

18. Politische und rechtliche Argumentation

18.1 Gründe in Verwaltung und Justiz

Zur Umsetzung der normativen Gehalte, die im Begriff der Würde erfasst sind, bedarf es eines Zusammenwirkens von Recht und Politik. Die Begriffe »Recht« und »Politik« sind weit und komplex. Im Folgenden sollen sie als unterschiedliche Modi der Argumentation verstanden und betrachtet werden. Denn besonders in dieser Form leisten sie die operative Umsetzung der Menschenwürde. Im Folgenden möchte ich zunächst die Praxis von Verwaltung und Gerichten beleuchten, in denen sich die juristische Argumentation manifestiert. Später werde ich vergleichend die politische Weise des Argumentierens heranziehen¹.

Die Verwaltungstätigkeit weist in vielen Bereichen relativ große Gestaltungs- und Ermessensspielräume auf. Sie ist nicht reiner Gesetzesvollzug. Auch wo sie über eine bloße Anwendung bestehenden Rechts hinausgeht, recurriert sie jedoch auf einen besonderen Bestand von Gründen. Dies sind zum Beispiel die eigene Praxis der jeweiligen Behörde, die Praxis von Gerichten, verwaltungsinterne Direktiven oder anerkannte Meinungen der Wissenschaft. Verwaltungsentscheidungen müssen sich kohärent zu diesen Determinanten verhalten, die sich je nach Verwaltungsbereich und -tätigkeit im Einzelnen unterscheiden².

Politische Gründe sind in aller Regel nicht geeignet, eine Verwaltungsentscheidung zu legitimieren. Dass die Verwaltungsakteurin bzw. der Verwaltungsakteur der Auffassung ist, dass ein Gesetz anders sein sollte, berechtigt sie oder ihn nicht dazu, in einer gegen das Gesetz verstoßenden Weise zu entscheiden. In einer ähnlichen Weise sind auch ethische Gründe im Sinne von Gründen, die einer bestimmten Vorstellung des guten Lebens entsprechen³, in aller Regel nicht geeignet, Verwaltungsentscheidungen zu rechtfertigen. Ethische Überzeugungen legitimieren Verwaltungsangestellte in der Regel nicht dazu, eine Entscheidung im Widerspruch zu rechtlichen Normen zu treffen. Es gibt diesbezüglich Ausnahmen, besonders im Bereich sog. Gewissensentscheidungen⁴.

Eine weitere Dimension des Entscheidens ist das moralische Entscheiden. Eine Frage oder Entscheidung ist besonders dann moralischer Art, wenn sie das Leben anderer in einer nicht reziprok und allgemein zu

1 Ich stütze mich in diesem Kapitel teilweise auf Engi 2016a.

2 Vgl. Engi 2014.

3 Zum Begriff der Ethik in diesem Sinn und zur Unterscheidung von Moral vgl. etwa Forst 2007, 100–126.

4 Vgl. Forst 1994, 398 f.

rechtfertigender Weise beschränkt⁵. Berührt administratives Handeln den Bereich der Moral, reicht der einfache Bezug auf bestehendes Recht zur Rechtfertigung unter Umständen nicht mehr aus. So konnte sich Eichmann – wie andere Nazi-Täter – nicht auf den reinen Vollzug anderswo getroffener Entscheidungen berufen, da sein Handeln eine evidente moralische Dimension aufwies⁶. In diesem Fall muss sich die Akteurin bzw. der Akteur der öffentlichen Verwaltung unter Umständen vom bestehenden Recht und Vorentscheidungen lösen, um nicht gegen moralische Normen zu verstoßen.

In besonderen Konstellationen können ethische oder moralische Gründe in der Verwaltungstätigkeit somit relevant werden. In der Regel zeichnet sich diese aber dadurch aus, dass sie in einem spezifisch *rechtlichen* Modus gerechtfertigt wird. Das wird mit Blick auf den zweiten Hauptbereich, in dem juristische Rationalität praktisch wird, die Gerichte, noch deutlicher. Bei ihnen ist der Bereich zählender Gründe eher noch strenger und klarer limitiert als bei Verwaltungsbehörden.

Ein Gericht darf sich nur auf Rechtliches beziehen⁷. Andere, nicht-rechtliche Gründe mögen faktisch für die Entscheidungsfindung einflussreich sein (z.B. Folgenüberlegungen). In der öffentlichen Präsentation muss das Gerichtsurteil sich aber auf rechtliche Gründe stützen⁸. Diese rechtlichen Gründe sind des Näheren Rechtserlasse, eigene Urteile, Urteile anderer Gerichte, auch die rechtswissenschaftliche Doktrin. Faktische Informationen zieht das Gericht ebenfalls bei, diese stützen das Urteil aber nicht in einem normativen Sinn⁹.

In der gerichtlichen Praxis kann die Situation auftreten, dass sich aus dem Bestand der rechtlichen Normen keine klare Antwort bezüglich der zu beurteilenden Rechtsfrage ergibt. In weiten Teilen der Gerichtspraxis ist dieser Fall selten; in der Regel können Rechtsnormen und Entscheidungen ähnlicher Fälle in hinreichender Zahl und Aussagekraft herangezogen werden. In bestimmten Bereichen der Rechtsprechung und

5 Forst 1994, 410.

6 Vgl. auch die Diskussion des Falles Eichmann (und Hannah Arendts Auseinandersetzung damit) in Forst 1994, 405–407.

7 Möllers 2005, 95.

8 Bedeutend ist in diesem Zusammenhang der Unterschied zwischen dem *context of discovery* und dem *context of justification* (grundlegend dazu Reichenbach 1938). Bei der faktischen Erarbeitung von Gerichtsurteilen spielt nicht nur Rechtliches eine Rolle, bei der öffentlichen Darstellung derselben stützt sich ein Gericht aber auf spezifisch rechtliche Gründe.

9 Gerichte berücksichtigen bei der Auslegung einer Norm u.a. politische Erwägungen, die beim Erlass derselben wichtig waren (*travaux préparatoires*, subjektiv-historische Norminterpretation). Damit greift das Gericht aber nur auf politische Motive zurück, welche die vorliegende Norm besser verstehen lassen, es argumentiert nicht selbst politisch.

namentlich im Fall der Verfassungsgerichtsbarkeit gibt es jedoch Konstellationen, in denen der Pool rechtlicher Gründe zu klein ist, um ein Urteil hinlänglich stützen zu können. Gerichte markieren diese Begrenzungen, indem sie etwa *political questions* feststellen und sich unzuständig erklären, diese zu entscheiden, oder indem sie einen *judicial self-restraint* deklarieren¹⁰. Als eine der Konstellationen, die auf eine politische (statt juristische) Frage hindeuten, nennt der U.S. Supreme Court »a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it«¹¹. Auch das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt Grenzen seines Handlungsbereichs hinsichtlich politischer Entscheidungen deklariert¹².

Allgemein können die Grenzen, an denen auch Verfassungsgerichte Entscheidungen den politischen Organen übertragen müssen bzw. sollen, so bestimmt werden, dass der Pool der rechtlichen Gründe zu klein ist, um ein Urteil hinreichend stützen zu können. Es braucht in diesem Fall mehr Gründe, es bedarf einer Anbindung an breitere Argumentationsströme. Ähnlich verhält es sich in der Verwaltungspraxis, zum Beispiel im Bereich der Gesetzgebung: Bereitet die Verwaltung einen Erlass oder die Änderungen eines Erlasses vor, so treten häufig Fragen auf, die sich aus dem bestehenden Komplex von Entscheidungen und Normen nicht mit hinreichender Sicherheit beantworten lassen. Die Tätigkeit berührt dann das politische Entscheiden und der Verwaltungsakteur, die Verwaltungsakteurin wird diese Fragen der politischen Leitung zur Entscheidung unterbreiten.

Versucht man diesen in der Regel eher unbewusst ablaufenden Prozess zu rekonstruieren, so lässt sich der Punkt, an dem der administrativ-juristische in den politischen Entscheidungs- und Begründungsmodus übergeht, bestimmen als der Punkt, an dem die rechtlichen Gründe nicht mehr hinreichen, um eine gut begründete Entscheidung zu treffen. Der Pool der rechtlichen Gründe ergibt nicht mehr genug, um die sich stellenden Fragen zu beantworten. Diese Feststellungen leiten über zu einer grundsätzlichen Betrachtung von politischem und rechtlichem Argumentationsbereich.

18.2 Sphären der Argumentation

Die Begriffe »Politik«, »Verwaltung« und »Justiz« verweisen auf verschiedene Kontexte der Argumentation. Die zentrale Eigenschaft dieser

10 Zur *political questions doctrine* des U.S. Supreme Court Brugger 2001, 21–24. Die Doktrin hat an praktischer Bedeutung verloren (ebd.).

11 Baker v. Carr, 369 U. S. 186. Die anderen Gesichtspunkte hängen vor allem mit der Gewaltenteilung zusammen.

12 Vgl. etwa BVerfGE 36, 1 (14); 39, 1 (51, 69 ff.); 48, 127 (160); 49, 89 (131).

Kontexte besteht darin, dass in ihnen unterschiedliche Gründe bzw. gleiche Gründe in unterschiedlicher Weise zählen. Die Gründe sind teilweise ähnlich oder gleich, haben aber in den jeweiligen Bereichen einen anderen Status und eine andere Rolle.

Die Räume der Gründe, die den Diskursen zugrunde liegen, sind nicht geschlossen, und viele Gründe sind kontextübergreifend gültig¹³. Es gibt jedoch für jeden Handlungskontext einen Komplex von guten Gründen, der mit ihm in besonderer Weise verbunden ist, der in ihm in besonderer Weise zählt. Die juristische Argumentation ist diesbezüglich vergleichsweise eng restringiert. Nur ein beschränktes Set von Argumenten ist in der Lage, juristische Entscheidungen von Verwaltungsbehörden oder Gerichten zu rechtfertigen. Die juristische Argumentation ist generell dadurch charakterisiert, dass sie sich auf Rechtliches bezieht¹⁴. Aufgrund dieser engen Beschränkungen bedarf es einer bestimmten Schulung (der juristischen Ausbildung), in der diese Argumentationspraxis eingeübt wird.

Die politische Argumentation ist offener für lebensweltliche Einflüsse und generell durch eine große Weite gekennzeichnet. Die politische Debatte ist ein Raum, in dem besonders viele Gründe als möglicherweise zählend und überzeugend in Frage kommen. Auch die politische Diskussion ist indes nicht für *jede* Form der Argumentation offen. Auf viele Gründe reagieren die politischen Diskussionsteilnehmer mit Unverständnis oder Empörung. So sind etwa chauvinistische, sexistische oder rassistische Motive in liberalen Demokratien aus dem Bereich politisch anerkannter Gründe ausgeschlossen. Dabei bestehen Unterschiede zwischen den nationalen politischen Gemeinschaften. Die Rolle und die Akzeptanz religiöser Argumente ist beispielsweise in den jeweiligen politischen Räumen stark unterschiedlich. Der politische Diskurs ist nicht identisch mit der nichtöffentlichen Diskussion in ethisch bestimmten Milieus.

Steht, um ein Beispiel zu nennen, ein Bauvorhaben einer großen Unternehmung in einer Uferzone an einem See zur Debatte, können dazu *politisch* vielfältige Argumente ins Spiel gebracht werden: ökonomische, ökologische, ästhetische und andere mehr. Die *juristische* Beurteilung der gleichen Frage ist, was ihre Begründung anbetrifft, deutlich strenger limitiert: Die zuständige Verwaltungsbehörde oder das Gericht haben bei der Beurteilung die Konformität zur bestehenden Rechtslage zu beachten. Ist diese gegeben, ist das Vorhaben zu bewilligen, ungeachtet möglicher ökologischer, wirtschaftlicher oder anderer Einwände. Diese Einwände müssen im politischen Diskurs geltend gemacht werden, besonders in der Form von Postulaten zur Änderung von Rechtsnormen.

13 Grundsätzlich dazu Wingert 2012, insb. 191–194: Der Raum der Gründe ist nicht versiegelt. Der Ausdruck »Raum der Gründe« (*space of reasons*) geht auf Wilfried Sellars zurück: Sellars 1997, 76.

14 Alexy 1991, 262.

Der politische Diskussionsraum ist durch einen vergleichsweise undisziplinierten, ungehemmten Gebrauch von Argumenten charakterisiert, durch ein relativ ungefiltertes Einfließen von Alltagskommunikationen und hintergrundkulturellen Überzeugungen. Die politische kommunikative Kultur ist keine Expertenkultur, nur im Modus zivilgesellschaftlicher Verständigung, nicht aber in der Weise definierter und geschulter Argumentationsmuster werden hier Grenzen und Modalitäten der Argumentationen bestimmt. Der politische Raum des Argumentierens ist durch eine besonders inklusive Praxis des Gründe-Suchens und -Gebens charakterisiert.

Entscheidend ist, dass die Beteiligten verstehen, in welchem Argumentationskontext sie sich bewegen und welche Begründungen in diesem in welcher Weise zählen. Praktische Vernunft lässt sich mit Rainer Forst »als das grundlegende Vermögen verstehen, praktische Fragen auf die jeweils den praktischen Kontexten, in denen sie entstehen und zu verorten sind, angemessene Weise mit rechtfertigenden Gründen zu beantworten.«¹⁵ Im politischen Raum der Argumentation sind rechtliche Gründe nicht unbedingt durchschlagend – geht es hier doch oft gerade um die Frage, ob und wie bestehendes Recht zu ändern sei. Das Argument, dass eine Handlungsalternative gegen bestehendes Recht verstößt, ist unter politischem Gesichtspunkt nicht unbeachtlich – aber es hat nicht den Stellenwert, den es in der juristischen Argumentation besitzt, da politisch stets die Änderung des Rechts zur Debatte steht.

Umgekehrt kann in der juristischen Diskussion – zum Beispiel hinsichtlich eines Gerichtsfalles – das politische Argument, wie die Gesetze sein *sollten*, nicht direkt verbindlich sein. Rechtspolitische Gesichtspunkte mögen auch in diesem Kontext eine gewisse Rolle spielen, doch grundsätzlich ist nach bestehender Rechtslage zu entscheiden. Allgemein und knapp lässt sich sagen: Eine juristische Frage kann nicht politisch beantwortet werden, und eine politische Frage kann nicht juristisch beantwortet werden. Es gibt nicht »die Gründe«, die Entscheidungen bestimmen, sondern für verschiedene Probleme und Kontexte einen ausdifferenzierten Komplex von Begründungen, die in besonderer Weise und mit besonderer Gewichtung zählen. Es gibt nicht einen einzigen Raum der Gründe, sondern verschiedene, jedoch nicht streng getrennte solche Räume.

18.3 Balance

Die verschiedenen Argumentationsweisen, der juristische und der politische, kommen auch bei Menschenwürde und Menschenrechten zum Tragen. Die Operationalisierung des Würdeschutzes erfolgt kooperativ

15 Forst 2007, 31.

durch beide Kommunikationsformen. Zunächst wird die Menschenwürde (politisch) als positives Recht gesetzt. Ihre Anwendung obliegt Gerichten, wobei die praktische juristische Relevanz der Menschenwürdegarantie gering ist. In der Regel bedarf es keines Rückgriffes auf die Menschenwürde, sondern genügen die Grund- bzw. Menschenrechte, um die betreffenden Fallkonstellationen zu lösen¹⁶.

Gerade die Grundrechte können aber unmöglich durch ein »System« allein, durch Recht oder Politik, praktisch wirksam gemacht werden. Das rechtlich verankerte Grundrecht ist hoch abstrakt. Im Grundgesetz steht beispielsweise (Art. 4 Abs. 1 GG): »Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich«. Konkret treten Fälle wie etwa derjenige einer Lehrerin auf, die mit einem Kopftuch unterrichten möchte. In diesem Fall steht die Religionsfreiheit der Lehrerin, die dem religiösen Gebot auch in der Berufsausübung folgen möchte, der Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler gegenüber, die im Rahmen des verpflichtenden Unterrichts nicht einer religiösen Beeinflussung ausgesetzt werden sollen.

Das Bundesverfassungsgericht definiert in diesem Fall einen bestimmten Rahmen. In einem Entscheid von 2003 stellte es zunächst fest, dass ein Verbot des Kopftuch-Tragens nicht ohne gesetzliche Grundlage möglich sei¹⁷. Nachdem verschiedene Bundesländer entsprechende Gesetzesgrundlagen geschaffen hatten, erging 2015 ein weiterer Beschluss, in dem das Gericht entschied, dass ein pauschales Verbot ohne konkrete Gefahr unverhältnismäßig wäre. Nur wo eine konkrete Gefahr des Schulfriedens und der religiösen Neutralität gegeben sei, wäre ein Verbot zulässig¹⁸. Besonders beim Urteil von 2003 ließ das Bundesverfassungsgericht den politischen Instanzen einen weiten Spielraum. 2015 schränkte es diesen stark ein, doch bleiben weiterhin gewisse Handlungsräume offen, da wenig klar ist, wann eine konkrete Gefährdung des Schulfriedens und der religiösen Neutralität des Staates gegeben ist. Es sind somit Justiz und Politik gemeinsam, welche die konkrete Ordnung definieren.

In anderen Staaten, in denen die Politik gegenüber der Justiz eine stärkere Stellung hat, verhält es sich wieder anders. In der Schweiz erging 1997 zur gleichen Thematik ein Urteil des Bundesgerichts, das es dem Kanton Genf erlaubte, einer Lehrerin das Unterrichten mit Kopftuch zu untersagen¹⁹. Der Kanton Genf hatte im Unterschied zu anderen Kantonen jedoch spezifische gesetzliche Grundlagen zum weltlichen (*»laïque«*) Auftreten öffentlicher Angestellter. Diese politische Rahmensetzung

16 Schlink 2013, 633.

17 BVerfGE 108, 282.

18 BVerfGE 138, 296.

19 BGE 123 I 296. Bestätigt durch den EGMR: Dahlab v. Switzerland, Appl. No. 42393/98, 15.2.2001.

bestimmte die Praxis entscheidend. Es wäre durchaus denkbar, dass Politik und Behörden in anderen Kantonen einen anderen Weg wählten, ohne dass sie dadurch zwingend mit der Verfassung in Konflikt kämen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Verfassung in der Schweiz der politischen Änderbarkeit relativ weit offen steht (vor allem durch das Instrument der Volksinitiative²⁰). Des Weiteren können Bundesgesetze, die gegen die Bundesverfassung verstoßen, vom Bundesgericht nicht aufgehoben werden (fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene²¹). Dies alles sind Aspekte eines Systems, in dem die politische Entscheidungsfindung gegenüber der juristischen ein vergleichsweise großes Gewicht hat.

Gerade in gesellschaftlich sensiblen Fragen wie derjenigen, ob Lehrerinnen ein Kopftuch tragen dürfen, wäre es falsch, einen zwingenden Ableitungszusammenhang aus dem Grundrecht in dem Sinne zu suggerieren, dass die juristische Auslegung solche Probleme mit letzter Sicherheit zu lösen vermöchte. Die Grundrechte sind ihrer Natur nach häufig zu abstrakt, um konkrete Einzelfälle eindeutig zu entscheiden. Deshalb setzen Gerichte auf der Basis der Verfassung in diesen Konstellationen einen Rahmen, müssen aber auch der politischen Rationalität Raum lassen. Ansonsten wird das ganze Gefüge instabil, weil die Zuflüsse aus dem Bereich der politisch-demokratischen Legitimation versiegen. Umgekehrt kann auch der politische Modus der Legitimation nicht der einzige sein, da er gerade in solchen Angelegenheiten anfällig und geneigt ist, individuelle Grundrechte zu wenig zu beachten.

Jeder Staat, jedes politische System muss die richtige Balance finden zwischen diesen beiden »Systemen«. Dies ist nicht nur eine Frage eines intelligenten Verfassungs-Engineerings, sondern ebenso der je adäquaten Praxis und der politischen Kultur. Die juristischen Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger müssen erkennen, wann ihr Problemlösungsmodus an Grenzen stößt und Raum für politische Entscheide zu gewähren ist. Den politischen Verantwortlichen wiederum muss bewusst sein, welche normativen Grundentscheidungen politisch nicht disponibel und welche juristischen Vorgaben zu akzeptieren sind. Keine der beiden Denkweisen darf sich absolut setzen.

20 Art. 139 der Bundesverfassung (BV).

21 Art. 191 BV.