf dem Felde überhaupt nicht um die Zukunft zu scheren. Schließlich weisen sowohl Werte als auch Bedürfnisse auf die Vergangenheit und eine zur Gestaltung anstehende Zukunft. Damit wird auch deutlich, dass auf der letzten Ebene der Begründung bei *Brugger* eine Anthropologie zu finden ist, die er in eine Entscheidungstheorie („Kreuz der Entscheidung“) übertragen und dann zur Bewertung konkreter Theorien (Kommunitarismus und Liberalismus) und von hier aus zur Begründung in konkreten Fällen eingesetzt hat – juristische Grundlagenforschung verbindet sich mit juristischer Dogmatik, das eine dient dem anderen und umgekehrt. So stellte sich *Brugger* wohl die integrative Verzahnung und Verstärkung beider Gebiete vor.

III. Meinungsfreiheit

Brugger bemühte sich aber auch darum, die beiden angesprochenen Themen, Menschenwürde und letztlich anthropologisch begründeten Kommunitarismus, in der dogmatischen Bewertung von Einzelrechten und Einzelfällen zusammenzuführen. Ein Beispiel dafür bietet seine Interpretation der Meinungsfreiheit, ein Thema, das *Brugger* immer wieder aufgriff und in seiner Habilitationsschrift auch monographisch behandelt hatte.

Hierzu vertrat *Brugger*, geschult sowohl an den Judikaten des US-Supreme Court zur „free speech“-Klausel des 1. Amendments der US-Verfassung als auch an der deutschen Verfassungsrechtsprechung, die gerade in der Leitentscheidung „Lüth“ auf die US-amerikanische Debatte zugreift, eine ausdifferenzierte, zunächst liberale, später eher liberal-kommunitaristische Position: Die Freiheit der Meinungsäußerung ist eng verknüpft mit dem Prozess der Aufklärung und hier der Umstellung des Rechts weg von der Einbettung in eine bestehende, das Wahre, Richtige, Gute und

Gerechte bis in die Details vorgebende Ordnung hin zu grundlegenden Rechten des Einzelnen. Ist erst einmal anerkannt, dass die Rechte der Einzelnen grundlegend sind für die gesamte Rechtsordnung, muss die Entwicklung der Rechtsordnung wieder in den Händen der Einzelnen ruhen, die sie nur als Gleichberechtigte wahrnehmen können. Dazu dienen politische Wahlen und Abstimmungen und diese vor- und nachbereitende, flankierende und transzendierende Diskussionen, der Kampf der Meinungen. Ein solcher Kampf der Meinungen ist dagegen dort kontraproduktiv, wo die Grundlagen des gesamten sittlichen Lebens vorgegeben sind und nur noch der Verwirklichung harren. Die Meinungsfreiheit war für *Brugger* deshalb Grundlage der sich selbst aufklärenden Moderne.

Bis zur Grenze der Menschenwürdeverletzung, dieser zunächst typisch deutsch erscheinenden dogmatischen Grenze, sollte nach *Brugger* der Wettstreit der Meinungen möglichst offen, robust und ungestört verlaufen, sozusagen US-amerikanisch. Das galt umso mehr, je stärker die betreffende Äußerung im Rahmen einer Debatte um die Zukunft des Gemeinwesens, vor allem die politische Gestaltung dieser Zukunft geprägt ist, dort wo es also nicht um das private „ich will“, sondern um das öffentliche „was können wir legitimerweise wollen“ geht. Während so die Menschenwürdegrenze offen angesprochen wird, infiltriert die kommunitaristische Grundhaltung *Bruggers* Auffassung zur Meinungsfreiheit in der Bewertung der Äußerungen am Maßstab des Politischen: Meinungen im politischen Kampf um die weitere Entwicklung des Gemeinwesens verdienen stärkeren Schutz als rein private Meinungen zu Themen abseits der Politik.

Wenn man so will, rezipiert *Brugger* damit die US-amerikanische Diskussion zum 1. Zusatzartikel der Verfassung, setzt ihr allerdings die Menschenwürde als Korrektiv entgegen. Diese Übertragung des Menschenwürdegedankens auf das US-amerikanische Recht mag zunächst befremdlich wirken. Sie war für *Brugger* möglich, weil er die Menschenwürde als Ausdruck der prägenden grundlegenden Stellung der Menschenrechte für die gesamte neuzeitliche Rechtsordnung verstand. Die Moderne und ihr auf die Menschenrechte gegründetes Recht würden sich selbst untergraben, gäben sie den Menschenwürdekern in den politischen Diskussionen auf. Die Dialektik der Aufklärung liegt also darin, dass jenseits des Menschenwürdekerns keine Aufklärung möglich ist, sondern nur Hass, Verneinung, Verfemung und Verfolgung. Folgerichtig interessierten *Brugger* am Recht der Meinungsfreiheit, grundrechtsdogmatisch gesprochen, nicht so sehr der Schutzbereich und seine genaue Ausdehnung als vielmehr die Schranken und ihre Rechtfertigung. Das entspricht der US-amerikanischen Sicht, die vieles unter „free speech“ fasst, was in Deutschland durch andere Grundrechte oder auch gar nicht abgedeckt ist. Entsprechend sah *Brugger* keinen kategorialen Unterschied zwischen der Wiedergabe von Wissen und dem Äußern einer Meinung. Gerade bei Letztbegründungen sei dem Einen sicheres Wissen, was einem Anderen bloß subjektive Meinung sei. Wenn aber bei den Letztbegründungen der Unterschied zwischen Meinen und Wissen jenseits bloßen Meinens verschwimme, wie könne das dann anders sein bei Äußerungen, deren Inhalt aus diesen Letztbegründungen abgeleitet wird?

Für die Bestimmung der Schranken von Meinungsfreiheit unterschied *Brugger* streitige Rechtsfälle von unstreitigen Unrechtsfällen. Die streitigen Rechtsfälle spielen

alle in dem inhaltlichen Rahmen, der durch das Paradigma des modernen Rechts gesetzt wird, also der Zuschreibung ursprünglicher Menschenrechte, wie sie in der Menschenwürde ihren Ausdruck findet. Innerhalb dieser Schranke können Auffassungen umstritten sein, sie müssen aber dem Grunde nach als zustimmungsfähig gelten. Jenseits dieser Grenze handelt es sich dagegen um unstreitige Unrechtsfälle; über diese Überzeugungen lässt sich im Rahmen des Paradigmas der Moderne gar nicht sinnvoll diskutieren. Damit eine Auffassung als umstritten und zustimmungsfähig angesehen werden kann, muss sie zudem in den öffentlichen Raum hinein wirken, sie muss kundgetan und über geeignete Medien verbreitet werden können. Nur so kann sich der Inhalt einer Meinung bewähren.

Ob sich der Inhalt einer Meinung bewährt, ist Sache der Einzelnen als Rechtsautoren, die jedoch in ihren Auffassungen durch die jeweils obwaltende Kultur geprägt werden. Weil diese kulturelle Prägung vorhanden ist, wird auch der Inhalt von Grund- oder Menschenrechten kulturabhängig interpretiert. Damit werden in den verschiedenen Rechtsordnungen auch die Grenzen zwischen „noch streitiger Rechtsfall“ und „schon unstreitiger Unrechtsfall“ unterschiedlich gezogen. Für *Brugger* war damit der Unterschied in der Grenzziehung erlaubter zu unerlaubter Sprache, wie er beispielhaft in den Rechtsordnungen Deutschlands und der USA zum Ausdruck kommt, ohne weiteres erklärbar. Zugleich verstand *Brugger* die Meinungsfreiheit damit als ein Beispiel dafür, dass der liberale Ansatz um kommunitaristische Elemente anzureichern, ja im Alltag zu überlagern sei.

IV. *Jellinek*

Findet *Brugger* für diese Positionen Verbündete in der deutschen Staatsrechtslehre? So häufig *Brugger* für Einzelauffassungen öffentlich wie privat Zustimmung geerntet hat, so wenig hat er eine *Brugger*-Schule aufgebaut oder eine inhaltlich begründete allgemeine Gefolgschaft in der aktuellen deutschen Staatsrechtslehre gefunden. Das ist kaum verwunderlich: Zum einen war die Auswahl seiner Mitarbeiter nicht geeignet, auf eine Schule zu hoffen, zum anderen beschäftigten sich innerhalb der deutschen Staatsrechtslehre allenfalls zehn, eher fünf Prozent der Mitglieder mit Grundlagenfragen, und selbst diese Gruppe bildet keine Einheit, sondern ein bunt geschecktes Bild. Auch ist kaum ein Staatsrechtslehrer bereit, über seine Grundlagen in systematischer Form zu reflektieren und offen darüber Bericht zu geben. Den meisten stehen dann auch nur die gewohnten kantischen und neukantischen Bahnen zur Verfügung, die etwa mit Namen wie *Kelsen* oder *Radbruch*, auch *Dürig* verbunden, die deutsche Staatsrechtslehre, wenn auch häufig subkutan, prägen.

Die zweite prägende Kraft, die der der *Schmitt*-Apologeten, die über ihre zentrale Bezugsgestalt hinaus kaum einen gemeinsamen Nenner untereinander finden dürften, von katholisch über rechtshegelianisch bis zu rationalistisch und eigenständig, tritt zwar recht offen auf, aber bemüht sich kaum um Anschluss an Gegenwartsströmungen in anderen Wissenschaften und kann mit *Bruggers* rechtssoziologischem Blick auf die Wirklichkeit wenig anfangen. Daneben gibt es Systemtheoretiker,

neuerdings auch Schmalspurtheoretiker, die sich einer ökonomischen Theorie des Rechts meist unter Kappung ihrer Grundlagen verschrieben haben, gelegentlich Propagandisten einer Diskurstheorie des Rechts, noch seltener sind offen hegelianisch argumentierende Staatsrechtslehrer. Selbst innerhalb eines respektierten kulturphilosophisch orientierten Verfassungsverständnisses fand *Brugger* relativ bescheidene Anhängerschaft, weil er weder die protestantischen Grundlagen der *Smend*-Schule teilte, noch die Voraussetzungen der Postmoderne für grundgesetzkompatibel hielt.

Damit ist es durchaus vereinbar, dass in Einzelauffassungen Kompatibilität zwischen *Brugger* und einzelnen Schulen oder deren Mitgliedern bestehen mag, aber eine durchgehende Zustimmung scheint *Brugger* bei keinem seiner deutschsprachigen Zeitgenossen gefunden zu haben. Sie wäre ihm wohl auch ein wenig peinlich gewesen, wie seine Reaktionen auf entsprechende Avancen aus anderen Kulturkreisen vermuten lassen. (Das bedeutete freilich nicht, dass *Brugger* nicht höchste Anerkennung genoss: Vier Rufe geben davon genauso beredt Zeugnis wie die zahlreichen Einladungen zu Vorträgen im In- und Ausland, die Herausgeberschaft der Zeitschrift „Staat“ oder die prominente Rolle, die *Brugger* in den Exzellenzbestrebungen der Heidelberger Universität spielte.) Wo also nach Verbündeten in der Sache suchen? Bei den eigenen Lehrern? *Günter Dürig* war Kantianer, der *Brugger* ebenfalls verbundene *Otto Bachof* hielt sich mit offen rechtsphilosophischen oder ähnlich von Grundlagen geprägten Äußerungen eher zurück, ein Theologe wie *Johannes Schwardtländer*, der Initiator des Tübinger Menschenrechtsprojekts, in den neben *Brugger* zeitweise auch andere Juristen Eingang fanden, läuft außer Konkurrenz. So war *Brugger* frei, in der Geschichte der deutschen Staatsrechtslehre nach Vorläufern und Verbündeten im Geiste Umschau zu halten. Bei *Georg Jellinek* sah sich *Brugger* fündig geworden.

Jellinek, von 1892 bis zu seinem Tode 1911 Professor auf dem eher grundlagenorientierten Lehrstuhl für Öffentliches Recht in Heidelberg war die prägende Gestalt der deutschen Staatsrechtslehre um die letzte Jahrhundertwende, wenn man so will, das Bindeglied zwischen der etatistisch-monarchischen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts und dem immer mehr auf die Rechte des Einzelnen schauenden Öffentlichen Recht der Weimarer Republik mit ihren Systemansätzen und Schulen. Sein Einfluss reichte weit über die Staatsrechtslehre der Zeit hinaus, er beeinflusste nachhaltig seinen Freund *Max Weber* (über dessen Menschenrechtsbegründung *Brugger* promovierte) nachhaltig und viele Kollegen, die sich der damals neuen Wissenschaft der Soziologie verpflichtet fühlten, und erzielte soviel Erfolg, dass sein Ruhm andere Länder und Kontinente, namentlich die USA erreichte. Noch heute sind einige seiner Überlegungen, Begriffsschöpfungen und -klärungen in der Staatsrechtslehre aktuell: „normative Kraft des Faktischen“, „Statuslehre“, „subjektives öffentliches Recht“, um nur wenige zu nennen. Es sind aber nicht die plastischen Begriffe, die *Brugger* interessierten, sondern der Zugriff *Jellineks* auf das öffentliche Recht. Er sah in *Jellinek* einen Kommunitarier, genauer einen „liberalen“ Kommunitarier gemäß der eigenen Terminologie.

In dieser Auffassung bestätigten *Brugger* vor allem die folgenden Anhaltspunkte, die er im Werk *Jellineks* fand: dessen Unterscheidung von sozialwissenschaftlicher und

juristischer Staatsrechtslehre, die Voranstellung der sozialwissenschaftlichen Lehre, die *Brugger* als deren Primat las, die im status subjectionis steckende Anerkennung als Grundlage des Rechts, die *Jellinek* half, dem formal immer noch etatistischen Denken material eine Lehre an die Seite zu stellen, die den Eigenwert aller Menschen in ihrer Stellung im Recht und durch das Recht betont, mithin eine Position, die potenziell offen ist für eine Auffüllung hin zur Menschenwürdegarantie und zu allgemeinen Bürgerrechten, deren Inhalt aus sozialen und moralischen Positionierungen gewonnen wird. In *Jellineks* weiteren status sah *Brugger* eine Systematisierung, in der sich die Integrität der Individuen wie deren Integration in das Ganze die Waage halten und die sich über den Nationalstaat hinaus auf den Staat in der heutigen supra- und internationalen Welt fortführen lässt. In *Jellineks* Beispielen sah *Brugger* häufig genug historische Kontinuitäten zwischen Ursprungs- und Erfüllungs- oder Idealgestalten.

Die Parallelen in den historischen Überzeugungen zwischen *Brugger* und *Jellinek* gehen noch darüber hinaus. So stimmt *Brugger* mit *Jellinek* darin überein, das Besondere der US-amerikanischen Rechtsentwicklung darin zu sehen, dass Europa eine Säkularisation, im Sinne einer Ersetzung der positiven Religion durch die Gedanken der Aufklärung erlebt hat, die USA aber ihr Recht stets auf dem Boden und im Rahmen einer deistischen Religion entwickelte, also eingebettet blieb in die historisch-kulturelle Tradition. Als Folge teilte *Brugger* mit *Jellinek* die Überzeugung, dass für die Entstehung der Menschenrechte der Prozess der Loslösung der amerikanischen Kolonien und die Entwicklung hin zur US-Verfassung wichtiger ist als die unbestritten bedeutsame Französische Revolution von 1789 mit ihren nachfolgenden Deklarationen. Schließlich stimmten *Jellinek* und *Brugger* methodisch darin überein, multikausales Denken und pragmatische Zugriffe auf die Gegebenheiten von Alltag und Kultur zu pflegen. *Jellineks* historische und soziologische Herangehensweise, die Ideale und Aufmerksamkeit für Besonderheiten des Alltags verband, sah *Brugger* als so entwicklungssoffen an, dass sie ihm als bis heute theoretisch aktuell oder zumindest, wo nötig, aktualisierbar erschien, wenn man so will als ein Idealbeispiel für ein erfülltes theoretisches Denken entlang der Dimensionen des Kreuzes der Entscheidung.

Es versteht sich, dass die Verflechtungen des *Brugger'schen* Denkens, ein komplexes Gesamtgefüge mit vielen Aspekten, Weichenstellungen und Spuren zwar die Gegenstände des Unterrichts im öffentlichen Recht und in den Grundlagenfächern prägen konnten, aber nicht durchgängig im Vordergrund stehen dürften. *Brugger* war viel zu diszipliniert, um den dogmatisch ausgerichteten Unterricht weit von dem fortzubewegen, was das Staatsexamen verlangte. Dennoch konnten aufmerksame Studierende auch hier mit Spuren von *Bruggers* theoretischer Ausrichtung punktuell konfrontiert werden. Stärker betonte *Brugger* den eigenen Standpunkt dann in den Veranstaltungen zu den Grundlagenfächern, namentlich der „Rechtsphilosophie“: Hier widmete er einzelne Stunden „seinen“ Themen, dem Kommunitarismus oder der Begründung und Entwicklung der Menschenrechte, in den letzten Jahren stets auch dem Anthropologischen Kreuz der Entscheidung. Doch war es *Brugger* nicht (mehr) vergönnt, seine Auffassung in geschlossener Form, etwa einem Lehrbuch zur Rechtsphiloso-

phie oder zur Verfassungslehre niederzulegen, obwohl sich Skizzen und Ansätze finden und das Material sicherlich ausreicht. Aber *Brugger* verschob solche Projekte immer wieder, wollte noch stärker einzelne Linien seiner Überzeugung verfolgen, ausdifferenzieren und durchaus auch in Frage stellen. In seinen eigenen Worten war er mehr „Jäger“ als „Sammler“, die gesammelte Erfahrung eines Lehrbuches war für ihn dann vielleicht doch sekundär.

In wissenschaftlichen Diskussionen vertrat *Brugger* seinen Standpunkt deutlich und mit Leidenschaft. Dabei schätzte er den kleinen Kreis Interessierter und Informierter mehr als das große Forum, etwa das der Staatsrechtslehrervereinigung. Dort hielt er zwar den für erfolgreiche Hochschullehrer des Öffentlichen Rechts obligaten Vortrag, Diskussionsbeiträge im Plenum sind aber nicht überliefert; häufig zog er gar, für manche seiner Kollegen undenkbar, den Forschungsaufenthalt im Ausland vor. Selbst in der Rechtsphilosophie fühlte er sich im kleinen Kreis wohler als im großen, auch wenn er sich in der IVR an den Plenumsdiskussionen aktiv beteiligte. Nach Ämtern drängte er nicht.

Außerhalb wissenschaftlicher Diskussionen war *Brugger*, dem eigenen theoretischen Ideal entsprechend, überaus konziliant. Wer ihn genauer kannte, wusste aber, dass ihn die Zurückhaltung in der Form manches Mal Kraft kostete. Diese Umgänglichkeit wurde ergänzt durch eine außergewöhnliche Teambereitschaft in der akademischen Selbstverwaltung. Dennoch durfte jedem Kollegen deutlich gewesen sein, dass seiner freundlichen Zurückhaltung im Gestus kein begrenztes Interesse an einer Sache entsprechen musste, im Gegenteil. Dessen ungeachtet diente *Brugger* der Fakultät ganz selbstverständlich als ausgleichender Dekan und Prodekan.

Schließlich beschränkte sich *Winfried Brugger* nicht auf die Tätigkeit an der Juristischen Fakultät in Heidelberg. Hinzu kamen Engagements im interfakultären Austausch, etwa im Heidelberg Center for American Studies, im Interdisziplinären Forum für Bio- und Kulturwissenschaften, in dem von ihm selbst gegründeten und geleiteten, interdisziplinär ausgerichteten Arbeitskreis zu den Grundlagen des Rechts, sowie in zahlreichen, informelleren Gesprächskreisen, allen Foren, in denen *Brugger* es meisterhaft verstand, auch Nichtjuristen eine juristische Perspektive auf den Behandlungsgegenstand zu erschließen. Jenseits der Universität wirkte *Brugger* als Regionalvorstand der Deutsch-Amerikanischen Juristenvereinigung und leitete die juristische Sektion der „Freunde der Universität“.

Wer den agilen 60-jährigen im Spätsommer 2010 vor sich sah, konnte ihn auf Ende vierzig schätzen; schon dass er einem Ruhestand entgegenging, schien durch Arbeitskraft und Präsenz schlechterdings widerlegt. Nun ist er auf dem Heidelberger Bergfriedhof begraben – ganz in der Nähe *Georg Jellineks* (und, wenig weiter entfernt, *Max Webers*). Mögen sie nun das direkte Gespräch miteinander suchen. Uns wird *Bruggers* Stimme, sein Rat, ja auch seine Weisheit fehlen.