

Subjektive Rechte als Grundlage der Res publica?
Die Bandbreite des westlichen Republikverständnisses im
Hinblick auf die Anschlussfähigkeit für nicht-westliche
Kulturen.

Gret Haller

Die Rolle der subjektiven Rechte der Bürgerinnen und Bürger im republikanischen Gedankengut legen – im Sinne des Tagungsthemas – zunächst eine Gegenüberstellung westlicher und nicht-westlicher Kulturen nahe. Diese Sicht ist aber sehr vereinfachend, denn auch innerhalb des Westens gibt es eine Vielfalt im Verständnis der Republik, in welchem den subjektiven Rechten unterschiedliche Rollen zukommen. Anhand der Entwicklung im 17. und 18. Jahrhundert wird im folgenden die westliche Bandbreite im Republik-Verständnis aufgezeigt. Daraus können sich ganz unterschiedliche Möglichkeiten der Austausches mit anderen Kulturen ableiten.

Der Begriff der subjektiven Rechte beschränkt sich für die folgenden Überlegungen auf seine Ausformung in Grund- und Menschenrechten. Die eigentliche privatrechtliche Bedeutung dieses Begriffes fällt also nicht in Betracht, wonach der Abschluss privatrechtlicher Verträge gegenseitige Rechte und Pflichten der vertragsschliessenden Privatpersonen begründet. Grund- und Menschenrechte sind im kontinentaleuropäischen Verständnis Bestandteil des öffentlichen Rechts, dem auch alle Regelungen "republikanischer" – heute würde man sagen "demokratischer" – Abläufe zugerechnet werden. Dass in den letzten Jahren eine fast unmerkliche Vermengung stattfindet, indem die Menschenrechte und ihre subjektive Einklagbarkeit

Gret Haller

zunehmend im Sinner von Privatrechten verstanden werden, ist ein anderes Problem, auf welches hier nicht eingetreten werden kann.¹

Eine Sicht der Menschenrechte, welche die Rechte der einzelnen Personen aus dem Naturrecht ableitet und sie vor allem durch ihre Einklagbarkeit definiert, muss sich von der Französischen Revolution von 1789 abgrenzen. Diese Sicht der Menschenrechte hat sich vor allem in den Vereinigten Staaten verwirklicht, deren Gründung vor der Französischen Revolution stattfand. Die europäischen Modelle haben ihre Wurzeln in England und Frankreich, die sich zwar unterschiedlich präsentieren, aber dennoch einige Gemeinsamkeiten aufweisen, in denen sie sich vom US-amerikanischen Modell unterscheiden.

Vor 200 Jahren bezeichnete man das, was heute mit Demokratie umschrieben wird, als Republikanismus, während damals der Begriff der Demokratie für die Mitwirkungsrechte der Bürger in der antiken Polis reserviert war und aus verschiedenen Gründen kein hohes Ansehen genoss. Im folgenden wird deshalb unter Verwendung der heutigen Begrifflichkeit die Bedeutung von Staat und Demokratie im Zusammenhang mit den Menschenrechten skizziert.² Diesbezüglich gestaltete sich im 17. Jahrhundert bereits die Ausgangslage in Frankreich, Amerika und England sehr unterschiedlich. Das Verhältnis zwischen Menschenrechten und Demokratie wurde unterschiedlich gesehen und hat sich auch danach unterschiedlich entwickelt. Selbst wenn eine gegenseitige Beeinflussung stattfand – insbesondere zwischen Frankreich und den USA über persönliche Beziehungen –, führten die historischen Gegebenheiten zu Unterschieden in der Wahrnehmung und Handhabung der Menschenrechte, welche bis heute ihre Auswirkungen haben.

Die Ausgangslage in Frankreich, Amerika und England

Noch bis in die sechziger Jahre des 18. Jahrhunderts begründeten die amerikanischen Kolonisten ihre Ansprüche gegenüber dem Mutterland mit ihren Geburtsrechten als Engländer – *birthrights of Englishmen* – und dachten nicht an Unabhängigkeit. Wenn sie sich auf ihre »natürlichen« Rechte beriefen, hatten sie die englischen Herrschaftsverträge wie die *Ma-*

1 Dazu Gret Haller, *Menschenrechte ohne Demokratie? Der Weg der Versöhnung von Freiheit und Gleichheit*, Berlin 2012, S. 116 und 134 f.

2 Der folgende Text hält sich in leicht überarbeiteter Form an Haller 2012, Kapitel 5.

gna Charta von 1215 vor Augen oder die *Bill of Rights* von 1689. In der einleitenden Begründung der *Bill of Rights* waren eine ganze Reihe von Verstößen des Königs gegen die überkommene Ordnung verurteilt worden, insbesondere dessen Übergriffe in Bereiche, welche dem Parlament, Gerichten oder der Kirche zustanden. An solchen älteren Texten orientierten sich nun die Kolonisten und nahmen sich ein Vorbild an ihren englischen Ahnen, die »in ruhmvollen Kämpfen die alten Freiheiten gegen die Übergriffe einer tyrannischen Regierung verteidigt und wiederhergestellt haben«.³ Genau wie die englische *Bill of Rights* enthielt Thomas Jeffersons Entwurf für die amerikanische Unabhängigkeitserklärung eine lange Aufzählung der Missetaten des englischen Königs, dies geradezu im Sinne eines ausführlichen Sündenkatalogs.⁴ Für eine naturrechtliche Begründung der Unabhängigkeit hätte dies wenig Sinn gemacht. Vielmehr ging es darum, die Grundlage zu schaffen für die Kündigung eines altrechtlichen Treueverhältnisses zwischen dem König und seinen Untertanen, dessen Wurzeln in Europa ins ständische Mittelalter zurückreichen. Vor allem sollte bewiesen werden, dass nicht die Kolonisten dieses Verhältnis kündigten, sondern der König selbst das Treueverhältnis aufgelöst habe, indem er den Untertanen in Amerika seinen Schutz entzogen hatte. Erst zwei Jahre vor der Unabhängigkeitserklärung wurde 1774 erstmals mit naturrechtlichen Kategorien argumentiert, wonach sich die Bewohner der Kolonien neben ihren Geburtsrechten als Engländer auch auf die Gesetze der Natur berufen könnten.⁵ Verlangt wurde auch jetzt noch die Wiederherstellung der althergebrachten Ordnung, man machte mit anderen Worten vom naturrechtlichen Widerstandsrecht Gebrauch, und damit bewegte man sich ganz im Rahmen des klassischen und nicht des modernen Naturrechtes.

Diese Argumentation stellte auf Kategorien einer Zeit ab, die sowohl in Kontinentaleuropa als auch in England bereits zu Ende gegangen war. Die ersten Kolonisten hatten England im 17. Jahrhundert verlassen, in einem

3 Otto Vossler, Die amerikanischen Revolutionsideale in ihrem Verhältnis zu den europäischen, *Historische Zeitschrift / Beiheft* 17/1929, S. 16.

4 Erich Angermann, Ständische Rechtstraditionen in der Amerikanischen Unabhängigkeitserklärung, *Historische Zeitschrift* 200/1965, S. 61-91, hier S. 75, auch zum Folgenden.

5 Dazu und zum Folgenden Jürgen Habermas, Naturrecht und Revolution, in: Christoph Menke / Francesca Raimondi, *Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen*, Frankfurt am Main 2011, S. 108-149 (zit. 2011 a), hier S. 119 f.

Zeitraum also, in welchem im Mutterland um eben diese Kategorien vehement gestritten wurde. Letztlich ging es um die Frage, ob der Staat an übergeordnetes Recht gebunden sei oder ob umgekehrt der Gesetzgeber souverän sei. Auf dem europäischen Kontinent hatte Jean Bodin bereits die Theorie entwickelt, wonach die Gesetzgebung Aufgabe des Souveräns sei, der als absolutistischer Herrscher gedacht war. Damit hatte Bodin die mittelalterliche Vorstellung abgelöst, gemäß der das Recht über dem Staat stehe. Im Übergang vom klassischen zum modernen Naturrecht wurde die von Bodin noch mitgedachte Bindung an göttliches Recht durch eine Bindung an vernunftrechtliche Kategorien ersetzt. Geltende Gesetze wurden nicht mehr als unbedingt gerecht erachtet, weshalb Recht und Gerechtigkeit auseinanderfallen konnten. So entstand eine Spannung zwischen dem modernen Naturrecht und dem gesetzten Positiven Recht.⁶ Mithilfe der Idealvorstellungen des modernen Naturrechtes wurden geltende Gesetze kritisiert. Das Naturrecht diente als intellektuelle Waffe gegen den absoluten Herrscher, der die Gesetze erlassen hatte. In Frankreich, wo sich der Absolutismus unbeschränkt halten konnte, führte diese Konstellation zu einem revolutionären Durchbruch, der für die Menschenrechte weitgehende Konsequenzen hatte.

In England konnte sich die Vorstellung von einem Recht, das dem Staat übergeordnet ist, länger halten. Der Absolutismus hat sich nicht so wie auf dem Festland durchsetzen können, er wurde immer wieder dadurch gebremst, dass das Parlament der Krone durch die verschiedenen Herrschaftsverträge Zugeständnisse abtrotzen konnte. In diesen Auseinandersetzungen, die im 17. Jahrhundert ihren Höhepunkt erreichten, war die »Souveränität und Unverletzlichkeit des Rechts« ein wichtiges Argument, um klarzustellen, dass sowohl über dem Parlament als auch über dem König gleichermaßen ein Recht stehe, das schon immer gegolten habe.⁷ In der Glorreichen Revolution setzte sich das Parlament 1688 definitiv gegen die absolutistischen Bestrebungen der Könige durch. In der Theorie hatte damit die Rechtssouveränität obsiegt. Dies galt aber nur für kurze Zeit. In der Praxis nämlich begann das siegreiche Parlament, sich selber vom übergeordneten Recht zu entbinden. Immer klarer setzte sich die Vorstellung

6 Als "Positives Recht" wird gültiges und anwendbares Recht bezeichnet. Mit dem Begriff der »Positivierung« der Menschenrechte ist ein juristischer Vorgang gemeint, nämlich die Überführung einer Idee in Positives Recht.

7 So – und zum Folgenden – Otto Vossler, Studien zur Erklärung der Menschenrechte, Historische Zeitschrift 142/1930, S. 516-545, hier S. 520.

der uneingeschränkten Souveränität des Parlaments durch, die als »parlamentarischer Absolutismus« bezeichnet worden ist.⁸ So löst auch in England die Staatssouveränität die alte Rechtssouveränität ab. Nachdem dies in Frankreich zugunsten des souveränen Königs geschehen war, vollzog sich derselbe Übergang in England zugunsten des souveränen Parlamentes. Das englische Parlament, welches letztlich auf die *Magna Charta* aus dem Jahre 1215 zurückgeht, war ein Ständeparlament. Es gliederte sich in ein House of Commons, das House of Lords, dem Adel und Klerus angehörten, und schließlich den König, dem ein Anteil an der Gesetzgebung eingeräumt blieb. Mit der *Bill of Rights* erfolgte der Durchbruch zu einer parlamentarischen Verfassung, und 1716 wurde die Souveränität des Parlamentes formell verankert.⁹ Die Monarchie erhielt eine neue Grundlage in einem »Bund von König und Volk«, die später mit dem Begriff des *King in parliament* umschrieben wurde. Freiheitsrechte sind in Großbritannien seit Jahrhunderten und bis heute auch mit der Vorstellung verbunden, in diesem Parlament vertreten zu sein, selbst wenn die Wahlberechtigung sehr lange den Vermögenden vorbehalten war.¹⁰

Im Konflikt mit den Kolonien steht Ende des 18. Jahrhunderts die englische Staats- und Parlamentssouveränität genau jener alten Rechtssouveränität gegenüber, welche die Kolonisten im 17. Jahrhundert aus England über den Atlantik mitgetragen und bewahrt haben. Als das englische Parlament in einer kriegsbedingten finanziellen Notlage beschließt, die Abgaben auf gewisse Produkte jenseits des Atlantiks zu erhöhen, lehnen dies die Kolonisten kategorisch ab und stellen dem Parlament des Mutterlandes ihr von den englischen Ahnen ererbtes höheres Recht entgegen. Es ist dasselbe höhere Recht, das ein Jahrhundert zuvor das englische Parlament dem König entgegengehalten hat.¹¹ »Die mittelalterliche Suprematie des Rechts, die auf dem Kontinent und schließlich auch in England zu einer abstrakten naturrechtlichen Konstruktion verblasst, bleibt schließlich nur noch in Amerika lebendige Wirklichkeit.«¹² Zum einen hatten die Kolo-

8 Angermann, S. 89.

9 Horst Dippel, Die Sicherung der Freiheit. *Limited Government* versus Volkssouveränität in den frühen USA, in: Günter Birtsch, Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, Göttingen 1987, S. 135-157, hier S. 138.

10 Ulrich K. Preuß, Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, Frankfurt am Main 1994, S. 13.

11 Angermann, S. 84.

12 Vossler 1930, S. 523.

nisten die Erfahrung gemacht, dass die Gesetze, welche von den lokalen Parlamenten der einzelnen Kolonien erlassen worden waren, in London auf ihre Übereinstimmung mit dem englischen Recht überprüft und allenfalls annulliert wurden. Zum anderen aber waren sie nie mit absolutistischen Herrschaftsansprüchen konfrontiert gewesen, und sie hatten die Auseinandersetzung mit dem Herrschaftsanspruch der englischen Krone dem Parlament im fernen Mutterland überlassen können. Aus diesen Gründen waren die Kolonisten bei der Rechtssouveränität geblieben. Sie hatten keine Veranlassung gehabt, wie England oder Frankreich zur Staatssouveränität überzugehen. »Wenn man die Amerikaner von 1776 fragt, wie denn die natürlichen oder die Menschenrechte in ihre positive Gesetzgebung gekommen seien, so antworten sie, dass sie überhaupt nicht hineingekommen, sondern immer schon darin enthalten gewesen seien.«¹³

Die tatsächlichen Verhältnisse in den Kolonien hatten ebenfalls Einfluss auf das Verständnis des Naturrechts. Nachdem sich die Wiederherstellung der alten Ordnung und die Durchsetzung der englischen Geburtsrechte als undurchführbar erwiesen hatte und die Kolonisten deshalb auf die Unabhängigkeitsförderung umschwenkten, konnten sie sich nicht mehr auf englisches Recht berufen, und es blieb zur Begründung nur noch das Naturrecht. Man stützte sich vor allem auf Locke, den man aber sehr praxisbezogen verstand. Locke hat seine Zweite Abhandlung über die Regierung nach der Revolution in England verfasst. Auch wenn er somit bereits existierende Institutionen beschrieb, um ihnen »eine höhere Rechtfertigung zu geben«, so hatten seine Theorien dennoch allgemeinen und normativen Charakter.¹⁴ Sie zeigten auf, wie das Verhältnis des Individuums zum Staat im Idealfall ausgestaltet werden sollte. In ihrer Suche nach praktikablen Lösungen legten die Gründerväter Lockes Theorie aber dahingehend aus, dass er mit dem Naturzustand jene Verhältnisse beschrieben habe, die in Amerika bereits Wirklichkeit geworden seien.¹⁵

13 Vossler 1930, S. 536.

14 Vossler 1929, S. 18. Dazu und zum Folgenden Dieter Grimm, *Europäisches Naturrecht und Amerikanische Revolution. Die Verwandlung politischer Philosophie in politische Techné*, IUS Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, III/Frankfurt am Main 1970, S. 120-151, hier S. 135.

15 Louis Henkin, *Revolutionen und Verfassungen*, in: Ulrich K. Preuß, *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt am Main 1994, S. 213-247, hier S. 219.

Subjektive Rechte als Grundlage der Res publica?

Dies wirkte sich vor allem auf die Vorstellungen über den Sozialvertrag aus. Locke hatte seinen Sozialvertrag als Gesellschaftsvertrag konzipiert, als lediglich virtuelle Konstruktion, die einer Staatsgründung in der Vorstellung hypothetisch vorausgeht. Die Kolonisten hingegen identifizierten den Sozialvertrag kurzerhand mit den vielen real existierenden Verträgen, die bei der Gründung der verschiedenen Kolonien abgeschlossen worden waren. Damit verwandelten sie den Locke'schen Gesellschaftsvertrag gewissermaßen in einen Herrschaftsvertrag. Was Locke als Naturzustand vor der Staatsgründung definiert hatte, erachteten die Kolonisten – auch aufgrund ihrer Lebensumstände – als bereits verwirklicht. Dass sie sich, wenn sie im Verlauf der Besiedlung des Kontinentes von Osten gegen Westen zogen und weitab jeglicher Zivilisation die Wildnis kultivierten, praktisch in einer Form von real existierendem »Naturzustand« wähnten, ist nicht ganz unverständlich. Die große Differenz im Naturrechtsverständnis der Kolonisten zu jenem der Europäer ergibt sich daraus, dass die schrankenlose Staatsmacht, gegen die man sich wendete, im fernen England saß. Nachdem diese weggefallen war, gab es gar keine Macht mehr, gegen die sich eine naturrechtliche Forderung hätte wenden können. Dies hatte zur Folge, dass zwischen Naturrecht und Wirklichkeit kein Spannungsverhältnis mehr bestand, sich beide immer mehr annäherten und schließlich zusammenfielen. So ist die Überführung des Naturrechtes ins Positive Recht in Nordamerika praktisch nur noch eine »Umbenennung«, während »der im Prinzip gleiche Durchbruch des Naturrechts in der französischen Erklärung eine Revolution bedeutet«. ¹⁶

Die Rolle des Staates

Niemand hat je in Frage gestellt, dass der Staat die Menschenrechte verletzen könne. Die Entstehungsgeschichte der Menschenrechte geht auf vielfältigste Erfahrungen gerade solcher Verletzungen zurück. Einigkeit herrschte im ausgehenden 18. Jahrhundert auch darüber, dass der Staat als Garant der Rechte irgendeine Rolle spiele, und sei es auch nur, dass die ersten Positivierungen in den Rechtsordnungen der einzelnen Nationalstaaten vorgenommen wurden. Der Staat hat also eine »Doppelrolle als

16 Vossler 1930, S. 528 f.

Garant und geborener Gegner der Menschenrechte¹⁷. Auf die Frage, worin die Rolle des Staates als Garant der Rechte über deren reine Positivierung hinaus bestehen könnte, haben die Länder im Verlauf der letzten Jahrhunderte allerdings ganz unterschiedliche Antworten gegeben.

Eine erste Antwort kommt aus dem englischen *common law* und aus einer Zeit, lange bevor die Positivierung der Menschenrechte zum Thema wurde. Bereits im Mittelalter war in England durch die Gerichte ein Recht entwickelt worden, das vom Einzelfall ausging. Es betraf vor allem die private Freiheit des Eigentümers und schützte diesen vor Zugriffen nicht nur des Staates, sondern auch Privater. Das *common law* beruhte nicht auf der Anwendung von Gesetzen. Es stellt »eine spontane vorstaatliche Rechtsentstehung durch sich wechselseitig beobachtende gerichtliche Instanzen« dar.¹⁸ Getrennt davon entstanden die vom Parlament verabschiedeten Verfassungsdokumente, welche als Herrschaftsverträge bestimmte Freiheitsrechte garantierten, *Magna Charta*, *Petition of Right*, *Habeas Corpus* Akte und *Bill of Rights*. Eine eigentliche Verfassung sind diese Dokumente nicht, denn sie haben lediglich die Funktion, die »ererbten« Rechte und Freiheiten zu dokumentieren. Großbritannien hat eine geschriebene Verfassung nie gekannt und ist diesbezüglich bis heute ein Sonderfall geblieben. Als Menschenrechte können die ererbten Rechte nicht verstanden werden, sie dienten nur der politischen Elite und zielten darauf ab, die Krone zur Beseitigung von Missständen zu zwingen.¹⁹

Da das Parlament Großbritanniens seine Souveränität nur über die Gesetzgebung ausüben kann, kommt der Gesetzesgeltung eine zentrale Rolle zu, dem Prinzip des *rule of law*. Im selben Prinzip kommt aber auch die Freiheit des Einzelnen zum Ausdruck, die durch die Gerichte nach dem *common law* vor jeglichem staatlichem Zugriff geschützt werden muss.²⁰ Obwohl das Prinzip des *rule of law* ursprünglich Anspruch auf naturrecht-

17 Klaus Günther, Rechtspluralismus und universal Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in: Lutz Wingert / ders., Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas, Frankfurt am Main 2001, S. 539-567, S. 548.

18 Christoph Möllers, Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung, Weilerswist 2008, S. 27.

19 Hasso Hofmann, Zur Herkunft von Menschenrechtserklärungen, JuS 1988, S. 841-848, hier S. 845. Uwe Wesel, Geschichte des Rechts in Europa, München 2010, S. 315.

20 Möllers, S. 26, auch zum Folgenden.

liche Richtigkeit erhob, während das Parlament den Anspruch auf Richtigkeit seiner Gesetze aus der eigenen Souveränität ableitete, wurden die beiden Traditionen nie als Widerspruch gesehen. Souveränität des Parlamentes und *rule of law* ergänzen sich gegenseitig. Mit der definitiven Durchsetzung der Parlamentssoveränität wurde klar, dass sich keine andere Gewalt dem Parlament entgegenstellen konnte.²¹ Aufgrund der Parlamentssoveränität liegt die oberste Garantie der Menschenrechte beim Parlament. Aufgrund des *common law* spielen die Gerichte aller Stufen in der Garantie der Rechte dennoch eine wichtige Rolle.²² Über einen eigenen Grundrechtskatalog hat Großbritannien mangels einer Verfassung nie verfügt, sondern es war »alles erlaubt, was das Parlament nicht verboten hatte.«²³ In dieser Formulierung kommt deutlich zum Ausdruck, dass dem Parlament das letzte Wort zusteht, und dies bis heute.

Die Gründerväter der USA waren in der historischen Abfolge die Nächsten, welche eine Antwort auf die Frage nach der Rolle des Staates als Garant der Menschenrechte geben mussten. Zum einen hatten die Auswanderer das *common law* über den Atlantik mitgenommen und brachten es weiterhin zur Anwendung, auch nachdem sie sich von den englischen Verfassungsdokumenten losgesagt hatten. Zum andern aber wirkte sich wiederum das amerikanische Naturrechtsverständnis aus. Diese Naturrechtskonstruktion ging davon aus, dass der Naturzustand mit seinen vorstaatlichen Individualrechten auch dann erhalten blieb, wenn sich die Gesellschaft als Staatswesen konstituierte. Staat und Gesellschaft blieben getrennt, und der Staat sollte nur die Aufgabe haben, die Gesellschaft vor allen Entwicklungen zu bewahren, die ihr Funktionieren beeinträchtigen konnte, ein Funktionieren, das sich am Naturzustand orientierte. Diese Sicht enthält eine zusätzliche Erklärung für das Fehlen eines Grundrechtskataloges in der ersten US-Verfassung. Man ging eben davon aus, dass die Individuen ihre Rechte im Naturzustand bei der Staatsgründung ohnehin nicht verloren,²⁴ sie hätten die Rechte in den Staat mitgenommen. Ent-

21 Dippel, S. 138 f. Dazu auch Ingeborg Maus, Verfassung und Verfassungsgebung. Zur Kritik des Theorems einer „Emergenz“ supranationaler und transnationaler Verfassungen, in: Regina Kreide / Andreas Niederberger, Staatliche Souveränität und transnationales Recht, Mering bei Augsburg 2010, S. 28-71, hier S. 43.

22 Wesel, S. 452.

23 Wesel, S. 572.

24 Grimm, S. 149. Begründet wurde der Verzicht auf einen Grundrechtsteil vor allem damit, dass die Freiheit durch die Fragmentierung der Macht in der Verfassung bereits gesichert sei. Ingeborg Maus, Menschenrechte als Ermächtigungsnormen

scheidend ist, dass ihnen diese Rechte als Individuen verblieben sind. Sie wurden nicht im Rousseau'schen Sinne auch ein Teil der öffentlichen Ordnung, welche man hätte demokratisch diskutieren und gemeinsam beschließen müssen. Staatsmacht bedeutete für die US-Gründerväter und bedeutet bis heute vor allem eine Bedrohung für die naturrechtliche Freiheit des Individuums.

Zunächst wurde Staatsmacht mit »Regierung« identifiziert. Es sollte genügen, eine Regierung einzusetzen, die jederzeit abrufbar war und die »für Heer, Polizei und Gerichte sorgte«.²⁵ Darüber hinaus aber wurde auch eine Gefahr im Volk und dessen Vertretung gesehen, die darin bestand, dass Gesetze erlassen werden könnten, welche die Individualrechte verletzten oder einschränkten. Die Kolonisten hatten die Souveränität der englischen Parlamentsmehrheit so schmerzhaft erlebt, dass sie eine analoge Gefahr im künftigen eigenen Staat auf jeden Fall verhindern wollten. Zur Verhinderung homogener politischer Mehrheiten waren sie bestrebt, die Macht zu dezentralisieren und so diffus wie möglich zu verteilen, was zu einer gewollten Fragmentierung des politischen Prozesses führte. Die Gründerväter suchten nach einer Organisationsform des Staates, in welcher keine souveräne Macht geschaffen und damit jegliche Höchstzuständigkeit vermieden werden sollte.²⁶ Damit aber nicht genug. Um die Freiheit auch vor dem Volk zu schützen, wurde dem *Supreme Court* als oberstem Gericht der Vereinigten Staaten das Recht eingeräumt, vom Parlament verabschiedete und vom Präsidenten unterzeichnete Gesetze für nichtig zu erklären, falls sie im Widerspruch standen zu den Bestimmungen der Verfassung. Damit wurde das Gericht zum obersten Garanten der Menschenrechte.

Nun war in der historischen Abfolge Frankreich an der Reihe, die Frage nach der Rolle des Staates als Garant der Menschenrechte zu beantworten. Hier war der Übergang vom klassischen zum modernen Naturrecht definitiv realisiert. Darüber hinaus war das Naturrecht revolutionär geworden. Um die Wiederherstellung einer alten Ordnung konnte es nicht gehen, sondern die Menschenrechte konnten nur zusammen mit neuen staatlichen

internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie, in: Hauke Brunkhorst / Wolfgang R. Köhler / Matthias Lutz-Bachmann, Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik, Frankfurt am Main 1999, S. 276-292, hier S. 283.

25 Grimm, S. 142.

26 Grimm, S. 148. Dazu auch Ernst Fraenkel, Das amerikanische Regierungssystem, Opladen 1976, S. 40 ff.

Strukturen entstehen, sie wurden durch die Verfassung hervorgebracht. Freiheit wird durch die öffentliche Ordnung nicht nur geschützt, sondern auch erzeugt, sie »entsteht nicht durch die Abwesenheit des Staates, durch die Konstituierung vorstaatlicher oder staatsfreier Sphären, sondern durch seine demokratische Verfasstheit«²⁷. Anders als jenseits des Atlantiks betrachtete man Gesellschaft und Staat nicht als völlig getrennt, sondern es musste eine Gesamtverfassung für beide geschaffen werden. Die Gesellschaft mit ihrer Vielfalt der privaten, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Aktivitäten wurde nicht als von staatlicher Macht bedroht gesehen. Aber nur eine Gesamtverfassung war in der Lage, der Gesamtheit dieser Aktivitäten einen Rahmen zu geben und damit die Entfaltung der Gesellschaft in Freiheit zu ermöglichen. Entsprechend den Vorstellungen Rousseaus zur Volkssouveränität konnten die Freiheitsrechte nur durch formelle Gesetze entstehen, an deren Erlass die Berechtigten in Selbstgesetzgebung als Freie und Gleiche mitgewirkt hatten. Wenn es vom Willen der Berechtigten abhängt, festzulegen, worin die Rechte bestehen, wie weit sie gehen sollen und wo ihre Grenzen liegen, dann kann dies nur die Aufgabe des souveränen Gesetzgebers sein. Eine gerichtliche Überprüfung der Gesetze ist unter diesen Voraussetzungen nicht denkbar, sodass die Legislative Garant der Menschenrechte bleibt.

Damit rückt ein Element der Menschenrechtsentwicklung ins Blickfeld, das Großbritannien und Frankreich bei aller Unterschiedlichkeit verbindet und beide von den Vereinigten Staaten abgrenzt. In beiden Ländern ging es darum, rechtliche Schranken aufzurichten gegen den Missbrauch königlicher Gewalt. Dies kommt sowohl in der *Bill of Rights* von 1689 als auch in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 zum Ausdruck. In beiden Ländern erhielt das Parlament eine wichtige Rolle, wenn auch in verschiedenen Jahrhunderten und mit unterschiedlichem politischem Hintergrund.²⁸ Der transatlantische Unterschied ist auf historische Fakten zurückzuführen. England hatte in der Folge von Thomas Hobbes den Übergang vom klassischen zum modernen Naturrecht vollzogen, in Frankreich war derselbe Übergang eine Folge von Bo-

27 Möllers, S. 23, auch zum Folgenden.

28 Möllers, S. 26. In einem Ausblick auf die Darstellung der Verfassung der Vereinigten Staaten verweist Ingeborg Maus darauf, dass diese »das vorparlamentarische System Englands konserviert« hätten. Ingeborg Maus, Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Ueberlegungen im Anschluss an Kant, Frankfurt am Main 1994, S. 147.

din.²⁹ Die Vereinigten Staaten hingegen sind bei einem klassischen Naturrechtsverständnis geblieben.³⁰ In England und Frankreich wäre es undenkbar gewesen, die Rolle des obersten Garanten der Menschenrechte einem höchsten Gericht zuzuweisen. In den Vereinigten Staaten geschah genau dies, und zwar aus historisch einsehbaren Gründen.

Eine andere Linie verbindet die Vereinigten Staaten mit Frankreich und unterscheidet die beiden Länder von Großbritannien. In England liegt die Wurzel der Freiheitsrechte in den alten ständischen Privilegien der Geburtsrechte, die in einem stufenweisen Prozess auf immer größere Kreise ausgeweitet und schließlich generell verallgemeinert wurden. Die Vereinigten Staaten haben die Idee der Geburtsrechte übernommen, machten sie aber zu Individualrechten, indem sie ihnen in einem »qualitativen Sprung« eine universalistische naturrechtliche Begründung gaben.³¹ Es ist derselbe Sprung, den Frankreich mit der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vollzogen hat. Die Begründung dafür liegt letztlich nicht in einer Willenserklärung, sondern in einer absoluten naturrechtlichen Wahrheit. Das Prinzip, die Legitimation von Herrschaft aus den Menschenrechten – und nur aus ihnen – abzuleiten, verbindet Frankreich und die Vereinigten Staaten. Aber dasselbe Prinzip ist in den beiden Ländern sehr unterschiedlich umgesetzt worden, und dies aufgrund einer historischen völlig verschiedenen Ausgangslage.

Daraus ergibt sich eine dritte Linie, welche die Vereinigten Staaten mit Großbritannien verbindet und beide Länder von Frankreich unterscheidet. Die Französische Revolution ist von Kontinuitätsbrüchen gekennzeichnet, welche sowohl in England als auch in Amerika vermieden wurden. Sowohl die Glorreiche Revolution in England als auch die amerikanische Revolution lösten lediglich eine »Jahrhunderte dauernde Phase ständiger Evolution« aus, während die Französische Revolution von radikalen Zuspitzungen und konsequenten Reaktionen geprägt ist, welche auch zu einer immerwährenden Wiederkehr der Revolution führten.³² Was die

29 Wesel, S. 313 f.

30 Habermas 2011 a, für England, S. 119, für Frankreich und die Vereinigten Staaten, S. 118.

31 Hasso Hofmann, Menschenrechtliche Autonomieansprüche – Zum politischen Gehalt der Menschenrechtserklärungen, *Juristen Zeitung* 1992, S. 165-173, hier S. 168.

32 Anton Pelinka, Die französische Revolution als Beginn der modernen Demokratieentwicklung, in: Helmut Reinalter / ders., *Die Französische Revolution und das Projekt der Moderne*, Wien 2002, S. 217-221, hier S. 220.

Subjektive Rechte als Grundlage der Res publica?

Vereinigten Staaten und Frankreich anbelangt, war die unterschiedliche historische Ausgangslage viel wirkungsmächtiger als der Umstand, dass die beiden Länder im Prinzip zum selben qualitativen Sprung hinsichtlich der Menschenrechte angesetzt hatten. In den Vereinigten Staaten waren gesellschaftliche Veränderungen nicht nur nicht beabsichtigt, sondern sie sollten bewusst vermieden werden.³³ In Frankreich hingegen stand die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte am Anfang einer Entwicklung, welche nicht nur zu »einem *staatsrechtlichen* Umsturz, sondern auch einer Umwälzung der *sozialen* Verhältnisse und darüber hinaus einem *geistigen* Umbruch« führte.³⁴ Aus heutiger Sicht lässt sich feststellen, dass der Umgang mit den Menschenrechten von diesem Unterschied nachhaltig geprägt worden ist.

Demokratische Legitimation und Naturrecht

Die Französische Revolution hat die Menschenrechte auf eine neue Basis gestellt. Die Freiheitsidee, die aus dem Naturrecht kam, verband sich in Frankreich mit der Idee der Demokratie und dies in einer Weise, die explosiv war und es bis heute geblieben ist.³⁵ Der entscheidende Durchbruch bestand darin, dass Selbstbestimmung eine neue, politische Dimension erhielt. Individuelle Freiheit hat sich mit kollektiver Freiheit in dem Sinne verbunden, dass sich die Individuen individuelle Freiheit in Ausübung der kollektiven Freiheit gegenseitig einräumen. Individuelle Selbstbestimmung wird dadurch möglich, dass die individuell Berechtigten ihre kollektive Selbstbestimmung wahrnehmen und sich auf diesem Wege den individuellen Freiraum gegenseitig garantieren. Autonomie erhält so zwei Dimensionen, eine individuelle und eine kollektive. Individuelle und kollektive Autonomie bedingen sich jedoch gegenseitig. Ohne kollektive Autonomie kann die individuelle Autonomie nicht garantiert werden, denn die

33 Hasso Hofmann, Die Grundrechte 1789 – 1949 – 1989, Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 3177-3187, hier S. 3178.

34 Hofmann 1989, S. 3179 (Hervorhebung im Originaltext).

35 Nach Habermas ist »die von der Revolution angestrengte *Dialektik zwischen Liberalismus und radikaler Demokratie* [...] weltweit explodiert«. Jürgen Habermas, Ist der Herzschlag der Revolution zum Stillstand gekommen? Volkssouveränität als Verfahren. Ein normativer Begriff der Öffentlichkeit?, in: Forum für Philosophie Bad Homburg, Die Ideen von 1789 in der deutschen Rezeption, Frankfurt am Main 1989, S. 7-36, hier S. 16 (Hervorhebung im Originaltext).

Individuen könnten sich gar nicht gegenseitig verpflichten, ihre jeweilige individuelle Autonomie zu respektieren. Umgekehrt ist kollektive Autonomie nur auf der Basis individueller Autonomie möglich, denn die Individuen bringen ihre Vorstellung von individueller Freiheit in den Prozess der Gesetzgebung ein, und das können sie nur, wenn sie individuell autonom sind. In diesem Prozess verschränken sich die individuelle und die kollektive Autonomie, welche sich gegenseitig bedingen und sich auch gegenseitig voraussetzen.³⁶ Der Vorgang dieser Verschränkung geschieht auf dem Weg der Gesetzgebung. Gleichheit spielt in diesem Konzept eine zentrale Rolle. Die Bürger, die sich ihre individuelle Freiheit gegenseitig einräumen, gehen von der Übereinkunft oder von der Annahme aus, dass alle das gleiche Recht haben, sich am Gesetzgebungsprozess zu beteiligen, einerseits an der öffentlichen Diskussion und andererseits über ihre Abgeordneten am Entscheid in den in den gesetzgebenden Versammlungen. Damit erhalten die Menschenrechte eine demokratische Legitimation. Diese ist das Scharnier, durch welches sich Freiheit mit Gleichheit verbinden lässt.

Konkretisiert wurde dieser Vorgang durch die »Nation«. Unter diesem Begriff wurde im Verlauf der Jahrhunderte Verschiedenes verstanden.³⁷ Die Französische Revolution hat sich des Begriffes bemächtigt und machte die Nation zum Träger der Souveränität. Souverän ist das Volk, das über seine Repräsentanten in der Nationalversammlung oder im Parlament die Gesetze erlässt. Es sind die gleichberechtigten Bürger, die gemeinsam die Nation bilden. Nation wird zu Beginn der Französischen Revolution zu einer Umschreibung des »Volkes«, wobei alle ethnischen, also herkunftsbedingten Elemente abgestreift werden, die dem Begriff des Volkes auch anhaften können.³⁸ So gewährte die französische Verfassung von 1793 das Aktivbürgerrecht »jede(m) Ausländer, der das Alter von 21 Jahren erlangt hat, in Frankreich seit einem Jahre ansässig ist und dort von seiner Arbeit

36 Jürgen Habermas, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Christoph Menke / Francesca Raimondi, Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen, Berlin 2011, S. 442-453 (zit. 2011 b), hier S. 449 f.

37 Gret Haller, Die Grenzen der Solidarität. Europa und die USA im Umgang mit Staat, Nation und Religion, Berlin 2002., S. 147 ff.

38 Hauke Brunkhorst, Paradigmenwechsel im Völkerrecht? Lehren aus Bosnien, in: Matthias Lutz-Bachmann / James Bohmann, Frieden durch Recht. Kants Friedensidee und das Problem einer neuen Weltordnung, Frankfurt am Main 1996, S. 251-271, hier S. 263 f.

lebt oder ein Besitztum erwirbt oder eine Französin geheiratet hat oder ein Kind annimmt oder einen Greis ernährt«³⁹. Die Nation ist in Frankreich eine Staatsbürgernation, der auch die Idee des Universalismus innewohnt. Durch Einwanderung kann man sich dieser Idee ungeachtet der eigenen Herkunft anschließen. Hier findet sich eine Gemeinsamkeit Frankreichs mit den Vereinigten Staaten. Allerdings besteht ein Vorbehalt, soweit die Herkunft das Geschlecht betrifft, denn Frauen waren auch in den Bestimmungen der französischen Verfassung von 1793 zur Aktivbürgerschaft nicht mitgemeint.

Was die Menschenrechte anbelangt, wird Volkssouveränität in Frankreich so verstanden, dass die Rechte durch die Berechtigten beschlossen werden. Mit der demokratischen Hervorbringung der Menschenrechte und ihrer demokratischen Bestimmung ist definitiv das Ende jeglicher naturrechtlichen Begründung eingeläutet.⁴⁰ Auch wenn die Menschenrechte ihren Ursprung im Naturrecht haben, lösen sie sich mit jeder Positivierung notwendigerweise von diesem Ursprung ab. Dies kann in einem langsamen Übergang geschehen, in welchem anfänglich noch das Naturrecht im Vordergrund steht, die Ableitung also der Rechte aus »natürlichen« Vorstellungen von der Würde des Menschen, von seiner »Natur« und allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen, die schon vor der Positivierung bestanden haben und damit vorrechtlich sind. Durch die Positivierung erhalten die Rechte dann aber eine konkrete Gestalt, und es werden oft auch ihre Grenzen festgelegt. Durch die Berufung auf diese Rechte und ihre Anwendung auf den konkreten Fall wird die positivrechtliche Ausgestaltung immer wichtiger, und schließlich verblasst vor diesem Hintergrund die naturrechtliche Dimension der Rechte. Naturrechtlich erscheinen dann nur noch jene Rechte, die nicht oder noch nicht positiviert worden sind. Je häufiger und je genauer die Menschenrechte ins Positive Recht überführt werden, und dies auf nationaler oder internationaler Ebene, desto schwä-

39 Zitiert nach Maus 1994, S. 205. Die Verfassung von 1793 ist nie in Kraft getreten und war während der jakobinischen Terrorherrschaft suspendiert.

40 Jürgen Habermas, Zur Legitimation der Menschenrechte, in: Hauke Brunkhorst / Peter Niesen, Das Recht der Republik, Frankfurt am Main 1999, S. 386-403, hier S. 388. Christoph Menke / Francesca Raimondi, Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen, Berlin 2011, S. 247 f., auch zum Folgenden.

cher wird die Bedeutung der nicht oder noch nicht positivierten Rechte, welche allein noch klar dem Naturrecht zugeordnet werden können.⁴¹

Aus der demokratischen Legitimation, ohne welche Menschenrechte nach der Französischen Revolution nicht mehr denkbar sind, ergibt sich ein weiterer Aspekt in der Unvereinbarkeit mit der naturrechtlichen Begründung. Dieser Aspekt der Unvereinbarkeit hat sich allerdings nicht im eben beschriebenen langsamen Übergang gezeigt, sondern er manifestierte sich zu Beginn der Revolution durch die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte in einem abrupten Bruch mit der Tradition.⁴² Naturrechtlich begründete Menschenrechte sind vorgegebene Rechte. Im klassischen Naturrecht kommt die Vorgabe aus göttlichem Recht, im modernen Naturrecht kommt sie aus der Vernunft. Beide Erscheinungsformen des Naturrechtes gehen aber davon aus, dass es den besonders Gebildeten vorbehalten sei, diese Vorgaben zu erkennen und richtig einzuschätzen, also nur besonderen Experten. Die naturrechtliche Begründung der Menschenrechte kann es deshalb nicht zulassen, dass in der politischen Auseinandersetzung frei darüber diskutiert wird, was diese Rechte beinhalten und wo ihre Grenzen liegen sollten, denn demokratische Politik zeichnet sich ja gerade dadurch aus, dass sie allen Bürgern gleichermaßen zugänglich ist, also insbesondere auch Nicht-Experten. Deshalb sehen naturrechtlich begründete Menschenrechtskonzepte die Rechte als Schranken für die demokratische Diskussion. Sie lassen die politische Auseinandersetzung nur in einem bestimmten Rahmen zu, und dieser Rahmen wird vorweg durch die Menschenrechte gesetzt. Eine demokratische Legitimation können die Menschenrechte unter diesen Umständen nicht erreichen. Doch damit nicht genug, es gilt auch das Umgekehrte: Weil die Rechte als vorgegebener Rahmen für den demokratischen Prozess gesehen werden, können sie aus diesem Prozess gar nicht hervorgehen, und sie können letztlich durch den politischen Prozess auch nicht verändert oder neuen Gegebenheiten angepasst werden. Naturrechtlich begründete Menschenrechte widersetzen sich gleichsam der Zeit und dem Raum, denn neue Leidenserfahrungen oder räumlich entfernte Erfahrungen, welche neu ins Blickfeld der politischen Öffentlichkeit gelangen, werden an einem solchen Menschenrechtsverständnis oft abprallen. Naturrechtlich begründete Menschenrechte ste-

41 Erhard Denninger, Über das Verhältnis von Menschenrechten zum positiven Recht, in: ders., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990, S. 231-247 (zit. 1990 b), hier S. 239.

42 Habermas 1989, S. 11 f.

hen in der Gefahr, statisch zu werden. Sie entbehren der Dynamik, welche ihnen die demokratische Legitimation notwendigerweise verleiht.

Mehrheit und Minderheit

Wenn Menschenrechte aus demokratischen Verfahren hervorgehen, basiert die Bestimmung ihrer Inhalte und ihrer Grenzen auf Mehrheitsbeschlüssen. Solchen Beschlüssen gehen Beratungen voraus, in welche die Abgeordneten ihre unterschiedlichen Vorstellungen einbringen, wobei eine Annäherung der verschiedenen Standpunkte erreicht werden kann, völlige Übereinstimmung aber wohl höchst selten. In ihren Positionen stützen sich die Abgeordneten in verfassungs- oder gesetzgebenden Versammlungen ihrerseits wiederum auf die Diskussion in einer politischen Öffentlichkeit ab, welche eine der Voraussetzungen bildet für eine demokratische Legitimation der Menschenrechte. Sowohl in der Öffentlichkeit als auch in den Versammlungen selber ergeben sich im Prozess der Bestimmung der Rechte immer wieder unterliegende Minderheiten. Die Positivierung von demokratisch legitimierten Menschenrechten hat unterliegende Minderheiten regelmäßig und notwendigerweise zur Folge. Für sie ist das dynamische Element in der demokratischen Hervorbringung der Menschenrechte besonders bedeutsam.

Demokratisch erzeugtes Recht muss immer geändert werden können.⁴³ Veränderbarkeit des Rechts ist geradezu ein konstituierendes Element der Demokratie, denn mit jedem Jahr verändert sich der »Volkssouverän«, indem ein neuer Jahrgang hinzukommt und ältere Jahrgänge ausscheiden. Dies bedeutet auch, dass Minderheiten stets nur temporäre Minderheiten sind, weil sie in der demokratischen Auseinandersetzung immer wieder zu Mehrheiten werden können. Genauso wie es Mehrheiten auf Zeit gibt, gibt es auch Minderheiten auf Zeit. Unmittelbar vor dem Revolutionsjahr 1848 wurde dieser Vorgang durch den süddeutschen Demokraten Julius Fröbel folgendermaßen beschrieben: »Man verlangt keineswegs von der Minorität indem sie auf ihren *Willen* resignirt, dass sie ihre Meinung für *irrig* erkläre, ja man verlangt nicht einmal, dass sie Ihren *Zweck aufgebe*, sondern nur dass sie ihn *suspendire*, dass sie auf die praktische Anwendung ihrer Ueberzeugung *so lange* verzichte bis es ihr gelungen ist, ihre Gründe

43 Habermas 2011 b, S. 443 f.

besser geltend zu machen und sich die nöthige Zahl von Beistimmenden zu verschaffen.«⁴⁴ Für die demokratische Legitimation der Menschenrechte gilt diese Umschreibung bis heute. Minderheiten können nur dann zu Mehrheiten werden, wenn eine ständige Auseinandersetzung in einer politischen Öffentlichkeit stattfindet. Auch in den Beratungen, die zu den Mehrheitsentscheidungen führen, müssen sich die Abgeordneten ernsthaft darum bemüht haben, gemeinsam eine Lösung zu finden, die möglichst nahe beim Richtigen ist, sodass ihr möglichst viele zustimmen können. Jede Lösung wird aber immer auch fehlerhaft sein, denn die Diskussion muss in einem bestimmten Zeitpunkt durch Mehrheitsentscheid beendet werden, wenn Positives Recht und damit Rechtssicherheit überhaupt entstehen soll. Eine solche Beendigung ist notwendigerweise eine provisorische, der Mehrheitsentscheid ist nicht das Ende der Diskussion, sondern er kann genauso der Anfang einer neuen Diskussion zum selben Thema sein. Zentral in diesem Verfahren ist die Funktion der Diskussion, sowohl jener zwischen den Abgeordneten als auch jener in einer breiteren Öffentlichkeit. Auch dies hat Fröbel in einer Weise formuliert, die bis heute Gültigkeit beanspruchen kann: »[...] die Discussion läßt diese Ueberzeugungen, wie sie sich im Geiste verschiedener Menschen entwickelt haben, auf einander wirken, klärt sie auf und erweitert den Kreis ihrer Anerkennung.«⁴⁵

Das Entscheidende im Prozess der Auseinandersetzung ist die Möglichkeit der Veränderung, die sich durch die Diskussion in der Position des einzelnen Diskussionsteilnehmers ergeben kann. Dabei ist die Unterscheidung von Bedeutung, welche die Französische Revolution zwischen »citoyen« und »bourgeois« vorgenommen hat. Sie betrifft auch die beiden Rollen des Mitautors von Gesetzen und des Gesetzesunterworfenen in derselben Person. Der Bourgeois ist der Wirtschaftsbürger, der seinen privaten Geschäften nachgeht. Ihn gab es schon vor der Revolution, allerdings war er durch die feudalen Verhältnisse Frankreichs in seiner wirtschaftlichen Aktivität viel stärker behindert worden als seine Handelspartner zum Beispiel in England oder jenseits des Atlantiks. Die Revolution stellte dem Bourgeois den Citoyen zur Seite. Als Bourgeois beansprucht der Citoyen individuelle Autonomie, als Citoyen beansprucht der Bourgeois kollektive Autonomie. Der Citoyen bringt in die politische Auseinandersetzung seine persönliche Erfahrung ein, und sicher wird er seine Interessen als Bour-

44 Julius Fröbel, System der socialen Politik, Zweite Auflage der „Neuen Politik“, Zweiter Theil, Leipzig 1850, S. 108 f. (Hervorhebung im Originaltext).

45 Fröbel, S. 96.

geois geltend machen. In der Konfrontation mit den Interessen der übrigen an der Auseinandersetzung Beteiligten wird er als Bourgeois seine Interessen auch verteidigen. Als Citoyen aber und in der Konfrontation mit den Anschauungen und Erfahrungen der anderen Citoyens ist er gezwungen, seine eigene Position allenfalls zu überprüfen.

Der Mehrheitsentscheid, dem eine Diskussion vorangegangen ist, die Zeit und Raum für gegenseitige Überzeugungsarbeit geboten hat, kann inhaltlich ein maßgeblich anderer sein als der Entscheid, wie er sich ohne diese Diskussion ergeben hätte. Würde man sich eine Versammlung von Menschen vorstellen, die Regeln ihres Zusammenlebens finden müssen, sich dabei aber strikt auf ihre Rolle als Bourgeois beschränken, so ist es denkbar, dass das Resultat identisch ist mit der Summe aller privaten Interessen der Beteiligten. Der Unterschied zu einer politischen Versammlung, in welcher die Beteiligten ihre Rolle als Citoyens wahrnehmen, liegt darin, dass das Resultat weit über diese Summe der privaten Interessen nicht nur hinausgehen kann, sondern hinausgehen muss. Aufgabe des Citoyens ist es nämlich, zu prüfen, ob ein zu erlassendes Gesetz von allen Betroffenen gewollt werden könne.⁴⁶ So hat es Kant 1793 formuliert, und dies durchaus im Hinblick auf die Geschehnisse der Französischen Revolution. Mit seiner kurzen Schrift »Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis« verteidigt er die Grundgedanken der Revolution, dies jedoch in einer Weise, welche die französische Verfassungsentwicklung seit 1789 in einer nicht-revolutionären Weise nachvollziehbar machen soll.⁴⁷ Für Kant ist der Allgemeinwille keineswegs dasselbe wie die Summe der privaten Interessen aller Beteiligten. Der Citoyen muss nach dem Kriterium der Universalisierbarkeit prüfen, ob ein Gesetz im Interesse aller Betroffenen liege. Sich in alle diese Betroffenen hineinzusetzen und ihre Interessenlage wahrzunehmen, wird ihm erst in der politischen Auseinandersetzung gelingen, nachdem alle Standpunkte zur Sprache gekommen sind. In eben diesem Verfahren kristallisiert sich ein Allgemeininteresse heraus oder es ergibt sich immerhin eine Annäherung an ein Allgemeininteresse, welches weit über die Summe der privaten Interessen hinausgeht. Oder anders gesagt wird »dem

46 Heiner Bielefeldt, *Kants Symbolik. Ein Schlüssel zur kritischen Freiheitsphilosophie*, Freiburg / München 2001, S. 121.

47 Gerd Irrlitz, *Kant Handbuch. Leben und Werk*, Stuttgart / Weimar 2002, S. 424.

republikanischen Staatsbürger mehr zugemutet als die Orientierung am jeweils eigenen Interesse⁴⁸.

Verglichen mit der vorangegangenen Entwicklung in England und in den Vereinigten Staaten brachte die Französische Revolution durch die Erfindung einer demokratischen Kultur etwas völlig Neues. Man kann auch sagen, dass die englische und die amerikanische Revolution »erst in der französischen *als* Revolutionen zu sich gekommen sind«⁴⁹. Was die Menschenrechte anbelangt, zeigt sich ein Unterschied zu den Vereinigten Staaten im Verhältnis zwischen Mehrheit und Minderheit. Frankreich bestimmt mittels Mehrheiten, was Inhalt dieser Rechte sein soll, und durch die Dynamik der demokratischen Legitimation können Minderheiten im Zeitablauf auch wieder zu Mehrheiten werden. Der Schutz von Minderheiten ergibt sich einerseits aus dem Zeitablauf und andererseits aus der Dynamik der Möglichkeit von wechselseitiger Überzeugung in der politischen Auseinandersetzung. Die US-Gründerväter hingegen hatten schon vor der Französischen Revolution in den von ihnen konzipierten Institutionen das genaue Gegenteil geschaffen, nämlich eine Form der Dezentralisierung von Macht, welche das politische Geschehen in eine Vielzahl von Minderheiten aufspalten sollte. Dadurch sollten homogene Mehrheiten vermieden werden, und der Minderheitenschutz wurde zu einem zentralen Thema.⁵⁰ Damit sollte die Fragmentierung des politischen Prozesses aufrechterhalten werden. Was die Menschenrechte anbelangt, können Parlamentsmehrheiten zusätzlich durch das höchste Gericht desavouiert werden, falls Verfassungsgrundsätze verletzt worden sind. Und schließlich ist die US-Verfassung praktisch fast nicht abänderbar, was auch die in den *amendements* garantierten Grundrechte betrifft.⁵¹ So ist zum Beispiel die Einführung einer Bestimmung über die gleichen Rechte der Geschlechter im Jahre 1982 definitiv gescheitert, weil es nicht gelang, die Zustimmung einer ausreichenden Zahl von Teilstaaten zu erreichen.

48 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, Frankfurt am Main 1994, S. 329.

49 Habermas 1989, S. 10 (Hervorhebung im Originaltext).

50 Fraenkel, S. 40.

51 Ingeborg Maus, Verfassung oder Vertrag. Zur Verrechtlichung globaler Politik, in: Peter Niesen / Benjamin Herborth, Anarchie der kommunikativen Freiheit. Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik, Frankfurt am Main 2007, S. 350-382, hier S. 363 ff.

Einzelinteressen und Gesamtinteresse

In dieser institutionellen Ausgestaltung zeigt sich eine ganz grundsätzliche Eigenheit im Denken der amerikanischen Gründerväter, die nicht nur in der fehlenden demokratischen Legitimation der Menschenrechte zum Ausdruck kommt und die sich in den Vereinigten Staaten bis heute erhalten hat. Das Konzept eines Gesamtinteresses, welches von den Individualinteressen unterschieden wird und diesen gegenübersteht, ist in diesem Denken kaum zu finden.⁵² Bis heute wird in der US-amerikanischen politischen Theorie das Handeln der Regierung vor allem als ein Handeln der dahinter stehenden Einzelinteressen verstanden.⁵³ Politische Aushandlungsprozesse, in welchen ein solches Gesamtinteresse überhaupt erst ermittelt werden könnte, stehen deshalb nicht im Vordergrund des politischen Geschehens.

Die Bedeutungslosigkeit eines Gesamtinteresses ergibt sich aus der Trennung von Staat und Gesellschaft. Darin liegt die Besonderheit der Vorstellungen, die sich jenseits des Atlantiks entwickelt haben und von Rousseau wie auch von den Theorien der Französischen Revolution unbeeinflusst geblieben sind.⁵⁴ Sowohl in England wie auch in Frankreich gibt es eine Verbindung zwischen Staat und Gesellschaft, damals zur Zeit der großen Revolutionen wie heute. Die Gesellschaft betreibt ihre vielfältigen Aktivitäten, in ihr findet sich die vielfältige Lebenswirklichkeit der Menschen, und aus ihr kommen die vielfältigen Impulse, die in den Bereich des Politischen einfließen. Der Bereich des Politischen ist aber klar der Sphäre der Staatlichkeit zugeordnet. Aus dieser geht eine rechtliche Rahmenordnung hervor, die sich auf Staat und Gesellschaft als Ganzes bezieht und den Freiraum für die gesellschaftlichen Aktivitäten garantiert. Dass in England zusätzliche Freiheitsimpulse aus der Anwendung des *Common Law* durch die Gerichte hinzukommen, schmälert das Band zwischen Staat und Gesellschaft nicht, sondern trägt umgekehrt eher zu dessen Stärkung bei. Die Trennung von Staat und Gesellschaft in der Absicht, den Staat – und damit die Politik – möglichst wenig in die Gesellschaft eingreifen zu lassen, ist in der historischen Entwicklung ein spezifisch US-amerikanisches Phänomen, zurückzuführen auf die besonderen Umstände der Entstehungsgeschichte dieses Landes.

52 Grimm, S. 141.

53 Möllers, S. 32.

54 Fraenkel, S. 41.

Die Vorstellung von einer sich selbst regulierenden, staatsminimalistischen Gesellschaft hat die Vereinigten Staaten nachhaltig geprägt und ist mit der Bezeichnung »Laisser-faire« umschrieben worden. Erst viel später, in der Wirtschaftskrise von 1929 sollte das Prinzip des Laisser-faire erschüttert werden. Es folgte die Periode des *New Deal*, in der Präsident Franklin D. Roosevelt versuchte, durch eine interventionistische Gesetzgebung die soziale Sicherung der Bürger zu stärken.⁵⁵ Zwar wurden die diesbezüglich bedeutsamsten Gesetze durch den *Supreme Court* für verfassungswidrig erklärt. In den Präsidentschaftswahlen von 1936 errang Roosevelt aber einen so überwältigenden Sieg, dass sich danach auch die Mehrheiten im obersten Gericht zugunsten des *New Deal* verschoben. Der Versuch, in den Vereinigten Staaten Ansätze der Sozialstaatlichkeit durchzusetzen, dauerte bis zum Ende der Präsidentschaft von Lyndon B. Johnson. Dessen Sozialreformen unter dem Namen *Great Society* wurden durch Ronald Reagan 1981 abrupt beendet. Die vielen Klagen, welche gegen die im Jahre 2010 landesweit eingeführte Krankenversicherung beim *Supreme Court* eingereicht worden sind, haben deutlich werden lassen, dass das Prinzip des Laisser-faire in der US-amerikanischen Bevölkerung nach wie vor ungeschmälert verankert ist.

Es erscheint deshalb durchaus logisch, wenn es in der Sicht der amerikanischen Gründerväter keine Notwendigkeit gibt, Grundrechte aus einem Gesamtinteresse heraus zu bestimmen und sie damit demokratisch zu legitimieren: Bei der Staatsgründung haben die US-Bürger ihre Rechte aus dem Naturzustand behalten, »aber nicht als ›the people‹ [...], sondern als Individuen«.⁵⁶ Ein Gesamtinteresse, aus dem heraus die Grundrechte erst bestimmt werden könnten, braucht deshalb nicht erarbeitet zu werden. Dieser Umstand erinnert auch an die alte Rechtssouveränität, welche die Kolonisten im 17. Jahrhundert aus England mitgenommen und bewahrt hatten, während sie in Großbritannien längst durch die absolute Parlamentsouveränität ersetzt worden war. Im amerikanischen Modell ist »nicht das Parlament, noch nicht einmal das Volk, sondern allein die Verfassung souverän«.⁵⁷

55 Grimm, S. 151. Auch zum Folgenden Fraenkel, S. 189.

56 Grimm, S. 149.

57 So Preuß, S. 15, wobei der Verfasser darauf hinweist, dass man es mit dieser Begrifflichkeit nicht ganz genau nehmen könne. Dennoch trifft seine Formulierung genau das, was die spezielle Charakteristik der US-Tradition ausmacht.

Volkssouveränität

Der Begriff der Volkssouveränität, der in der Französischen Revolution eine zentrale Rolle spielte, erfuhr in den zwei Jahrzehnten danach eine Erweiterung oder Wandlung. Vor allem aufgrund der Präambel in der Verfassung »We the People of the United States, in Order to...« wurde seit der Gründung der Vereinigten Staaten der Sieg der Volkssouveränität in diesem Land betont.⁵⁸ Darunter kann aber nicht die »Herrschaft des Gesetzes« verstanden werden, wie sie der französischen Volkssouveränität zugrunde liegt. In der Konzeption der Gewaltenteilung, die man als »französisches« Modell bezeichnen kann, werden die anderen Staatsgewalten durch die normative Qualität des Gesetzes gebunden.⁵⁹ Die Legislative als Vertretung des souveränen Volkes bindet Exekutive und Verwaltung durch die Form des allgemeinen Gesetzes. Eine verfassungsgerichtliche Kontrolle ist diesem System grundsätzlich fremd. Die US-amerikanische Variante folgt hingegen einer anderen Konzeption der Gewaltenteilung. Sie beruht auf einer »wechselseitigen Kontrolle teilsouveräner Staatsapparate, die sich insgesamt gegenüber dem Volkswillen verselbständigen«⁶⁰. Darin spielt die richterliche Überprüfung der Gesetze eine entscheidende Rolle, was die Souveränität des Volkes in letzter Konsequenz ausschließt. Im Vorfeld der amerikanischen Staatsgründung war die Frage umstritten gewesen, welcher Konzeption man folgen wolle. Der uneingeschränkten Souveränität des Volkes wurde die Vorstellung des *limited government* gegenübergestellt. Auch nach der Staatsgründung war noch offen, welche Konzeption sich schließlich durchsetzen würde. Erst die 1803 gefällte Entscheidung des *Supreme Court*, die Kompetenz zur Überprüfung von Gesetzen zu beanspruchen, hat die Frage definitiv entschieden. Die Akzeptanz dieser Entscheidung wird einerseits auf den wenig ermutigenden Verlauf der Französischen Revolution zurückgeführt, andererseits aber auf eine relative Schwäche der politischen Forderung nach ungehinderter Volkssouveränität.⁶¹ Der *Supreme Court* hat die Vereinigten Staaten aber von der Volkssouveränität weggerückt, wie sie in Europa verstanden und weiterentwickelt wurde. »Anders als im zeitgenössischen England und im

58 Dippel, S. 135 ff., auch zum Folgenden.

59 Hofmann, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, *Der Staat* 34/1995, S. 1-32, hier S. 22 ff., auch zum Folgenden.

60 Maus 1994, S. 230.

61 Dippel, S. 153 f.

Gret Haller

Frankreich der Revolution und anders als in nachfolgenden Deutungen der amerikanischen Revolution war damit nicht die Volkssouveränität, wohl aber die Idee des *limited government* zur Basis des amerikanischen Konstitutionalismus geworden.«⁶²

Für die drei Länder, die als erste den Menschenrechten bestimmte Formen verliehen haben, können diese Formen historisch klar voneinander abgegrenzt werden. Während die demokratische Legitimation der Menschenrechte in Frankreich eine ganz zentrale Rolle spielt und sogar als Grundidee und Basis des ganzen revolutionären Geschehens gesehen werden kann, kennen die Vereinigten Staaten auf Bundesebene diese Form der Legitimation nicht nur nicht, sondern sie haben sie bewusst ausgeschlossen. Das prägende Element für Großbritannien wiederum ist ein für alle Mal die absolute Parlamentsouveränität. Sie hat zur Folge, dass sich das Parlament jederzeit zu den Grundrechten äußern kann, wodurch deren Bestimmung – und die Bestimmung ihrer Grenzen – eine demokratische Legitimation erhält.⁶³ Die Grundrechtswahrung aus dem *common law* durch die Gerichte fließt in die parlamentarische Bratung ebenfalls ein und steht der demokratischen Legitimation nicht entgegen.⁶⁴

Schlussfolgerung im Hinblick auf die Anschlussfähigkeit für nicht-westliche Kulturen

Nach diesen Ausführungen liegt es auf der Hand, dass die Schlussfolgerung im Hinblick auf das Tagungsthema nicht nur sehr kurz, sondern auch lapidar verbleiben muss. Nicht nur was die Rolle der subjektiven Rechte anbelangt – aber insbesondere diesbezüglich – ist das Spektrum des westlichen Republikverständnisses so breit, dass weder von einer einheitlichen Anschlussfähigkeit noch von einer einheitlichen Nicht-Anschlussfähigkeit die Rede sein kann. Für verschiedene nicht-westliche Länder oder Kulturen können in diesem breiten Spektrum unterschiedliche Elemente von Interesse sein.

Der Entscheid, in welchen Elementen für nicht-westliche Kulturen Anschlusspunkte gesehen werden können, muss aus diesen Kulturen heraus

62 Dippel, S. 157. Zur Tradition der Gewaltenteilung in den drei Staaten Möllers, S. 19 ff.

63 Henkin, S. 218 f.

64 Möllers, S. 27.

Subjektive Rechte als Grundlage der Res publica?

getroffen werden und nicht von westlichen Experten. Immerhin können westliche Experten zu dieser Entscheidungsfreiheit einen namhaften Beitrag leisten, indem sie nämlich nicht länger von einem einheitlichen westlichen Demokratie- oder Republik-Verständnis sprechen, sondern die Vielfalt innerhalb des Westens selber thematisieren.