

17. Gemeinsame Grundlage

17.1 Primat der Politik?

Recht und Politik scheinen sich bezüglich ihrer Begründung, wie im vorangegangenen Kapitel gesehen wurde, zirkulär zu verhalten: Das Recht verweist auf die Politik, die Politik verweist auf das Recht. Diese Zirkularität kann durch die Vorstellung eines »Primats« von Recht oder Politik zu überwinden versucht werden. Eine der beiden Ordnungen wäre der anderen demnach vorgeordnet. Das Recht *oder* die Politik bildeten die Legitimationsbasis des Ganzen.

Im Folgenden soll zunächst die Idee eines Primats der Politik erörtert werden. Diese Vorstellung ist ein allgemeines, sich auf die Gesellschaft insgesamt beziehendes Thema¹. In dieser Allgemeinheit soll es im Folgenden jedoch nicht diskutiert werden. Zu klären ist an dieser Stelle allein, ob der Politik *im Verhältnis zum Recht* ein Vorrang zukomme.

Für diese Idee scheint zunächst zu sprechen, dass das Recht im modernen Staat politisch gesetzt und politisch veränderbar ist. Recht hängt von politischen Entscheidungen ab. Diesen Entscheidungsprozessen sind in der Demokratie jedoch wiederum bestimmte Rechte inhärent. Besonders politische Partizipationsrechte, in einem weiteren Sinn aber auch Grundfreiheiten wie Meinungsfreiheit oder Versammlungsfreiheit fundieren den politischen Prozess. Die moderne Politik ist, wie bereits ausgeführt wurde, mit einer grundlegenden Idee des Rechts verknüpft².

Das Recht fundiert die Politik noch in einer weiteren, konkreteren Weise. Politik vollzieht sich nach Verfahren, die in der Verfassung vorgeschrieben sind. Der grundlegende Rechtserlass bestimmt, wie Politik operiert. Zwar ließe sich in dieser Hinsicht einwenden, dass die Politik sich in den Verfahrensregeln nur selbst begegne, da diese wiederum politisch gesetzt seien. Das trifft auf einer bestimmten Ebene zu, ist jedoch in zweifacher Weise einzuschränken: Zum einen sind die Verfahrensregeln in der Demokratie wiederum verschränkt mit einer materiellen Idee des Rechts, die individuelle Partizipationschancen beinhaltet; zum anderen müssen die Verfahrensregeln in der politischen Praxis zumindest auf eine bestimmte Dauer rechtlich stabil gestellt werden, damit Politik produktiv operieren kann.

Das Recht ist des Weiteren unentbehrliches Mittel zur Durchsetzung der politischen Programme. Die Politik wäre überfordert, wollte sie die Realisation ihrer Ziele ohne einen spezialisierten Rechtsstab leisten. Zur

1 Vgl. dazu Gerhardt 2007, 67 f.; Hirsch 2010.

2 Vorn Kap. 16.

Umsetzung allgemeiner Regeln auf konkrete Lebenssachverhalte bedarf es eines Stabes, der in rechtsgleicher und kohärenter Weise operiert. Ein allein politischer Operationsmodus könnte die Einheitlichkeit und Stabilität, die auf dieser Stufe vonnöten ist, nicht in ausreichendem Maße gewährleisten.

Politik operiert auf der Basis der Verfassung und nach deren Regeln. Vor allem in dieser Hinsicht erscheint die Vorstellung einer prinzipiellen Überordnung der Politik über das Recht unzutreffend – im Gegenteil könnte im Hinblick auf die Verbindlichkeit der Verfassung geradezu von einem Vorrang des Rechts ausgegangen werden. Im Folgenden ist diese Idee zu prüfen.

17.2 Primat des Rechts?

Ein Primat des Rechts wird der Formulierung nach seltener vertreten als ein Primat der Politik³. Die Idee, dass das Recht der Politik zumindest in gewisser Hinsicht vorgeordnet sei, besteht aber nicht selten und gründet viele Überlegungen namentlich zu den Menschenrechten. Im innerstaatlichen Kontext wird von rechtswissenschaftlicher Seite mitunter die Auffassung vertreten, dass die Grundrechte einen Bereich markieren, der demokratischer Entscheidung und Änderung nicht zugänglich sei⁴. Im internationalen Kontext bezieht sich die Vorstellung vorrangigen Rechts primär auf universal gültige Menschenrechte⁵.

Auch einzelne philosophische Theorien gehen davon aus, dass fundamentale Rechte dem demokratisch-diskursiven Prozess vorausliegen und insoweit einen primären Status haben. Bevor im Prozess gemeinsamer Aushandlung und Vereinbarung Regelungen im Einzelnen gefunden werden können, müssen nach diesen Auffassungen bestimmte Rechtspositionen schon gesichert sein. So müssen sich etwa nach Höffe

3 An einer Stelle spricht Ernst-Wolfgang Böckenförde von einem Primat des Rechts: Böckenförde 2011, 221.

4 Vgl. z.B. Di Fabio 2009, 125 f.: »Es gibt einen der Mehrheitsentscheidung nicht zugänglichen Bereich personalen Eigensinns, den die Grundrechte schützen und der auch darauf zielt, außerhalb des staatlichen Regelwerks ein Ambiente für sittliche Vernunft zu erhalten, das nicht dem Machtspruch zugänglich ist. [...] Man spricht es vielleicht gar nicht so gerne aus: aber die Grundrechte begrenzen die kollektiv ausgeübte Freiheit der Demokratie.«

5 Vgl. etwa Bryde 2003, 62: »Im Konstitutionalismus [...] ist Ziel die Begrenzung der Allmacht des Gesetzgebers, und das sind im völkerrechtlichen System in erster Linie die Recht setzenden Staaten, durch *übergeordnete* Rechtsprinzipien, insbesondere die Menschenrechte.« (Hervorhebung nur hier).

Beratungsteilnehmerinnen und -teilnehmer zum Beispiel die Integrität von Leib und Leben, die Meinungsfreiheit, die Religionsfreiheit usw. gewähren, um in eine kommunikative gemeinsame Aktivität eintreten zu können. Die Menschenrechte haben im Verhältnis zum kommunikativen und demokratischen Entscheidungsprozess aus dieser Sicht den Charakter von Vorentscheidungen⁶.

Auch die Menschenrechte bedürfen indes politischer Bestimmung und Setzung. Moralisch und universal gültig sind die Menschenrechte nur in einem allgemeinen Sinn; hinsichtlich ihrer konkreten juristischen Anwendung bleiben viele Fragen offen. So ist nicht ohne weiteres klar, wie weit der Umfang der Menschenrechte reicht – ob und inwieweit dazu über die klassischen Abwehrrechte hinaus insbesondere soziale Rechte und kollektive Rechte gehören. Sehen einige politische und juristische Strömungen Ansprüche auf soziale und existenzielle Sicherheit überhaupt nicht als Teil des Menschenrechtsschutzes an, erachten andere sie als zentrales Element desselben. Während der Zeit des Kalten Krieges führte dies zur Verabschiedung von zwei Menschenrechtspakten der Vereinten Nationen, wobei der eine Pakt die bürgerlichen und politischen Rechte, der zweite die sozialen Rechte beinhaltete⁷. Legte die westliche Welt den Akzent auf die ersten Ansprüche (deren Nichtbeachtung sie anderen Staaten vorwarf), so betonten die damaligen sozialistischen Staaten umgekehrt die Bedeutung der sozialen Rechte und monierten deren unzureichende Verwirklichung im westlichen Rechtsbereich. Wenngleich diese Differenzen mit dem Wegfall der Systemkonfrontation an aktueller Bedeutung verloren haben, bleiben sie im Grunde bestehen und gibt es hinsichtlich der sozialen Rechte und ihres Verhältnisses zu den Menschenrechten keine Einigkeit.

Die Konkretisierungsbedürftigkeit der Menschenrechte manifestiert sich auch an der Frage zulässiger Einschränkungen. Praktisch entzünden sich Probleme und Konflikte meist nicht an der abstrakten Statuierung von Menschen- bzw. Grundrechten, sondern an deren Beschränkung im konkreten Fall. Diesbezüglich sind allgemeine Voraussetzungen wie gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse oder Verhältnismäßigkeit entwickelt worden⁸. Im Einzelnen ist oft kontrovers, ob diese Voraussetzungen als erfüllt zu erachten sind und eine Einschränkung von Grundrechten demzufolge zulässig ist.

Eine umstandslose Umsetzung moralischer Ansprüche in ein System juristischer Rechte ist zumindest in Teilen nicht möglich. Eine Logik der »Ableitung« kommt hinsichtlich der Transformation moralischer

6 Vgl. z.B. Höffe 2009, 287.

7 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte sowie Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966.

8 Vgl. dazu vorn Kap. 10.4.

Menschenrechte in verbindliche Rechtsansprüche an Grenzen⁹. Der Katalog der juristisch verbindlichen Rechte muss politisch *hervorgebracht*, im demokratischen und diskursiven Prozess vereinbart und als gültig festgesetzt werden. Nur vergleichsweise stark integrierte, durch gemeinsame Geschichte und Erfahrung verbundene politische Gemeinschaften sind in der Lage, den Bestand universaler Rechte gleichsam so zu sättigen, dass er in praktischen Konstellationen regulierend und konfliktklärend wirksam werden kann.

Deutlich zeigen sich Erfordernisse politischer Konkretion auch im Bereich des einfachen Gesetzesrechts. Während sich in Bezug auf die juristischen Menschenrechte aus den moralischen Forderungen noch mit einiger Deutlichkeit ergibt, welche Form sie haben sollen, ist dies bei Gesetzen und in den übrigen Bereichen des Rechts oft nicht der Fall. Eine gewisse Richtung mag auch in diesen Fällen durch die Menschenwürde und die sie konkretisierenden Menschenrechte vorgegeben sein. Es gibt aber kein Ableitungsverhältnis von der Menschenwürde zu eindeutigen konkreten Regelungen solcher Fragen.

Auch wo ein rechtsverbindlicher Bestand der Grundrechte besteht, muss in diesem Bereich daher auf andere als juristische und moralische Gründe – im Sinne einer Ableitung aus »höheren« Normen – zurückgegriffen werden. Der Pool der Gründe muss geöffnet werden, um hinreichende Legitimation auch in diesen Belangen zu schaffen. Darin liegen Sinn und Funktion deliberativ-demokratischer Verfahren, an welche die Entscheidungsfindung in diesem Stadium angeschlossen wird, direkter und intensiver noch als bei der Bestimmung der Grund- und Menschenrechte. Um auch im Bereich einfachen Gesetzesrechts hinreichende Stabilität und Akzeptabilität zu erreichen, muss auf einen möglichst reichen Fundus von Gründen rekurriert werden. Die demokratischen Prozesse versorgen das Recht mit diesen Gründen¹⁰.

Wollte das Recht *allein* die Umsetzung dessen leisten, was in der Würde normativ enthalten ist, müsste es eine deduktive Logik vortäuschen, die aus Grundsätzen in jedem Fall das Richtige abzuleiten gestattete. Je komplexer und vielfältiger die zu regelnden Sachverhalte und zu entscheidenden Fragen sind, desto illusionärer muss ein solcher Anspruch aber werden. Das Rechtssystem bedarf daher der Politik, bedarf der Verbindung mit einem besonders weiten Raum der Gründe, um seine grundlegenden Ziele in konkrete Regelungen zu übersetzen.

Ein Angewiesensein des Rechts, besonders in Bezug auf die Menschenrechte, auf die Politik zeigt sich überdies auf der Ebene der Durchsetzung. Der Katalog verbindlicher Rechte muss praktisch wirksam werden, wofür juristische, aber auch politische Institutionen erforderlich

9 Vgl. Forst 2011, 85; ders. 2007, 172, 314.

10 Dazu näher hinten Kap. 18.

sind. Es braucht vor allem im globalen Kontext politische Macht, damit eine allgemeine Achtung der Rechte real sichergestellt werden kann. Das Recht ist auf sich allein gestellt nicht in der Lage, seine effektive Durchsetzung zu garantieren¹¹.

Aus diesen Gründen kann auch von einer generellen Überordnung des Rechts über die Politik nicht ausgegangen werden. Die beiden Bereiche sind verschränkt. Ihre Interaktion soll im Folgenden genauer beleuchtet werden.

17.3 Nochmals: Zirkularität?

Die Grundproblematik, die sich auch durch Vorstellungen eines »Primats« von Recht oder Politik nicht auflösen lässt, sei nochmals formuliert: Das moderne Recht verweist hinsichtlich seiner Geltungsgrundlagen auf die Politik, rechtfertigt sich aus der Kongruenz mit dem demokratischen Mehrheitswillen. Die moderne Politik stützt sich auf das Recht, insbesondere auf das Verfassungsrecht mit Grundrechtsteil und Organisationsteil, der die Verfahren der politischen Willensbildung und -durchsetzung präskribiert. Damit besteht dem Schein nach eine Zirkularität im Verhältnis von Recht und Politik.

Dieser Befund muss in Bezug Recht und Politik jedoch nicht das letzte Wort bleiben. Der in Frage stehende Konnex ist – erstens – gegen Zirkularitätseinwände insofern unempfindlich, als Vorstellungen eines einseitigen Vorrangs und letzter Begründungen in Recht oder Politik von vornherein unangemessen sind. Zweitens wird die scheinbar zirkuläre Struktur aufgebrochen, wenn und insofern der Zusammenhang von Recht und Politik überschritten wird. Beide Aspekte möchte ich nachfolgend vertiefen.

(1) Recht und Politik finden keine Begründung im jeweils anderen. Die Begründungsfrage selbst ist in Bezug auf diesen Zusammenhang falsch gestellt. Recht und Politik operieren gemeinsam und in gegenseitiger Bedingtheit. Jürgen Habermas hat den inneren Zusammenhang von Demokratie und Menschenrechten und deren »Gleichursprünglichkeit« verdeutlicht¹². Auf dieser Basis kann nicht von einem generellen Vorrang von Recht oder Politik ausgegangen werden. »Auf diese Weise«, so Habermas, »setzen sich private und öffentliche Autonomie wechselseitig voraus, ohne dass die Menschenrechte vor der Volkssouveränität oder diese vor jenen einen Primat beanspruchen könnten.«¹³

11 Zugespitzt Otfried Höffe 1999, 295: »Recht ohne eine Gewalt, die im Dienst des Rechts steht, ist nämlich ein bloßes Wort.«

12 Vgl. Habermas 1997; ders. 1992, Kap. 3.

13 Habermas 1997, 301.

Politik und Recht stabilisieren sich nicht so, dass die eine Ordnung das Fundament der anderen wäre. Deshalb sind Einwände, die von der Annahme ausgehen, dass Recht oder Politik eine begründende Rolle spielen, von vornherein wenig stichhaltig. Freilich könnte die Verschränkung von Recht und Politik dann problematisch erscheinen, wenn der Zusammenhang in keiner Weise überschritten würde, wenn Recht und Politik gleichsam *nur* sich selber hätten und sozusagen nur um sich selbst (bzw. die Verfassung) kreisten. Dies ist jedoch, wie sich nun zeigen wird, nicht der Fall.

(2) Politik und Recht erzeugen (immer neu) eine Rechts- und Staatsordnung, die im Modus des Zwanges und der Herrschaft operiert. Dies evoziert die Frage der Rechtfertigung, die unter Rückgriff auf theologische, traditionale, metaphysische oder andere Quellen unter modernen Bedingungen nicht mehr allgemein adäquat zu beantworten ist. Zwei Stränge der Legitimation sind heute von primärer Bedeutung, ein materieller Strang, der auf unveräußerliche Individualrechte verweist, und ein prozeduraler Strang, der sich mit Verfahren demokratischer Willensbildung verbindet.

Politik *und* Recht stützen sich auf beide Legitimationsquellen. Das Recht ist primär mit der menschenrechtlichen, die Politik primär mit der demokratischen Form der Legitimierung verbunden. Doch für beide Ordnungen gilt auch, dass der eine Strang zur hinreichenden Rechtfertigung zu schwach wäre. Das Recht bedarf über die Rückbindung an unverfügbare Menschenrechte hinaus der politischen, demokratischen Konkretisierung. Die Politik bedarf über die demokratischen Verfahren hinaus der Bindung an unbedingt geltende Rechte, weil nur so die demokratische Willensbildung und eine liberale Gesamtordnung hinreichend zu sichern sind.

Verfolgen wir den legitimierenden Weg weiter, so ist zu erkennen, dass er über Menschenrechte und Demokratie hinausführt. Die Legitimation über demokratische Verfahren hat einen Sinn, der das Prozedurale transzendiert. Er liegt darin, dass im demokratischen Verfahren jede und jeder Einzelne Berücksichtigung findet, dass er oder sie nicht übergangen wird bei der Festlegung des kollektiv Gültigen, sondern zumindest der Möglichkeit nach Einfluss nehmen kann. Man kann diesen Anspruch, dass ein einzelner Mensch nicht übergangen wird, sondern »zählt«, als zentralen Gehalt der Menschenwürde-Norm betrachten¹⁴.

Die Menschenrechte führen aus der Sicht der hier vertretenen Theorie ebenfalls auf die Menschenwürdegarantie zurück. Wie dargelegt wurde, wird in den einzelnen Menschenrechten der Grundanspruch der Unverfügbarkeit konkretisiert. Diese verhindern *insgesamt* einen verfügenden Zugriff auf das Individuum¹⁵.

¹⁴ Dazu vorn Teil I.

¹⁵ Vgl. vorn Teil II, insb. Kap. 10.

Die beiden Legitimationsstränge – Menschenrechte und Demokratie – verschränken sich somit in der grundlegenden Zuschreibung eines Status' prinzipieller Unverfügbarkeit in Bezug auf alle Personen. Politik *und* Recht verweisen hinsichtlich ihrer Rechtfertigung auf eine basale Achtung des einzelnen Menschen. Für diesen fundamentalen Respekt vor dem Individuum steht der Begriff der Würde. Diese ist somit das Fundament, auf dem Recht und Politik in ihrer modernen Form gemeinsam aufrufen¹⁶.

17.4 Mehrdimensionalität

Die gemeinsame inhaltliche Basis von Politik und Recht macht den Blick klarer für deren notwendiges Zusammenwirken. Beide stehen im Dienst fundamentaler Individualansprüche und leisten *zusammen* eine Operationalisierung des Würdeschutzes. Dieser im folgenden Kapitel noch genauer zu betrachtende Zusammenhang sei hier schon mit einigen Strichen angedeutet.

Sind die Menschenwürde und die Menschenrechte einmal verfassungsrechtlich kodifiziert, so bedarf es der juristischen und politischen Aktion, um sie wirksam werden zu lassen. *Politisch* müssen die Menschen- bzw. Grundrechte je nach Entwicklung geändert oder erweitert werden. Die Modalitäten dieser politischen Änderbarkeit variieren dabei je nach politischem System. Zudem ist der Sinn der sehr abstrakten Menschenrechte in konkreterem Gesetzesrecht zu entfalten. *Juristisch* wiederum ist der Gehalt von Menschenwürde und Menschen- bzw. Grundrechten genau zu bestimmen und in gerichtlichen Verfahren anwendbar zu machen.

Zeitlich betrachtet, kann dabei von einer gewissen Wechselwirkung ausgegangen werden: Sind die grundlegenden Verfassungsnormen, die dem moralischen Anspruch menschlicher Würde entsprechen, in rechtlich-politischer Weise festgelegt, bedarf es *juristischer* Institutionen, die diesen Normen Wirksamkeit verschaffen. Bezüglich vieler konkreter Fragen lassen sich aus dem Verfassungstext jedoch keine eindeutigen Folgerungen ableiten, so dass im Wege der *politischen* Gesetzgebung Normen tieferen Abstraktionsgrades zu setzen sind. Die Anwendung dieser Normen auf einzelne Fälle bedarf wiederum der *juristischen* Argumentation. Wo und soweit die juristische und administrative Konkretisierung den

16 Dem entspricht die Auffassung von Rainer Forst, dass das Recht auf Rechtfertigung, das er mit der Menschenwürde identifiziert, gemeinsame Grundlage der rechtlichen und politischen Ordnung bilde: vgl. Forst 2011, 88 (dort Anm. 86). Habermas lässt es dagegen offen, worin der Ursprung, auf den er mit dem Begriff der Gleichursprünglichkeit verweist, genau besteht.

Verhältnissen nicht angemessen ist, sind wiederum *politische* Anpassungen der Gesetze erforderlich. Es gibt somit eine Art Spirale, in der Recht und Politik die Würde immer weiter und immer neu entfalten.

Erweitert man den Zusammenhang von Recht und Politik in dieser Weise um die Dimension der Würde, wird deutlich, dass es sich bei deren Verhältnis um keines der Zirkularität im strengen (und fatalen) Sinn handelt. Das Zusammenspiel von Recht und Politik, juristischem und politischem Argumentationsmodus erhält elementare Impulse aus einem moralischen Bereich. Erweitert man das zweidimensionale Bild des Zirkels von Recht und Politik in der Hinsicht gleichsam in eine dritte Dimension, wird eine Formation sichtbar, in der die *Würde* durch *rechtliche* und *politische* Umsetzungen praktisch wird.