

Die Rolle der Demokratie in Begründung, Bedeutung und Durchsetzung der Menschenrechte

Vortrag anlässlich des Bad Dürkheimer Symposiums des Instituts für angewandte Ethik e.V. vom 21./22. März 2014

Dr. Dr.h.c. Gret Haller, Bern

Die Rolle der Demokratie zeigt sich – wenn auch auf unterschiedliche Weise – in allen drei Bereichen, welche das Programm des Symposiums mit den Begriffen "Begründung", "Bedeutung" und "Durchsetzung" der Menschenrechte überschreibt. Meiner diesbezüglichen Erfahrungen und Erkenntnisse habe ich in einem 2012 erschienen Buch vertieft behandelt.¹ In meinem Vortrag werde ich einige der darin vertretene Thesen herausgreifen.

Zunächst möchte ich klarstellen, dass ich mit dem Begriff der Demokratie im Folgenden durchwegs die parlamentarische Demokratie meine.² Direkt-demokratische Elemente können interessant sein, aber begriffsnotwendig sind sie nicht. Als Schweizerin bin ich natürlich auch von meiner direktdemokratischen Erfahrung geprägt, aber ich hoffe, dass ich in der wissenschaftlichen Analyse davon abstrahieren kann. In den fünf Jahren meiner Arbeit an der Goethe-Universität in Frankfurt habe ich insbesondere das deutsche Verständnis von Demokratie in einem tieferen Sinne kennen gelernt. Es unterscheidet sich sehr stark von jenem der Schweiz.

1. DIE BEGRÜNDUNG DER MENSCHENRECHTE: VOM NATURRECHT ZUR DEMOKRATISCHEN LEGITIMATION

Die Menschenrechte, wie sie sich Ende des 18. Jahrhunderts durchgesetzt haben, gehen auf die Menschenwürde zurück, die eine viel längere Geschichte hat. Menschenwürde ist in ihren Anfängen von der Antike bis Ende des Mittelalters eine

¹ Gret Haller, Menschenrechte ohne Demokratie ? Der Weg der Versöhnung von Freiheit und Gleichheit, Berlin 2012

² Diese Vorbemerkung drängt sich vor allem auf, nachdem die Schweizer Stimmberechtigten am 9. Februar 2014 einer Volksinitiative zugestimmt haben, welche die Personenfreizügigkeit in Frage stellt, zu der die Schweiz gegenüber der Europäischen Union vertraglich verpflichtet ist. Seither hat sich die Wahrnehmung der Differenzen zwischen parlamentarischer und direkter Demokratie verstärkt.

rein naturrechtliche Kategorie. Das Naturrecht erhebt die Menschenwürde geradezu ins Zentrum seiner Lehre und gewinnt daraus die Vorstellung, dass dem einzelnen Menschen konkrete Ansprüche zustehen können. Aus der naturrechtlichen Begründung der Menschenrechte leitet sich in der historischen Entwicklung denn auch die universale Geltung dieser Rechte ab. Sie sind unabhängig von einer konkreten Rechtsgemeinschaft sowie deren Rechtsordnung. Sie stellen ausschließlich auf das Mensch-Sein der Menschen ab, weshalb sie überall Geltung beanspruchen.

Das klassische Naturrecht hatte nur den Widerstand erlaubt, in der Absicht, eine gestörte Ordnung wieder herzustellen, wobei die Ordnung in letzter Instanz göttlich vorgegeben war. Im Übergang vom klassischen zum modernen Naturrecht wurde die göttliche Vorgabe durch die menschliche Vernunft ersetzt. Und erst in dieser Konstellation konnte sich der Durchbruch der Menschenrechte vorbereiten. Dieter Grimm hat es so formuliert, dass die Aufklärung dem modernen Naturrecht »revolutionäre Kraft« verliehen habe.³ Für Europa steht dabei die Französische *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* im Zentrum, die am 26. August 1789 durch die Nationalversammlung verabschiedet wurde. Ihr erster Artikel lautet »Die Menschen sind und bleiben von Geburt an frei und gleich an Rechten.« Dieser Wortlaut ist »wie ein Trompetenstoß durch Europa gegangen«.⁴ Es fand ein abrupter Traditionsbruch statt, aber es wurde auch eine neue Dialektik ausgeklüffelt, nämlich jene zwischen Liberalismus und radikaler Demokratie.⁵ Seither gibt es die Kontroverse zwischen zwei Positionen. Die radikaldemokratische in der Linie von Rousseau sieht die Menschenrechte als Äußerung des souveränen Volkswillens. Die andere, in der Linie von John Locke, gibt den Menschenrechten einen Vorrang vor der Demokratie.

Folgt man der zweitgenannten Linie, so stellt sich die Frage, wer die Überführung der Menschenrechte ins positive Recht besorge. Es sind verfassungsgebende Versammlungen, welche die Ausgestaltung der Rechte beschließen, oft auch deren Grenzen. Was die internationalen Menschenrechtskataloge angeht, sind es zwar die Regierungsvertreter, welche die Texte aushandeln, die aber durch die nationalen Parlamente ratifiziert werden müssen. Auch in dieser Sichtweise bedürften die positivierten Menschenrechte einer demokratischen Legitimation. In der radikaldemokratischen Sichtweise ist dies ohnehin der Fall. Dies bedeutet aber nicht, dass in die Beratung über die Ausgestaltung der Rechte nicht auch naturrechtliche Argumente eingebracht würden.

Es ist somit die Positivierung, welche das Ende der naturrechtlichen Begründung einläutet. Durch die Positivierung erhalten die Rechte wie auch deren Grenzen eine konkrete Gestalt. Begrenzungen der Rechtsausübung ergeben sich zusätzlich aus dem Grundsatz der Gleichheit und der Nicht-Diskriminierung. In der Berufung auf die Rechte und durch ihre Anwendung auf den konkreten Einzelfall wird

³ 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. 120.

⁴ Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts in Europa*, München 2010, S. 407 und 413.

⁵ 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. 11 f. und 16.

die positivrechtliche Ausgestaltung immer wichtiger, und schließlich verblasst vor diesem Hintergrund die naturrechtliche Dimension. 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 schwächer wird die Bedeutung jener nicht oder noch nicht positivierten Rechte, welche allein noch klar dem Naturrecht zugeordnet werden können.⁶

Zwei ergänzende Bemerkungen seien noch angefügt, eine erste zur Expertise. 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 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 stehen in der Gefahr, statisch zu werden. Sie entbehren der Dynamik, welche ihnen die demokratische Legitimation notwendigerweise verleiht. Dies ist der Grund dafür, dass naturrechtlich begründete Menschenrechte zu einem Instrumentarium werden können, mittels dessen Privilegierte ihre Privilegien zu verteidigen versuchen.

Die zweite ergänzende Bemerkungen betrifft die Menschenbilder. Es gibt einen Unterschied zwischen dem klassischen und dem modernen Naturrecht, der seine Bedeutung bewahrt hat und - in der Form des modernen Naturrechtes - bis heute Wirksamkeit entfalten kann. Das klassische Naturrecht schilderte den Menschen, wie er sein sollte, wenn die göttliche Vorgabe eingehalten wird. Die Vertreter des modernen Naturrechtes hingegen wollten von der Natur des Menschen ausgehen, »wie sie nun einmal ist«, und nicht wie im traditionellen Naturrecht von einer Natur, wie sie sein sollte.⁷ Die Pointe dieses Überganges liegt darin, dass auch sie - oft wohl unbeabsichtigt - der Natur ein Menschenbild zugrunde legten, das von

⁶ Erhard Denninger, Über das Verhältnis von Menschenrechten zum positiven Recht, in: ders., Der gebändigte Leviathan, Baden-Baden 1990, S. 231–247, hier S. 239.

⁷ Walter Euchner, Naturrecht und Politik bei John Locke. Frankfurt am Main 1979, S. 26 f.

der damaligen Zeit abhängig war. Die modernen Naturrechtstheoretiker ließen in die »wirkliche Natur« des Menschen unbewusst jene zeitbedingten Inhalte einfließen, die ihnen als notwendig erschienen, um daraus entsprechende Prinzipien ableiten zu können. Das Bild der Frau ist wohl das illustrativste Beispiel für diesen Vorgang. In der 1922 erschienenen Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften hat Max Ernst Mayer diesen Vorgang mit treffenden Worten geschildert: " Das Naturrecht (...) leitet aus der menschlichen Natur nicht nur das Dasein irgendeiner, sondern den Inhalt einer bestimmten Rechtsordnung ab und überträgt dann die Konstanz vom Ursprung auf die Geltung. Natürlich gelingt diese Ableitung nur, wenn man vorher die menschliche Natur mit kulturellen Forderungen und Bedürfnissen angefüllt hat; dann kann man wie der Zauberkünstler aus dem Zylinder aus ihr breit herausholen, was man vorher zusammengepackt hineingelegt hat." Und zu den Geschlechterrollen folgt darauf ein Beispiel: "Man muss z.B. die Natur des Mannes mit reichlich spätem abendländischen Kulturgut ausstatten, um aus ihr die monogamische Ehe oder gar deren Unauflöslichkeit rechtfertigen zu können." ⁸

2. DIE BEDEUTUNG DER MENSCHENRECHTE: DAS BEISPIEL DER KULTURRELATIVISTISCHEN KRITIK

Bedeutung der Menschenrechte - unter diesem Begriff kann man ganz verschiedene Dinge verstehen. Ausgehend von der geografischen Dimension, davon also, dass die Bedeutung der Menschenrechte eine weltweite sei, rückt die Frage der kulturellrelativistischen Kritik an den Menschenrechten ins Blickfeld.

Die kulturellrelativistische Kritik apostrophiert die Menschenrechte als Produkt der westlichen Kultur. Dem westlichen Individualismus der Menschenrechte wird der Vorrang der Gemeinschaft in den Kulturen Asiens wie auch in afrikanischen Stammeskulturen gegenübergestellt. Im Weiteren wird etwa festgehalten, die klare Trennung von Recht und Moral sei mit diesen Kulturen nicht vereinbar. Pflichten hätten den Vorrang vor den Rechten, und die letzteren seien den Individuen nur verliehen worden.⁹ »Eine Art ›Gegen-Menschenrechtsbewegung‹ afrikanischer, asiatischer und islamisch geprägter Staaten« hat dazu geführt, dass in gewissen regionalen Menschenrechtsübereinkommen solche Vorstellungen denn auch ihren Niederschlag gefunden haben, wie zum Beispiel in der Bangkok-Deklaration der ASEAN-Staaten oder der Banjul-Charta einiger afrikanischer Staaten.¹⁰

⁸ Max Ernst Mayer, Rechtsphilosophie, Berlin 1922, S. 9. Weniger polemisch nennt Klaus Günther denselben Vorgang eine »Projektion in die ›Natur‹ oder die intelligible Welt«, welche die implizite Urheberchaft verdecke: Klaus Günther, Diskurstheorie des Rechts oder Naturrecht in diskurstheoretischem Gewande?, Kritische Justiz 27/1994, S. 470–487, hier S. 479. Zu den verschiedenen Gründen, warum diese Auffassung heute nicht mehr nachvollzogen werden kann: Georg Lohmann, Menschenrechte zwischen Moral und Recht, in: Stefan Gosepath / ders. (Hg.), Philosophie der Menschenrechte. Frankfurt am Main 1998, S. 62–95, hier S. 77.

⁹ Jürgen Habermas, Zur Legitimation der Menschenrechte, in: Hauke Brunkhorst / Peter Niesen (Hg.), Das Recht der Republik, Frankfurt am Main 1999, S. 386–403, hier S. 397.

¹⁰ Regina Kreide, Globale Politik und Menschenrechte. Macht und Ohnmacht eines politischen Instruments. Frankfurt am Main / New York 2008, S. 14 f. und 331.

Bis zu einem gewissen Maß kann der kulturelrelativistischen Kritik an den Menschenrechten durch eine bestimmte Sicht in deren Verhältnis zur Demokratie begegnet werden. Auf die beiden antagonistischen Grundtendenzen, welche einem dieser beiden Elemente den Primat zuordnen, ist bereits hingewiesen worden. Eine vermittelnde Position nimmt die Diskurstheorie des Rechts ein.¹¹ Sie geht weder vom Primat der Demokratie noch von jenem der Menschenrechte aus. Vielmehr betrachtet sie Menschenrechte und Demokratie – genauer Menschenrechte und Volkssouveränität – als gleichursprünglich. Menschenrechte bilden einerseits eine Bedingung dafür, dass der demokratische Prozess der Verfassungsgebung überhaupt stattfinden kann, denn die an diesem Prozess Beteiligten müssen zuvor die freie und gleiche Beteiligung wechselseitig anerkannt haben. Andererseits bildet der demokratische Prozess eine Bedingung für die Positivierung der Menschenrechte, da die Berechtigten erst in diesem Prozess gemeinsam definieren, worin die Rechte bestehen und wie weit sie gehen sollen.

Dabei handelt es sich immer um einen Prozess der Verrechtlichung. In die demokratische Aushandlung werden sehr unterschiedliche Argumente eingebracht. Es können zum Beispiel philosophische oder naturrechtliche Argumente sein, Argumente mit Berufung auf die eigene Lebenserfahrung, moralische, religiöse oder Argumente aus anderen Bereichen.¹² In der Diskussion können aber nur jene Argumente Bestand haben, welchen sich eine Mehrheit anschließen kann. Und die Argumente verlieren in diesem Prozess auch ihren direkten Bezug zu ihrem Herkunftsbereich - also z.B. zum religiösen, weltanschaulichen oder moralischen Bereich - denn sie werden zu neutralen Begründungen für allgemeingültiges Recht. Im Austausch der Argumente aus den verschiedenen Bereichen schleifen sie sich gegenseitig so lange ab, bis sie eine viel breitere Anerkennung finden als dies nur bezogen auf ihren Herkunftsbereich der Fall sein könnte. Im Grunde genommen ist es dieser Abschleifungsprozess, welcher den Rechten eine demokratische Legitimation vermittelt.

Aus dieser Form des Prozesses zu Verrechtlichung geht nun der Ansatz hervor, der zu einer mindestens teilweisen Entkräftung der kulturelrelativistischen Kritik dienen kann. Er basiert auf einem Verständnis der Menschenrechte, welches eine demokratische Legitimation dieser Rechte voraussetzt. Dass aus einem Verständnis, welches diese Rechte ohne demokratische Legitimation konzipiert, schwerlich Argumente zur Entkräftung der kulturelrelativistischen Kritik abgeleitet werden können, ergibt sich schon daraus, dass sich so verstandene Menschenrechte mangels demokratischer Legitimation naturrechtlich oder moralisch legitimieren müssen, wobei auch das Naturrecht letztlich auf moralische Normen zurückgegriffen hat.¹³ Moralische Normen sind und bleiben immer kulturabhängig. Erst im Prozess der Verrechtlichung ist eine kulturübergreifende Fassung möglich, wobei aber die moralischen Argumente in der Konfrontation mit Argumenten aus anderen Bereichen wie Philosophie oder Lebenserfahrung ihren moralischen Mantel abstreifen und

¹¹ Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates. Frankfurt am Main 1994, S. 109 ff.

¹² Insbesondere zu den religiösen Argumenten: Thomas M. Schmidt, Vernunftrecht und göttliche Gebote. Religion als vopolitische Quelle der Menschenrechte?, in: Stefan Kadelbach / Parinas Parhisi (Hg.), Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht. Baden-Baden 2007, S.15–27.

¹³ Habermas 1999, S. 388. Christoph Menke, Einführung zu »3. Demokratie« in: Christoph Menke / Francesca Raimondi (Hg.), Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen, Berlin 2011, S.247–252, hier S. 247 ff.

moralneutral werden. Schon deshalb muss ein Menschenrechtsverständnis, welches keine demokratische Legitimation voraussetzt, kulturrelativistische Gegenargumente hervorrufen.

Geht man demgegenüber davon aus, dass Menschenrechte nicht nur demokratisch ausgehandelt werden, sondern dass vor dem Aushandeln die einzelnen Menschen sich gegenseitig – also intersubjektiv – als frei und gleich anerkannt haben müssen, wird dadurch vor allem der kulturrelativistische Vorwurf des übersteigerten Individualismus aufgefangen.¹⁴ Denn der Aushandlungsprozess führt über das Individuum hinaus. Er kann nicht auf eine Sicht reduziert werden, in welcher die Beteiligten nur ihre individuellen Wünsche einbringen, sondern die Beteiligten sollten immer das Gedankenexperiment der Universalisierung vor Augen haben, um sich an kantische Vorstellungen anzulehnen.

Natürlich ist die demokratische Legitimation längst nicht die einzige Randbedingung, aber es ist jene, welche es hier im Zusammenhang mit der Rolle der Demokratie zu erwähnen gilt. Für andere Kulturen stellt sich zum Beispiel die Frage, ob die erwähnte vorgängige gegenseitige Anerkennung unter jenen Voraussetzungen überhaupt stattfinden könne, welche in der kulturrelativistischen Kritik zum Ausdruck kommen. Die Antwort muss sich darauf beschränken, dass es sich nur um einen Annäherungsprozess handeln kann. Immerhin sind heute jene Ausformulierungen der Menschenrechte verfügbar, auf welche man sich weltweit in rechtlich verbindlicher Form hat einigen können. Sie geben jenen Menschen in diesen Kulturen, welche sich den globalen Standards annähern möchten, normative Argumente in die Hand.

Regionale Abweichungen von den globalen Standards werden sich am ehesten durch Verletzungen der Gleichheit manifestieren, und zwar schon im Aushandlungsprozess, aber in der Folge davon auch in der Ausübung von Rechten. Indessen sollten wir uns bewusst sein, dass es durchaus möglich ist, in bestimmten Rechtsgemeinschaften die Menschenrechte so auszugestalten, dass der Schnittpunkt zwischen Individualismus und Gemeinschaft nicht genau an jener Grenzen liegt, wie sie sich aus unserer Geschichte ergeben hat. Bedingung ist allerdings die Gleichheit der Individuen. Und selbstredend gibt es absolute Schranken, welche auch durch die Rücksichtnahme auf regionale kulturelle Besonderheiten nicht überschritten werden dürfen. Dies betrifft vor allem den Schutz von Leib und Leben und das Folterverbot.¹⁵ Im Rahmen dieser Randbedingungen aber trägt der demokratische Aushandlungsprozess ohne Zweifel dazu bei, Menschenrechte auch im Rahmen anderer Kulturen lebbar zu machen. Die neue Verfassung Tunesiens ist ein Beispiel dafür. Selbst erarbeitete - also in demokratischer Auseinandersetzung erstrittene - Rechte sind tragfähig. Dies im Gegensatz zu jenen Konzepten, welche der Westen als "Fertigprodukte" ¹⁶ in andere Kulturen zu importieren versucht.

¹⁴ Habermas 1999, S. 399.

¹⁵ Hasso Hofmann, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, Juristen Zeitung 1/1995, S. 1–32, hier S. 27.

¹⁶ Zu diesem Begriff vgl. Fn 18.

3. DIE DURCHSETZUNG DER MENSCHENRECHTE: DER ROLLENTAUSCH VON RECHT UND POLITIK

Im Kommentar zum Grundgesetz von 2004 eröffnet Horst Dreier seinen Abschnitt zur Verfassungsgeschichte der Grundrechte mit der lapidaren Bemerkung: »Grundrechte sind nicht vom (Werte-)Himmel gefallen.«¹⁷ Es ist eine anschauliche Umschreibung des Zusammenwirkens zwischen den Bereichen des Politischen und des Rechts auf der nationalen Ebene, wie sie jedenfalls bis zum Ende des Kalten Krieges wahrgenommen werden konnte. Auf der nationalen Ebene gehört die Verabschiedung von Menschenrechtskatalogen wie auch der Erlass von Gesetzen zu ihrer Konkretisierung in den Bereich des Politischen, die Anwendung und Durchsetzung im Einzelfall hingegen ist eine rechtliche Angelegenheit. Mit dem Durchbruch zur Internationalisierung nach dem zweiten Weltkrieg verlor diese Zuordnung zwar einen Teil ihrer Plausibilität, denn die politische Aushandlung von Menschenrechtskatalogen wurde zu einem Dialog zwischen Regierungen. Obschon die nationalen Parlamente nur noch mit den Endresultaten solcher Aushandlungen konfrontiert wurden, blieb aber die Wahrnehmung über die Zuordnung weitgehend aufrechterhalten. Die Erarbeitung internationaler Verträge zu den Menschenrechten wurden der Außenpolitik zugeordnet, also dem Bereich des Politischen. Und die Anwendung der Rechte auf den Einzelfall blieb auf der internationalen Ebene ebenfalls eine Sache des Rechts, dies in dem relativ bescheidenen Rahmen, in welchem internationale Beschwerdeverfahren überhaupt entwickelt werden konnten. Diesbezüglich bildete Westeuropa mit der Europäischen Menschenrechtskonvention eine Ausnahme.

Heute, 25 Jahre nach dem Ende des Kalten Krieges ist die Wahrnehmung eine umgekehrte: Die Positivierung von Grund- und Menschenrechten wird durch eine breite Öffentlichkeit nicht als eine politische Frage wahrgenommen, sondern als eine Frage des Rechts, und dies in der Weise, als seien die Rechte – in der Formulierung von Horst Dreier – »vom (Werte-)Himmel gefallen«. Sehr klar hat dies Klaus Günther auf den Punkt gebracht: »Wir nehmen die Menschenrechte zwar überall und jederzeit in Anspruch, aber wir verhalten uns zu ihnen wie zu Fertigprodukten, die wir bloß passiv konsumieren, ohne an ihrer Herstellung beteiligt zu sein und ohne ihren inneren Mechanismus zu kennen. Dadurch werden wir abhängig von denen, die diese Produkte herstellen und die uns diese Produkte verkaufen, ohne uns in ihre geheimen Konstruktionspläne einzuweihen.«¹⁸ Offensichtlich hat sich in der öffentlichen Wahrnehmung der Menschenrechte jedenfalls bis zu einem gewissen Grade ein Rollentausch zwischen dem Bereich des Politischen und jenem des Rechts ereignet.

Die Positivierung von Grund- und Menschenrechten wird heute immer weniger als politischer Akt wahrgenommen. Umgekehrt gilt die Durchsetzung der Rechte im Anwendungsfall als hoch politisch, einerseits über die öffentlichen Anmahnung, andererseits über die politisch verstandene Führung von Prozessen und

¹⁷ Horst Dreier, Grundrechte. in: Grundgesetz Kommentar, Bd. I, Präambel, Artikel 1–19, Tübingen 2004, S. 49.

¹⁸ Klaus Günther, Von der gubernativen zur deliberativen Menschenrechtspolitik – Die Definition und Fortentwicklung der Menschenrechte als Akt kollektiver Selbstbestimmung, in: Gret Haller / ders. / Ulfrid Neumann (Hg.), Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa. Gerichte als Vormund der Demokratie?, Frankfurt / New York 2011, S. 45–60, hier S. 46.

Beschwerdeverfahren. Die Durchsetzung von Menschenrechten durch Interventionen von außen soll hier ausgeklammert bleiben, obwohl sie sich klar in diesen Kontext einreihet.¹⁹ Hingegen soll abschließend aufgezeigt werden, welche Probleme entstehen, wenn die demokratische Legitimation der Rechte ersetzt wird durch eine Art von individueller Legitimation im einzelnen Anwendungsfall, wenn also die Weiterentwicklung der Rechte vom Bereich der Begründung in den Bereich der Durchsetzung verschoben wird.

Gerichte oder Verwaltungsbehörden haben die Aufgabe, die individuelle Rechtslage zu legitimieren.²⁰ Die besonderen Eigenheiten im Vorgehen, welche einerseits die Organe der Politik und andererseits jene des Rechts kennzeichnen, können miteinander verglichen werden. Es geht gewissermaßen um einen Vergleich zwischen der Herstellung einerseits von individueller und andererseits von demokratischer Legitimation. Hinsichtlich der Menschenrechte hat Christoph Möllers die Unterschiede in drei Elemente aufgeschlüsselt. Zum einen kann die Politik jederzeit auf eigene Initiative tätig werden und Menschenrechte bestimmen oder neu bestimmen. Gerichte oder Verwaltungsbehörden befassen sich mit einem individuellen Fall hingegen nur dann, wenn jemand als Kläger oder Antragsteller auftritt. Zweitens behandeln Gerichte Fälle, die sich schon ereignet haben oder deren Voraussetzungen schon konkret vorliegen, sie sind also retrospektiv tätig. Die Politik hingegen bestimmt den Inhalt von Menschenrechten prospektiv und schafft damit eine künftige Ordnung. Schließlich legen Gerichte und Verwaltungsbehörden das Recht definitiv fest, und wenn alle Möglichkeiten des Weiterzuges an eine übergeordnete Instanz entweder ausgeschöpft sind oder auf den Weiterzug verzichtet worden ist, kann am Resultat nicht mehr gerüttelt werden. Das Individuum hat »sein Recht« definitiv erhalten, teilweise erhalten oder eben nicht erhalten. Anders könnte die Rechtssicherheit auch gar nicht aufrechterhalten werden. Die politische Willensbildung hingegen bleibt immer offen und veränderbar.

Wenn Gerichte statt politischer Organe über die Fortentwicklung der Grund- und Menschenrechte bestimmen, ist diese Entwicklung nicht mehr offen. Sie beschränkt sich auf jene Bereiche, in welchen es überhaupt zu Klagen oder Beschwerden kommt. Darüber hinaus bedeuten gerichtlich Verfahren - verglichen mit Verfassungs- und Gesetzgebung - immer eine »Individualisierung«. Für die Grund- und Menschenrechte hat dies vor allem dann Konsequenzen, wenn über widerstreitende Rechte verschiedener Personen entschieden wird.²¹ Die Rechte werden in einem solchen Fall nicht mehr generell formuliert, sondern ausgehend von der individuellen Situation, die möglicherweise gar nicht repräsentativ ist für die allgemeine Problematik, in welche das betreffende Recht als generelles eingeordnet werden müsste. Im Gerichtsverfahren ist manches viel zufälliger als in der demokratischen Aushandlung. So kann das Obsiegen einer bestimmten Sicht davon abhängen, ob die Mittel zur Verfügung stehen, das Verfahren überhaupt zu initiieren und durchzuführen.

Der Hauptmangel aber liegt ganz generell im Ausschluss all jener vom Verfahren, die auch »Berechtigte« sind. Der Entscheid über die Freiheitsverteilung

¹⁹ »Demokratischer Interventionismus? Rechtsethische Grundlagen und Grenzen« ist Thema eines eigenen Vortrages im Rahmen des Symposiums.

²⁰ Zum Folgenden Christoph Möllers, Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung, Weilerswist 2008, S. 87 ff.

²¹ Möllers 2008, S. 144 ff.

wird dem demokratischen Gesetzgeber aus der Hand genommen. Wenn in einem bestimmten Fall das Individuum der Staatsgewalt gegenübersteht, wird der Mangel an demokratischer Legitimation weniger sichtbar. Der Mangel zeigt sich hingegen in seiner ganzen Schärfe, wenn verschiedene Individuen ihre Rechte gegeneinander so in Stellung bringen wie Privateigentümer ihre Eigentumsrechte. Klaus Günther hat die so eintretende Veränderung folgendermaßen umschrieben: »Damit wird nicht nur im Verständnis der Beteiligten das Menschenrecht auf ein eigentumsanaloges privates Recht verkürzt. Vielmehr wird dadurch auch das Gericht zu dem Ort, an dem im Einzelfall kollidierende Menschenrechte so gegeneinander abgewogen werden, dass eine generalisierende Wirkung auf vergleichbare Fälle entsteht. Darüber wird schnell vergessen, dass die Grenzen der Menschenrechte untereinander primär von denjenigen gezogen werden müssen, die selbst die Träger allgemeiner und gleicher Menschenrechte sind – also von den Menschenrechtssubjekten selbst und nicht von einem Gericht. Die Konkordanz zwischen potentiell miteinander kollidierenden Menschenrechten bedarf daher auch der Form einer abstrakten und generellen Regelung, in der die Interessen aller Menschenrechtssubjekte unabhängig vom konkreten Einzelfall zur Geltung kommen.«²²

Wenn es darum geht, Rechte in dem Sinne neu zu definieren, dass generelle Konflikte zwischen einer Vielzahl von Individuen – sie mögen sich als Gruppe verstehen oder auch nicht – neu austariert werden und allenfalls Grenzen neu gezogen werden müssen, dann können die Institutionen und Behörden des Rechts den Fall nicht allein lösen, denn aus ihren Verfahren kann nur individuelle Legitimation hervorgehen, und diese allein hilft in einem solchen Falle nicht weiter.²³ Eine solche Neuregelung verlangt demokratische Legitimation, die nur aus den Verfahren der Institutionen und Behörden im Bereich des Politischen hervorgehen kann. Bei der Definition der Tragweite und der Grenzen von Grund- und Menschenrechten geht es ganz grundlegend um die Verteilung von Freiheit. Freiheitsverteilung sollte schon deshalb eine Aufgabe des Verfassungs- und Gesetzgebers sein, weil dieser – im Gegensatz zum gesetzesgebundenen Gericht – über viel weitergehende Möglichkeiten der Kompromissbildung verfügt.²⁴

²² Günther 2011, S. 50.

²³ Möllers 2008, S. 73 ff.

²⁴ Christoph Möllers, Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005, S. 156.