

Hans Jörg Sandkühler

## Recht, Staat und Demokratie in menschenrechtlicher Perspektive

UNESCO-Welttag der Philosophie, Bremen, 22. November 2013

### 1. *Moralische Intuitionen und positives Recht*

In der Debatte über das Recht der Menschenrechte wird oft – vor allem in philosophischen und theologischen Kontexten – die Frage aufgeworfen, ob diese Rechte einer *ethischen Begründung* bedürfen. In dieser Form ist die Frage irreführend gestellt, denn es müssen zunächst zwei Dimensionen unterschieden werden, die der *Genesis* und die der *Geltung* der Menschenrechte. (i) Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass sie hinsichtlich ihrer Entstehung Gründe in moralischen Ansprüchen haben, die gegen die Verletzung dessen gerichtet sind, was aufgrund moralischer Intuitionen für das Gute und für Gerechtigkeit gehalten wird. (ii) Weil es in sozio-kulturellen und politischen Kontexten Konflikte zwischen moralischen Intuitionen gibt und es *die* Moral mit legitimem allgemeinen Geltungsanspruch in pluralistischen Gesellschaften nicht gibt, *wenn nicht in Gestalt allgemeinen gleichen Rechts*, kommt einem System von positivierten Rechten mit universeller Verbindlichkeit eine immer größere Bedeutung zu: dem internationalen *Menschenrechte-Recht*.

Institutionen der Gesellschaft, des Rechts und des Staates können in pluralistischen demokratisch verfassten Gesellschaften die Geltung von Normen, die für alle verbindlich sind und Gleichheit, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit garantieren, nicht aus privaten moralischen Intuitionen begründen. Deren allgemeine Akzeptanz kann weder erwartet werden noch darf sie mit Zwang durchgesetzt werden. Moralische Ansprüche der Menschen werden in der Sphäre des *Staates* politisch in positives Recht transformiert, *sofern* sie verallgemeinerbar sind. Diese Einschränkung entspricht einer für die politische Theorie der Neuzeit maßgeblichen skeptischen Einsicht: Menschen handeln nicht prinzipiell nach Maßstäben des Guten und der Gerechtigkeit, und deshalb müssen sie sich durch das Recht vor einander schützen. Der Mensch ist Abel *und* Kain, David *und* Goliath, Widerstandskämpfer *und* Hitler. Kant hat hieraus folgende Konsequenz gezogen: »Die Menschen bedürfen bei ihrer natürlichen Bösigkeit und in ihrer darum sich unter einander drängenden Lage einer Macht, die jeden größeren Haufen derselben unter dem *Zwange öffentlicher Gesetze* halte und dadurch jedem sein Recht sichere«. <sup>1</sup>

In dieser Perspektive plädiere ich dafür, über Recht und Staat *nach menschlichem Maß* zu sprechen. Dieses Maß kann ein Maß sowohl des Guten als auch des Bösen sein. Es geht mir um eine von der Rechtsnorm der Achtung

---

<sup>1</sup> Kant, Ein Reinschriftfragment zu Kants ›Streit der Fakultäten‹ (aus dem Nachlass: bis 1798), Loses Blatt Krakau. In: *Kant-Studien* 51 (1959/60), S. 5-8.

und des Schutzes der Menschenwürde ausgehende und durch die positivierten Menschenrechte begründete normative Theorie von Recht, Staat und Demokratie – eine Theorie, die *Rechtsppluralismus* anerkennt, aber nicht durch *Kultur-* und *Rechtsrelativismus* unterhöhlt wird. Drei Bezugsquellen spielen bei meiner Begründung eine wichtige Rolle: Mit I. Kant geht es um den Vorrang des Rechts vor der Moral, mit H. Kelsen um die Forderung der Neutralität des Rechts gegenüber Religionen, Weltanschauungen und Ideologien und mit G. Radbruch um ein Recht, das nachmetaphysisch dem Maßstab der Gerechtigkeit entspricht.

Ein Plädoyer für den demokratischen Rechtsstaat, dessen Bestand offensichtlich bedroht ist, zieht notwendigerweise Rechts- und Staatskritik nach sich, d. h. Kritik an einem nationalstaatlichen, transnationalen und internationalen *status quo* unter dem Niveau demokratischer Rechts- und Sozialstaatlichkeit. Vom Staat geht einerseits eine ständige potenzielle Bedrohung der *Freiheitsrechte* aus; andererseits ist er als rechtssetzende Institution die notwendige Voraussetzung von *Freiheitsrechten*. Das Rechtssystem muss den Staat zum *Rechtsstaat* domestizieren. Der *material* auf Gerechtigkeit bezogene Rechtsstaatsbegriff<sup>2</sup> bezeichnet, was ein Staat sein soll, der auf die Norm der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde<sup>3</sup> und auf die Menschen- und Grundrechte verpflichtet ist. In Hermann Hellers Staatslehre (1934) heißt es: »Nur ein Recht, das mit Erfolg den Anspruch erhebt, der Gerechtigkeit zu dienen, vermag auch die Herrschenden selbst zu jenen Leistungen zu verpflichten, durch welche die Staatsmacht konstituiert wird.«<sup>4</sup> Dieses Recht ist die Grundlage der Kritik am Unrecht, das im Namen von Recht und Staat verübt wird, Kritik auch am politischen und ideologischen Missbrauch der Menschenrechte zur Legitimation ›humanitärer Interventionen‹ unter Berufung auf eine fragwürdige *responsibility to protect* und unter Missachtung des Gewaltverbots der UN-Charta<sup>5</sup> – Norman Paech wird hierüber sprechen – und Kritik an der Ungerechtigkeit, die durch nicht-staatliche, vom Recht nicht zu legitimierende ökonomische Macht verursacht wird.

Moralische Ansprüche, die in Forderungen nach Menschenrechten münden, gewinnen ihre Geltung erst durch ihre Universalisierung mittels *Verrechtlichung*. Dies bedeutet nicht, dass dem positiven Recht keine Moralprinzipien eingeschrieben wären. Niemand wird leugnen wollen, »daß« – so der Rechts-

<sup>2</sup> »Das Grundgesetz kodifiziert mit dem Rechtsstaatsprinzip grundlegende Gerechtigkeitspostulate der naturrechtlichen Verfassungsstraditionen; sie verpflichten durch den Vorrang der Verfassung [...] das gesamte Staatshandeln auf das Ziel materieller Gerechtigkeit als Rechtsprinzip und binden auch den verfassungsändernden Gesetzgeber [...]. Alle maßgeblichen Gerechtigkeitsprinzipien sind im Grundgesetz konstitutionalisiert und i.S. eines ›ethischen Minimums‹ u. a. in Art. 20 II, III GG verankert.« (Dreier in Dreier 2004, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 48).

<sup>3</sup> Vgl. Maihofer 1968.

<sup>4</sup> Ebd., S. 217. Hervorh. v. mir.

<sup>5</sup> Siehe hierzu Sandkühler 2013, S. 487-507.

positivist Hart in *The Concept of Law* – »die Stabilität von Rechtsordnungen teilweise auf [...] Übereinstimmungen mit der herrschenden Moral beruht.«<sup>6</sup> Doch es gibt einen Vorrang des allgemeinen öffentlichen Rechts vor der besonderen privaten Moral, die die Würde der Menschen und ihre Rechte zu achten gebietet – oder eben nicht. In diesem Sinne nähere ich mich dem Plädoyer Regina Kreides für eine »politische Konzeption der Menschenrechte« an, in dem sie statt der einander ausschließenden Alternativen der Menschenrechte als moralischen *oder* juristischen Konzepts einen dritten Weg vorschlägt: »Eine [...] *politische Konzeption der Menschenrechte* [...] hält zwischen den beiden genannten Positionen gleichermaßen Abstand. Sie operiert intern mit moralischen Argumenten, verzichtet aber auf eine moralische Begründung der Menschenrechte selbst. Und sie geht davon aus, dass Menschenrechte zwar ›von Haus aus juridischer Natur‹, aber zugleich auch Bestandteil einer politischen Praxis sind.«<sup>7</sup>

Moralen und Ethiken spielen eine wesentliche Rolle bei der Rechtsgenese, und sie kommen bei der Weiterentwicklung der Menschenrechte wieder zum Tragen, wenn sie den Widerstand gegen Unrecht zum Ausdruck bringen. Hinsichtlich der Geltung von Rechtsnormen haben sie jedoch keinerlei legitimierbaren Anspruch auf einen Vorrang vor dem positiven Recht. *Die Menschenrechte haben als juristische Rechte ihre Geltungsbegründung in sich selbst; sie bedürfen keiner weiteren ethischen Begründung.*

Dies ist die Perspektive, in der ich im Folgenden in weiteren fünf Schritten in etwa 45 Minuten argumentieren werde: die Perspektive eines *menschenrechtlich aufgeladenen Rechtspositivismus*, der Recht und Moral auf der Ebene der Normen-Entstehung nicht trennt und hinsichtlich der Normen-Geltung das positive Recht der Menschenrechte ins Zentrum rückt. Nach 1945 war die Renaissance des Naturrechts oft verbunden mit dem Fehlurteil, der Rechtspositivismus habe mit seiner Naturrechtskritik die Weimarer Republik wehrlos gemacht und die nationalsozialistische Diktatur begünstigt. Die Forderung, die Menschenrechte müssten naturrechtlich begründet werden, hatte und hat eine *anti-juridische* Funktion: Die »neue Naturrechtslehre« – so Michael Herdegen – »richtet sich im Kern gegen eine im säkulären Verfassungsstaat völlig banale These: nämlich die Annahme, dass die Leitbegriffe der Verfassung wie die Menschenwürde Begriffe des positiven Rechts sind. Der Angriff auf diese schlichte Erkenntnis dient – zuweilen ausdrücklich – dem Ziel, bestimmte Deutungsmuster der Spannweite juristischer Exegese zu entziehen.«<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Hart 2002, S. 66.

<sup>7</sup> Kreide 2013, S. 74.

<sup>8</sup> Herdegen 2008, S. 58 f.

## 2. Unrechtserfahrung als Quelle des Rechts

Als Rechts- und Verfassungsnormen sind die Menschenrechte und deren Fundament – die *Menschenwürde*<sup>9</sup> – erst im 20. Jahrhundert positiviert worden, nicht zuletzt nach 1945 aufgrund der Gewalt- und Unrechtserfahrungen, die 1945 zur Charta der Vereinten Nationen geführt haben.

Die seitdem unter dem Eindruck massenhaften Unrechts formulierten Menschenwürde- und Menschenrechtsansprüche zielen auf ein Leben unter *weltbürgerrechtlichen* Bedingungen. Weltbürgerrechtliche Lebensbedingungen setzen einen *universellen rechtsstaatlichen Konstitutionalismus* voraus, d. h. eine weltweite demokratische Rechtsordnung ohne Diskriminierung und Unterdrückung, Hunger und Not, Gewalt und Krieg. Zu Recht und zugleich mit gebotener Vorsicht hat Jürgen Habermas festgestellt: »Der weltbürgerliche Zustand ist kein bloßes Phantom mehr, auch wenn wir noch weit von ihm entfernt sind. Staatsbürgerschaft und Weltbürgerschaft bilden ein Kontinuum, das sich immerhin schon in Umrissen abzeichnet.«<sup>10</sup>

Die Norm der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde wurde seit 1945 zu einer »Ermächtigungsklausel gegen Unrechtserfahrungen«.<sup>11</sup> Bei der Entstehung des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland (GG) standen der Holocaust und die Kriegsverbrechen als eine historisch neue Form des Bösen im Vordergrund. Hannah Arendt schrieb am 4. März 1951 an Karl Jaspers: »Was das radikal Böse nun wirklich ist, weiß ich nicht, aber mir scheint, es hat irgendwie mit den folgenden Phänomenen zu tun: Die Überflüssigmachung von Menschen als Menschen (nicht sie als Mittel zu benutzen, was ja ihr Menschsein unangetastet läßt und nur ihre Menschenwürde verletzt, sondern sie qua Menschen überflüssig zu machen).«<sup>12</sup>

Für die *Verrechtlichung* des Schutzes der Menschenwürde und für die Positivierung der Menschenrechte bzw. für ihre Implementierung in einen wiederhergestellten deutschen Rechtsstaat war diese Erfahrung entscheidend: *Recht statt Entrechtung durch Willkür*. Die aus dieser Erfahrung gewonnene Einsicht lautet: *Menschen behaupten sich gegen sich selbst im Recht*. Entscheidend wurden nach 1945 die von nun an für das Völkerrecht wegweisende Einführung des neuen Straftatbestandes der *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* und insgesamt die Geltung der *Nürnberger Prinzipien*.<sup>13</sup> Das Neue war die Einbeziehung staatlicher Verbrechen in ein nun internationalisiertes, die Souveränitätsgrenzen von Staaten sprengendes Strafrecht, verbunden mit der Zurechnung individueller Verantwortung auch zu Funktionsträgern des Staates.

<sup>9</sup> Vgl. zu einer ausführlichen enzyklopädischen Darstellung der Menschenrechte Sandkühler 2010; zu Theorie und Geschichte der Menschenwürde vgl. Sandkühler 2014.

<sup>10</sup> Habermas 1994, S. 660.

<sup>11</sup> So Wesche 2013.

<sup>12</sup> H. Arendt an K. Jaspers, den 4. März 1951. In: Köhler/Saner, S. 202.

<sup>13</sup> Siehe hierzu Sandkühler 2013, S. 463-468.

In diesem Kontext wurde die Frage *Welches Recht?* zentral, die Frage nach der *Legitimität* von Recht und Staat. Niemand, auch nicht der radikalste Positivist, konnte nach 1945 noch zu der Aussage ›Gesetz ist Gesetz‹ Zuflucht nehmen, d. h. zur Behauptung, jegliches Recht sei – weil ›gesetztes Recht‹ – als ›richtiges Recht‹ anzuerkennen. Die ›Rassen‹-Gesetzgebung und andere Gesetze des Nationalsozialismus forderten Gustav Radbruch, den Rechtsphilosophen und sozialdemokratischen Rechtspolitiker der Weimarer Republik, heraus, mit der nach ihm benannten ›Formel‹ die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen. In *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* schrieb er 1946: »Keineswegs ist Recht alles das, ›was dem Volke nützt‹, sondern dem Volke nützt letzten Endes nur, was Recht ist, was Rechtssicherheit schafft und Gerechtigkeit erstrebt.« Aus dem hierauf folgenden Satz spricht ein Rechtspositivismus, dem Grenzen gesetzt sind: »Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, *es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ›unrichtiges Recht‹ der Gerechtigkeit zu weichen hat.*«<sup>14</sup>

Das ›richtige Recht, das die Voraussetzung nicht nur der Legalität, sondern auch der Legitimität der Staaten ist, existiert im System der *positivierten* bürgerlichen und politischen, sozialen, ökonomischen und kulturellen Menschenrechte und in den ihnen entsprechenden bzw. aus ihnen weiter zu entwickelnden Grundrechten. Die Frage, ob diese Rechte universelle Geltung haben und ob ihre Geltung begründbar ist, stellt sich nicht. Ihre rechtliche *Geltung* gründet in dem, was in Menschenrechtspakten vertraglich ausgehandelt worden ist, und in den *Weltrechtsprinzipien* des sich entwickelnden *ius cogens*, des für alle Staaten geltenden ›zwingenden Rechts‹.

---

<sup>14</sup> Radbruch 1946, S. 215 f.; Hervorh. v. mir. In seiner 1947 posthum veröffentlichten Vorlesungsnachschrift *Vorschule der Rechtsphilosophie* heißt es vergleichbar: »Wo [...] Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, können die so geschaffenen Anordnungen nur Machtsprüche sein, niemals Rechtssätze [...]; so ist das Gesetz, das gewissen Menschen die Menschenrechte verweigert, kein Rechtssatz. Hier ist also eine scharfe Grenze zwischen Recht und Nicht-Recht gegeben«. (Radbruch 1947, S. 34; vgl. auch ebd., S. 33). Mit seinem Urteil vom 14. Februar 1968 zur Ausbürgerung jüdischer Menschen durch das NS-Regime hat das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) in seinen Leitsätzen an die ›Radbruch-Formel-Formel‹ anknüpft: »1. Nationalsozialistischen ›Rechts‹vorschriften kann die Geltung als Recht abgesprochen werden, wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde. 2. In der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 [...] hat der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß sie von Anfang an als nichtig erachtet werden muß. 3. Einmal gesetztes Unrecht, das offenbar gegen konstituierende Grundsätze des Rechtes verstößt, wird nicht dadurch zu Recht, daß es angewendet und befolgt wird.«

### 3. Das Neutralitätsgebot im demokratischen Rechtsstaat

Individuen sind frei, ihr jeweiliges *Verständnis* der Menschenrechte und der Würdenorm entsprechend ihren ethischen, religiösen und sonstigen Präferenzen solange selbst zu bestimmen, wie sie die universelle juridische Geltung dieser Normen und die Rechte Dritter nicht unterlaufen. Für den demokratischen Rechtsstaat gibt es diese Freiheit der Wahl nicht. Das Neutralitätsgebot setzt ihm Grenzen: »Der freiheitliche Verfassungsstaat kann und will [...] keine Gewißheitsaussagen über – im wahrsten Sinne des Wortes – Gott und die Welt treffen [...]. Der freiheitliche Verfassungsstaat ist nicht der ›Hüter eines Heilsplanes‹, sondern organisiert die demokratische Legitimation und rechtsstaatliche Limitation der Ausübung von Staatsgewalt und sucht die politische wie private Freiheit aller Bürger zu garantieren.«<sup>15</sup>

Die Säkularisierung der Ideen der Menschenrechte und der Menschenwürde hatte ihren Preis – den »Abstieg vom Göttergeschenk zum legislativen Produkt«<sup>16</sup>: »Sie kommt von ganz oben, die Menschenwürde. Als ›Göttergeschenk der menschlichen Vernunft‹ und ›Ebenbild Gottes im Menschen‹ oder ›verpflichtende Gabe Gottes‹ entspringt ihre theologisch-philosophische Idee dem Jenseits. Seit ihrer Geburt versucht sie, sich rechtlich im Diesseits einzuordnen. Dazu muss sie freilich, unter dem Zeichen der Säkularisierung, zunächst ihre sakrale Robe ablegen.«<sup>17</sup> Der Preis eines *Zurück* hinter den so erreichten Stand wären der Ausschluss der jeweils von einem ›Selbst‹ her definierten ›Anderen‹ aus dem Kreis der Rechtssubjekte und im Extremfall der fundamentalistische Religions- bzw. Weltanschauungskrieg, der im Namen der ›wahren‹ Moral zu Gewalt führt.

Das Neutralitätsgebot ist eine notwendige Folge der Pluralität von Wertstellungen und Moralien in der modernen Demokratie, in der eine »standortgebundene ›Aufladung‹ der Menschenwürde, ihre Besetzung mit partikulären ethischen Meinungen oder philosophischen Spekulationen«<sup>18</sup> vermieden werden muss. Dies hat auch das BVerfGE so gesehen: »Das Grundgesetz legt [...] nicht etwa einen ›ethischen Standard‹ im Sinne eines Bestandes von bestimmten weltanschaulichen Prinzipien fest [...]. Der ›ethische Standard‹ des Grundgesetzes ist vielmehr die Offenheit gegenüber dem Pluralismus weltanschaulich-religiöser Anschauungen angesichts eines Menschenbildes, das von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung bestimmt ist. In dieser Offenheit bewährt der freiheitliche Staat des Grundgesetzes seine religiöse und weltanschauliche Neutralität.«<sup>19</sup>

<sup>15</sup> So Dreier 2013a, S. 32.

<sup>16</sup> Frankenberg 2003, S. 211.

<sup>17</sup> Ebd., S. 210.

<sup>18</sup> Dreier in Dreier 2013, Art. 1 I, Randnummer (Rn.) 168.

<sup>19</sup> BVerfGE 21, 49 (102).

#### 4. Menschenwürde als Grund der Menschenrechte und ihre Konkretisierung in den Menschenrechten

In der deutschen Geschichte bedeutet das maßgeblich von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 geprägte, 1949 in Kraft getretene GG aufgrund der zentralen Stellung der Würdenorm »das Gegenprogramm zur totalitären Mißachtung des Individuums«. <sup>20</sup> In der Verfassungsrechtslehre und in Entscheidungen des BVerfGE wird Art. 1 Abs. 1 GG als »Grundnorm«<sup>21</sup>, »oberster Verfassungswert«<sup>22</sup>, als die »Wurzel aller Grundrechte« und »mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig«<sup>23</sup> oder auch als Verfassungsgarantie mit »der Bedeutung eines höchsten Menschenrechtes«<sup>24</sup> bezeichnet. Art. 1 GG beinhaltet die »Basisnorm für die nachfolgenden Grundrechte«. <sup>25</sup> Laut BVerfGE sind »sämtliche Grundrechte Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde«. <sup>26</sup>

Der Satz über die »Unantastbarkeit der Menschenwürde« ist ein unbedingt bindender *Rechtssatz*<sup>27</sup>, der die »Selbstrelativierung rechtlich gebundener Herrschaft« zum Ausdruck bringt.<sup>28</sup> Er normiert die Beziehung zwischen Individuen als Achtungs- und Schutzadressaten und dem Staat; aus ihm folgt insofern eine mittelbare Drittwirkung, als der Staat verpflichtet ist, auch Würdeverletzungen von Personen durch Personen rechtlich zu ahnden.

Im GG sind die Menschenwürde und die Menschenrechte untrennbar miteinander verbunden: »Art. 1 (2) Das Deutsche Volk bekennt sich *darum* zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.«<sup>29</sup> Dies bedeutet, dass die Grundrechte »»auch als Ausprägung der Menschenrechte zu verstehen sind und diese als Mindeststandard in sich aufgenommen haben«. «<sup>30</sup>

Die Würdenorm ist die Bedingung der Möglichkeit des als »richtiges«, d.h. gerechtes Recht verstandenen Rechts<sup>31</sup>; und ohne richtiges, die positivierten

<sup>20</sup> Dreier in Dreier 2013, Art. 1 I, Rn. 41 f.

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 27, 344 (351); 32, 273 (379); 34, 238 (245).

<sup>22</sup> BVerfGE 109, 279 (115).

<sup>23</sup> BVerfGE 93, 266 (116).

<sup>24</sup> Maihofer 1968, S. 103.

<sup>25</sup> Hain 2006, S. 190.

<sup>26</sup> BVerfGE 93, 266 (116).

<sup>27</sup> Vgl. Kunig 2000, Rn. 18, S. 76: »Der Begriff »Menschenwürde« ist ein *Rechtsbegriff* [...] Daß er in hohem Maße unbestimmt ist, nimmt ihm die Eigenschaft als Rechtsbegriff nicht.« Vgl. insgesamt zur Bedeutung und systematischen Stellung der Menschenwürde im GG Dreier 2005.

<sup>28</sup> Herdegen, GG Art. 1 Abs. 1. In: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar. 65. Ergänzungslieferung 2012, Rn. 1.

<sup>29</sup> Hervorh. v. mir.

<sup>30</sup> Jarras in Jarras/Pieroth 2012, Rn. 26.

<sup>31</sup> Tiedemann 2010, S. 528: »Die wichtigste Bedeutung, die die Menschenwürde für das Recht hat, besteht darin, dass nur da, wo sie anerkannt wird, Recht überhaupt möglich ist. Die Achtung der Menschenwürde ist also, um es in der etwas sperrigen Ausdrucksweise *Immanuel Kants* zu sagen: eine *Bedingung der Möglichkeit von Recht*. In diesem Sinne ist die Menschenwürde ein Konstitutionsprinzip jeder Rechtsordnung.« Die Unterscheidung zwischen »Recht«, das – formal gesehen – auch in Unrechtssystemen gesetzt sein kann, und »richtigem Recht«, ist im Kontext der Menschenwürde zwingend. Insofern greift die Behauptung zu kurz:

Menschenrechte implementierendes Recht gibt es keinen Schutz der Menschenwürde.

Die Menschenrechte sind *in ihrer Einheit* als bürgerliche und politische sowie wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte »Rechte, welche einem jeden Menschen ungeachtet aller seiner sonstigen Eigenschaften allein kraft seines Menschseins zukommen (sollen)«. <sup>32</sup> Probleme ergeben sich daraus, dass das, was ›zukommt‹, zugleich ›gesollt‹ ist. Kommen den Menschen ihre Würde und Rechte ›von Natur aus‹ und unveränderbar zu? Oder *sollen* sie ihnen durch Verrechtlichung sich historisch wandelnder moralischer Ansprüche zukommen und dann als positivierte Rechte zustehen?

Als Weg zwischen der Skylla des voraufklärerischen metaphysischen Naturrechts und der Charybdis eines Recht und Moral strikt trennenden ›harten‹ Rechtspositivismus bietet sich ein ›transzendentes‹ Argument im Sinne der Kelsen'schen Begründung der ›Grundnorm‹ an. Es hat zwar kein empirisches Korrelat, muss aber als Bedingung der Möglichkeit einer vertretbaren Begründung des Rechtssystems gedacht werden: Die Rechte von Menschen für Menschen existieren weder ›vorstaatlich‹ noch ›überpositiv‹, sondern in eben dem Sinne *juxta-staatlich* (neben dem Staat), wie das Individuum als Juxtastruktur zur Gesellschaft existiert, auf die es nicht reduziert werden kann. Zu diesem Argument gehört, dass im demokratischen Rechtsstaat unterstellt werden muss: Das Recht auf die Achtung und den Schutz der Menschenwürde ergibt sich daraus, dass es *alle für alle* anerkennen. <sup>33</sup>

## 5. Gerechtigkeit

Radbruch hat 1932 in seiner *Rechtsphilosophie* geschrieben: »Die Idee des Rechts kann [...] keine andere sein als die Gerechtigkeit.« <sup>34</sup> Ob aber das Recht durch den *ethischen* Begriff der Gerechtigkeit als ›richtiges‹ Recht begründet werden kann – und wenn ja: was ›Gerechtigkeit‹ bedeutet – ist umstritten. Recht und Gerechtigkeit sind oft nicht in Übereinstimmung, denken wir etwa an verletzte Geschlechtergleichheit oder an Defizite sozialer Gerechtigkeit. Was gerechtes Recht sein soll, ergibt sich *ex negativo*, aus Unrechtserfahrung, aus dem, was nicht sein soll – aus der Verletzung der Würde der Menschen und aus den aus der Würdenorm ableitbaren Ansprüchen auf Gerechtigkeit. Gerechtigkeit wird erst im Rahmen des Rechts wirksam, in dem eine individuelle Interessen übergreifende Verständigung über ein ›gutes Le-

---

»Ein Rechtssystem kann schlechterdings keine Rechtsmacht zur Verletzung von Menschenwürde erzeugen«. (Ebd., S. 532).

<sup>32</sup> Tomuschat 1992, S. 1.

<sup>33</sup> In der Verfassung des Landes Brandenburg vom 20. August 1992 folgt entsprechend auf Art. 7 Abs. 1 – »Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt und Grundlage jeder solidarischen Gemeinschaft« – Abs. 2 »Jeder schuldet jedem die Anerkennung seiner Würde.«

<sup>34</sup> Radbruch 2003, S. 34.



ben $\kappa$  und über die zu dessen Verwirklichung notwendigen fairen Verfahren, Institutionen und Mechanismen möglich ist. Dies nennt John Rawls in *A Theory of Justice* hinsichtlich der Gesetze und der Justiz »Gerechtigkeit als Regelmäßigkeit«: »Ein Gesetzssystem ist ein System öffentlicher Zwangsregeln, die sich an vernunftbegabte Menschen wenden, um ihr Verhalten zu regeln und einen Rahmen für die gesellschaftliche Zusammenarbeit zu schaffen. Sind diese Regeln gerecht, so bilden sie eine Grundlage für berechnete Erwartungen, Gründe für gegenseitiges Vertrauen und für berechnete Beschwerden, wenn die Erwartungen nicht erfüllt werden.«<sup>35</sup>

Das Grundrechtssystem verschafft der rechtsstaatlichen Demokratie eine Legitimationsbasis, die im parlamentarischen Mehrheitsprinzip allein nicht mehr gegeben ist; vielmehr sind die Menschen- und Grundrechte in ihrer positivierten Form der Maßstab zur Beurteilung der Akzeptabilität von Mehrheitsentscheidungen. Insofern ist *dieses Rechtssystem der Spiegel einer universalisierbaren und universalisierten Moral*. Es ist ›die‹ Moral, die in der gegenwärtigen Welt den breitest möglichen Konsens auf sich vereinigt.

Zum gerechten Recht gehört, dass ›Menschenwürde‹ nicht nur bedeutet, Abwehrrechte gegen den Staat zu haben, sondern auch den legitimen Anspruch auf soziale Teilhabe- und Gewährleistungsrechte im Staat. Die Anerkennung der in der Menschenwürde gründenden Rechte erfordert gesellschaftliche Verhältnisse, in denen ihr Schutz sowohl durch den Rechtsstaat *als auch durch den Sozialstaat* institutionell gesichert ist. Auch soziale Rechte sind *Freiheitsrechte*. Der Rechtsstaat ist *intrinsisch* Sozialstaat. *De facto* steht der Sozialstaat jedoch unter den heute gegebenen Bedingungen vor der paradoxen Aufgabe, die mit der ›freien‹ Marktwirtschaft verbundene Tendenz zur Ungleichheit auszugleichen und zugleich die bestehende Wirtschaftsordnung zu stabilisieren.<sup>36</sup>

Menschenwürde, Gleichheit, Freiheit, Gerechtigkeit und Solidarität bilden die unauflösbar miteinander verbundenen Glieder der Kette der Menschenrechte. Im GG aber sind soziale Rechte nur marginal verankert. Das Sozialstaatsprinzip des GG ist eine allgemeine, weitgehend abstrakte Norm und ein Postulat, *eine Staatszielbestimmung, deren Inhalt unterbestimmt ist*. Es ist laut BVerfGE »ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip«.<sup>37</sup> Eine kritische Position hierzu hat Wolfgang Abendroth bereits in den 1950er Jahren vertreten. Für ihn hatte das Ende der Weimarer Republik historisch bewiesen, »dass auf lange Sicht in unserer Zeit Demokratie als bloß formale Demokratie nicht mehr möglich ist, und dass mit der formalen Demokratie auch die durch den Liberalismus entwickelten kulturellen Werte ver-

<sup>35</sup> Rawls 1979, S. 266.

<sup>36</sup> Auf diese Ambivalenz hat Eduard Heimann bereits 1929 in *Soziale Theorie des Kapitalismus* hingewiesen; er sprach vom »konservativ-revolutionäre[n] Doppelwesen«, der »Doppelstellung der Sozialpolitik als Fremdkörper und zugleich als Bestandteil im kapitalistischen System« (Heimann (1980), S. 168).

<sup>37</sup> BVerfGE 5, 85 (198).

schwinden müssen, wenn es nicht gelingt, durch Umwandlung der formalen Demokratie des Staates in die soziale der Gesellschaft einer positiven Lösung zuzusteuern«. <sup>38</sup>

## 6. Demokratie

Demokratie ist die Form der *Selbstherrschaft des Volkes*, der Ausdruck der *Volkssouveränität*. Ist diese Aussage normativ und faktisch zutreffend? »In einer Demokratie« – so das BVerfGE – »muß sich die Willensbildung [...] vom Volk zu den Staatsorganen, nicht umgekehrt von den Staatsorganen zum Volk hin, vollziehen. Die Staatsorgane werden durch den Prozeß der politischen Willensbildung des Volkes, der in die Wahlen einmündet, erst hervorgebracht«. <sup>39</sup>

›Vom Volk zu den Staatsorganen‹: Ist Demokratie die hier unterstellte Herrschaft des Volkes? Was bedeutet der Satz »Wir sind das Volk« in einer pluralistischen Gesellschaft, in der Menschen mit unterschiedlichen, gar unvereinbaren Interessen, unterschiedlicher ethnischer Herkunft und verschiedenen religiösen, moralischen und politischen Überzeugungen zusammenleben? Gibt es ›das Volk‹ als ›Wir‹? Können wir uns mit Gewissheit darauf verlassen, dass dieses ›Wir‹ die Grundlage guter und gerechter Herrschaft ist, einer Herrschaft von Freien und Gleichen, die in gleichem Maße dem Wohl aller verpflichtet sind? Dies ist offensichtlich nicht so, auch dann nicht – oder, wie im Falle des Nationalsozialismus, gerade dann nicht –, wenn ein Volk sich mit ›seiner‹ Herrschaft identifiziert.

Die Idee Volkssouveränität<sup>40</sup> ist im Kampf gegen das *ancien régime* absolutistischer Macht mit der Idee eines ›ursprünglichen Vertrags‹ aller mit allen und im Zusammenhang mit der Forderung nach Menschenrechten entstanden – im Kampf um die menschenrechtliche Begrenzung der Macht des Staates zugunsten individueller Freiheit. ›Volkssouveränität‹ ist kein empirischer, sondern ein normativer Begriff. Er bezeichnet den Anspruch, dass nicht die Macht eines Einzelnen, sondern ›alle‹ in Gleichheit<sup>41</sup> dazu berufen sind, eine Herrschaft zu begründen, die Freiheit und Schutz vor Unterdrückung ermöglicht. <sup>42</sup>

<sup>38</sup> Abendroth 2008, S. 343.

<sup>39</sup> BVerfGE 20, 56 (135 ff.).

<sup>40</sup> Zum ›Volk‹ der Volkssouveränität vgl. Maus 1994, S. 203 ff.; vgl. Maus 2011.

<sup>41</sup> Grzeszick betont zu Recht, dass die *demokratische Gleichheit* eine grundsätzlich *formale Gleichheit* ist. Anknüpfungspunkt der demokratischen Gleichheit sei allein die Eigenschaft als Staatsbürger; weitere Abstufungen nach Würdigkeit, Verdienst, Erfahrung, Bildung oder Leistung seien ihr fremd. Die demokratische Gleichheit der Staatsbürger in Bezug auf ihre politischen Mitwirkungsrechte sei deshalb als eine formale Gleichheit zu verstehen. (Vgl. Grzeszick in Maunz/Dürig, Kommentar z. GG, 63. Erg.lfg. 2011, Art. 20).

<sup>42</sup> Joseph A. Schumpeter hat diesem normativen Begriff von Volkssouveränität in *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie* (1942) kritisch entgegengehalten, dass, »ausgenommen den Fall der ›mittelbaren Demokratie‹, das Volk als solches niemals tatsächlich herrschen oder regieren kann [...] Jenseits der ›unmittelbaren Demokratie‹ liegt ein unbegrenzter Reichtum von möglichen Formen, in denen das ›Volk‹ an den Regierungsgeschäften teilnehmen oder jene, die tatsächlich herrschen, beeinflussen oder kontrollieren kann. Keine dieser Formen, namentlich keine der durchführbaren, hat einen offenkundigen oder exklusiven Anspruch da-

›Volkssouveränität‹ ist – nicht anders als die Idee des Gesellschaftsvertrages – ein für die Theorie legitimer Herrschaft notwendiges Gedankenexperiment mit der Fiktion ›das Volk‹.<sup>43</sup> Man versteht die Funktion dieses Konzepts nur dann richtig, wenn man berücksichtigt, *wogegen* es sich gerichtet hat. Mit dieser normativen Begründung von Legitimität sollten vor allem zwei revolutionäre Forderungen unterstrichen werden: (i) Wenn das ›Volk‹ die Quelle von Souveränität und Legitimität ist, dann haben die Individuen Menschenrechte, die ihnen nicht *heteronom* vom Staat, dessen Macht gezähmt werden soll, verliehen werden, sondern die sie sich aufgrund eigener *Autonomie* zuschreiben können; und (ii) darf es kein Vorrecht des Staates gegen die Rechte der Menschen geben.

Wenn sich das GG auf das ›Volk‹ bezieht, dann nimmt es auf etwas Bezug, das zur Zeit der Französischen Revolution ein revolutionäres Prinzip war. Doch leben wir heute nicht unter anderen Bedingungen und mit der Erfahrung, die Bert Brecht in einem Gedicht mit dem Titel *Paragraph 1* fragen ließ: »Die Staatsgewalt geht vom Volke aus. Aber wo geht sie hin? Ja, wo geht sie wohl hin? Irgendwo geht sie doch hin!«?

Volkssouveränität bedeutet – so Horst Dreier in seinem GG-Kommentar – »die Rückführbarkeit aller staatlichen Gewalt auf den Volkswillen. Damit ist zunächst in allgemeiner Weise ausgesagt, dass demokratische Herrschaft sich nicht auf dynastische Legitimität, nicht auf die Idee des Staates als göttliche Stiftung oder auf reine Staatsräson, nicht auf religiöse oder ideologische Heilslehren oder auf sonstige autokratische Formen, sondern allein auf den Willen der zum Staatsvolk zusammengefaßten Individuen zu stützen vermag.« Für das Demokratieprinzip bedeutet dies, »keine nicht auf das Volk rückführbare und von ihm zumindest mittelbar legitimierte staatliche Macht als

---

rauf, ›Regierung durch das Volk‹ genannt zu werden, wenn diese Worte in ihrem natürlichen Sinn verstanden werden. Wenn eine von ihnen einen solchen Titel erwirbt, so kann sie dies nur kraft einer willkürlichen Abmachung über die Definition der Bedeutung, die dem Ausdruck ›herrschen‹ beigelegt werden soll. Eine solche Abmachung ist natürlich immer möglich: das Volk herrscht in Tat und Wahrheit nie, aber durch Definition kann es immer dazu gebracht werden.« (Schumpeter 1972, S. 390).

<sup>43</sup> Der Öffentlichrechtler Rudolf Steinberg hat den fiktiven Charakter des verfassungsrechtlichen Volksbegriffs betont: »›Das Volk‹ existiert als handlungsfähige Einheit nur als Fiktion. Dass dies die Staatsrechtslehre nicht in den Blick nimmt, lässt sich auf zwei Ursachen zurückführen: Bestimmend ist zum einen die Auffassung der rechtspositivistischen Staatslehre, die die realistischen und empirischen Lehren ausdrücklich ablehnt und das Volk ausschließlich zu einem juristischen Konstrukt als Staatsvolk erklärt. Die andere Ansicht – vertreten von Carl Schmitt – behauptet im Anschluss an Jean-Jacques Rousseau ›die Homogenität und Identität des Volkes mit sich selbst‹. [...] Es ist offensichtlich, dass ›das‹ Volk als identitäres, homogenes Phänomen nicht existiert. Das Volk besteht vielmehr aus einer Vielzahl regionaler, ethnischer, ökonomischer, politischer, religiöser oder weltanschaulicher sowie durch Geschlecht, Alter, Bildung und Interessen vielfach sozial differenzierter Gruppierungen. Diese sind durch das einigende Band der Geschichte, der Kultur und auch der Verfassung zu einer stets aufgegebenen Einheit zusammengefügt. ›Das Volk‹ der Demokratie erweist sich somit angesichts seiner vielfältigen Differenziertheit als politische Chimäre. [...] Nimmt man stattdessen die reale Gestalt der ›das Volk‹ ausmachenden Einzelnen in den Blick, dann wird schnell deutlich, dass das Ausmaß politischer Beteiligung in der Gesellschaft keinesfalls gleichmäßig verteilt ist, sondern von einer Reihe von Faktoren abhängt. Eine höhere Partizipation geht nachweisbar positiv mit Einkommen und Bildung, beruflicher Position, Alter, Verwurzelung in der örtlichen Gemeinschaft, Familienstand, Zugehörigkeit zu einer Assoziation und anderen Faktoren einher. Voraussetzungen für politische Beteiligung sind Informationen und politisches Interesse. Beides ist schichtenabhängig.« (Das Volk und die direkte Demokratie, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16. 2. 2012, S. 7).

gerechtfertigte Autorität« anzuerkennen. Doch »erweist sich die bloße *Anerkennung und Billigung* durch das Volk, wie dies auch in der guten Ordnung nichtdemokratischer Staaten möglich ist, als *nicht ausreichend*.«<sup>44</sup>

Es geht nicht allein darum, ob wir uns auf das politische System der repräsentativen Demokratie verlassen können. Die Idee der Volkssouveränität ist nicht nur aufgrund der Erfahrungen mit den im 20. Jahrhundert im Namen des Volkes verübten Verbrechen problematisch. Heute führt die Berufung der Verfassung auf das ›Volk‹ zur Trennung von Menschenrechten und jenen Grundrechten, die nur den ›Volkszugehörigen‹, den Staatsbürgern, eingeräumt werden. Das Bekenntnis des Art. 1 Abs. 2 GG zu den Menschenrechten ist so lange fragwürdig, wie den nicht zum ›Volk‹ gehörenden sogenannten ›Fremden‹ Rechte vorenthalten werden, die ihnen ganz einfach deshalb zustehen, weil sie Menschen sind. Ein weiteres Problem stellt – wie geringe Wahlbeteiligungen zeigen – das Desinteresse des unterstellten Souveräns an der politischen Gestaltung der Demokratie dar. Um den Grund der Demokratie angemessen zu bezeichnen, sollte man deshalb statt von der Herrschaft des Volkes von der *Herrschaft des Rechts* sprechen. Genau dies war das Prinzip, das Hans Kelsen schon 1925 in seiner *Allgemeinen Staatslehre* geltend gemacht hat: Nur insofern ein und dieselbe Rechtsordnung für eine Vielheit von Menschen gilt, bilden sie diese Einheit. Bürgerschaft, *citoyenneté*, ergibt sich nicht aus Volksgenossenschaft, sondern aus Rechtsgenossenschaft.

Wenn heute vom ›Volk‹ als dem Grund der Staatsgewalt und als dem Subjekt demokratischer Legitimation die Rede ist, dann sind damit im Nationalstaat<sup>45</sup> – für das BVerfGE selbst noch unter Bedingungen transnationaler Staatlichkeit – »die staatsangehörigen Bürger« gemeint.<sup>46</sup> Das Gericht hat die Annahme zurückgewiesen, mit der Zunahme des Anteils an ›Ausländern‹ in Deutschland habe »der verfassungsrechtliche Begriff des Volkes einen Bedeutungswandel erfahren«. Die hieraus folgende Verfassungsinterpretation wirft das Problem der Einbeziehung aller in einem Territorium lebenden Menschen in *eine* Rechtsgemeinschaft auf. Die Unterstellung eines Bedeutungswandels im Begriff ›Volk‹ ist zwar für das BVerfGE »im Ausgangspunkt zutreffend«, sie könne aber »nicht zu einer Auflösung des Junktims zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der

<sup>44</sup> Dreier in Dreier 2004, Art. 20 (Demokratie), Rn. 77; vgl. zum Legitimationszusammenhang ebd., Rn. 104 ff.

<sup>45</sup> Zum Nationalstaat als ›politischem Mythos‹ der europäischen Moderne vgl. Fietti 1992, S. 7-30. Vgl. Balibar 2006, S. 242-252, zur Volkssouveränität und zur Entwicklung der »*Nationform*« sowie zu den Folgen für die Subjektivität der Staatsbürger, die im »Syndrom der ›Ohnmacht des Allmächtigen‹« bestehen (ebd., S. 243); vgl. auch ebd., S. 256 f. zum »Zusammenbruch der klassischen Grundlagen staatlicher Souveränität« im Übergang zur europäischen Bürgerschaft.

<sup>46</sup> BVerfGE, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009 (229). »Ausgangspunkt aller staatlichen Gewalt und damit Subjekt demokratischer Legitimation ist nach Art. 20 Abs. 2 das Volk. Volk in diesem Sinne ist nach ganz überwiegender Ansicht das *Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland*. Das Staatsvolk wird grundsätzlich aus den *deutschen Staatsangehörigen* gebildet; hinzu kommen die Statusdeutschen nach Art. 116 Abs. 1 Alt. 2 und 3.« (Grzeszick in Maunz/Dürig, Kommentar z. GG, 63. Erg.lfg. 2011, Art. 20, Rn. 79).

Zugehörigkeit zum Staatsvolk als dem Inhaber der Staatsgewalt führen. Ein solcher Weg ist durch das Grundgesetz versperrt.«<sup>47</sup>

Gegen eine nach seiner Auffassung zu weit gehende supranationale Verrechtlichung hat das BVerfGE sein Veto eingelegt, weil sie die nationalstaatliche Souveränität und die ›Volkssouveränität‹ einzuschränken drohe. In den Leitsätzen zum in vielfacher Hinsicht absurden ›Lissabon-Urteil‹<sup>48</sup> vom 30. Juni 2009<sup>49</sup> heißt es, »die Völker – das heißt die staatsangehörigen Bürger – der Mitgliedstaaten [bleiben] die Subjekte demokratischer Legitimation«. Das BVerfGE räumt zwar hinsichtlich seines Souveränitätsverständnisses ein: »Das Grundgesetz löst sich von einer selbstgenügsamen und selbtherrlichen Vorstellung souveräner Staatlichkeit und kehrt zu einer Sicht auf die Einzelstaatsgewalt zurück, die Souveränität als ›völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit‹ auffasst«.<sup>50</sup> Doch die Verfassungsbeschwerden gegen die Zustimmung des Deutschen Bundestages und des Bundesrates<sup>51</sup> zum Lissabon-Vertrag wurden für zulässig erklärt, soweit sich die Rüge gegen eine »Verletzung des Demokratieprinzips, den Verlust der Staatlichkeit der Bundesrepublik und eine Verletzung des Sozialstaatsprinzips« durch das Zustimmungsgesetz wandte.<sup>52</sup>

Das Gericht begründete sein Urteil damit, dass das ›Staatsvolk‹<sup>53</sup> als Souverän in der Demokratie vor Supranationalisierung geschützt werden müsse. Es hat seine Auffassung mit der problematischen *kulturalistischen* und *ethnizistischen* Begründung untermauert, Staaten hätten ›kulturelle Wurzeln und Wertvorstellungen‹. Über diese Erhöhung des Staates zu einem

<sup>47</sup> BVerfGE 83, 37 (52). Zur Kritik an der Engführung von Volkssouveränität und Nationalstaat vgl. Gusy 2000, S. 140-143. Zur Kritik an der Fixierung der Demokratie an ein Territorium und zur Notwendigkeit der »De-Territorialisierung« der Demokratie vgl. Fistetti 1992, S. 125 ff.

<sup>48</sup> Vgl. u. a. Müller-Graff 2009, Lhotta/Ketelhut/Schöne 2012.

<sup>49</sup> BVerfGE, 2 BvE 2/08. Das BVerfGE hat in seinem Urteil für Recht erkannt: »a) Das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union [...] verstößt insoweit gegen Artikel 38 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 23 Absatz 1 des Grundgesetzes, als Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages und des Bundesrates nicht in dem nach Maßgabe der unter C. II. 3. genannten Gründe erforderlichen Umfang ausgestaltet worden sind. b) Vor Inkrafttreten der von Verfassungs wegen erforderlichen gesetzlichen Ausgestaltung der Beteiligungsrechte darf die Ratifikationsurkunde der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13. Dezember 2007 [...] nicht hinterlegt werden.«

<sup>50</sup> BVerfGE, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009 (223).

<sup>51</sup> Der Deutsche Bundestag hatte am 24. April 2008 mit 515 von 574 abgegebenen Stimmen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon beschlossen. Der Bundesrat hatte am 23. Mai 2008 dem Zustimmungsgesetz mit Zweidrittelmehrheit zugestimmt.

<sup>52</sup> BVerfGE, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009 (168).

<sup>53</sup> Bereits in seinem ›Maastricht-Urteil hat sich das BVerfGE bei seiner Betonung der (relativen) Homogenität des Staatsvolkes und der hieraus abgeleiteten Zurückweisung der Ausweitung von Befugnissen der EU fälschlich auf Hermann Hellers Schrift *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928) bezogen: »Vermitteln die Staatsvölker – wie gegenwärtig – über die nationalen Parlamente demokratische Legitimation, sind mithin der Ausdehnung der Aufgaben und Befugnisse der Europäischen Gemeinschaften vom demokratischen Prinzip her Grenzen gesetzt. Jedes der Staatsvölker ist Ausgangspunkt für eine auf es selbst bezogene Staatsgewalt. Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozeß politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet (vgl. hierzu H. Heller, *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, Gesammelte Schriften, 2. Band, 1971, S. 421, 427 ff.), rechtlichen Ausdruck zu geben.« (BVerfGE, 2 BvR 1877/97 vom 31. 3. 1998 (101)).

*Subjekt sui generis* hinaus verweist das Gericht in geradezu absurder Weise auf die »Einbeziehung des Transzendenten in das öffentliche Leben«: »Die Gestaltung von Schule und Bildung berührt, wie das Recht der familiären Beziehungen und Entscheidungen über Fragen der Sprache und der *Einbeziehung des Transzendenten in das öffentliche Leben*, in besonderem Maße gewachsene Überzeugungen und Wertvorstellungen, die in spezifischen historischen Traditionen und Erfahrungen verwurzelt sind. Demokratische Selbstbestimmung erfordert hier, dass die jeweilige durch solche Traditionen und Überzeugungen verbundene politische Gemeinschaft das Subjekt demokratischer Legitimation bleibt.«<sup>54</sup>

Gibt es keine Demokratie *nach* der Nation, nach dem Nationalstaat und der nationalistisch missverstandenen Volkssouveränität? Gibt es keine Demokratie auf dem Wege zu weltbürgerrechtlichen Formen des Zusammenlebens auf der Grundlage der bürgerlichen und politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte, die allen allein aufgrund ihres Menschseins zukommen? Demokratie ist kein moralisches bzw. ethisches, sondern ein Rechtsprinzip: »Bürgerrechte« – so Denninger – »als Teilhaberechte an der Erzeugung des Rechtssystems und Menschenrechte, die erst den konkreten Status von Rechtspersonen garantieren, setzen einander wechselseitig voraus.«<sup>55</sup>

Die Idee der Demokratie ist das Ergebnis der geschichtlich gewachsenen Einsicht, dass individuelle Freiheit und eine die Freiheit aller in Gleichheit garantierende Ordnung harmonisiert werden müssen. Sie ist zugleich das Ergebnis der Einsicht, dass Menschen dem Ideal der moralischen Verwirklichung des Guten in ihrem individuellen Handeln und dem Ideal vollständigen Wissens und uneingeschränkter Urteilskraft nicht oder bestenfalls näherungsweise entsprechen. Die ideale Gesellschaft bleibt Utopie. Wird diese Einsicht verdrängt, dann richtet sich Kritik gegen die Demokratie statt gegen defekte Demokraten.

Demokratie – so Kelsen – ist ein hoffnungsloses Unterfangen, »wenn man von der Annahme ausgeht, daß eine Erkenntnis absoluter Wahrheit, daß eine Einsicht in absolute Werte möglich ist. Denn was kann es gegenüber der alles überragenden Autorität des Absolut-Guten anderes geben als den *Gehorsam* derer, denen es das Heil bringt, den bedingungslosen und dankbaren Gehorsam gegenüber demjenigen, der, im Besitz des Absolut-Guten, dieses weiß und will; ein Gehorsam, der freilich in demselben Maße nur auf dem *Glauben* darauf beruhen kann, daß die autoritäre Person des Gesetzgebers im Besitze des Absolut-Guten sei, als eine *Erkenntnis* desselben der großen Menge der Normunterworfenen versagt bleibt. An diesem Punkte« – fügt

<sup>54</sup> BVerfGE, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009 (260).

<sup>55</sup> Denninger 1996, S. 12.

Kelsen hinzu – »an dem die Demokratie jede Aussicht auf Rechtfertigung verloren zu haben scheint, gerade an diesem Punkte muß ihre Verteidigung einsetzen.«<sup>56</sup>

Nicht das ›Volk‹, sondern die Herrschaft des Rechts ermöglicht eine Zusammenleben, in dem die Normautoren das Recht auf Verschiedenheit und Achtung des Dissenses nicht unter ihren partikulären Interessen begraben. Mit ›Demokratie‹ ist das Zugeständnis an jenen Pluralismus und Relativismus verbunden, den das Recht zugleich schützt und zügelt. Demokratie ist die politische Form einer Verweigerung: Die eine Moral, die eine Religion, die eine Wahrheit sollen kein Privileg genießen. Demokratie würde zur Diktatur, wenn sie versuchte, alle auf einen Glauben zu verpflichten und diejenigen zu diskriminieren, die ihn nicht teilen. Die Zustimmung zur Demokratie steht und fällt mit der Einsicht, dass wir als Menschen so sind, wie wir sind, und einsehen, dass wir in der rechts- und sozialstaatlich verfassten Demokratie auf die einzig vernünftige Weise unsere eigenen Schwächen und Mängel ausgleichen. Genau hierauf zielt mein Plädoyer für ein Recht und einen Staat *nach menschlichem Maß*.

## Literatur

- Abendroth, W., 2008, *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, 1949-1955. Hg. u. eingel.v. M. Buckmiller/ J. Perels/ U. Schöler, Hannover.
- Balibar, E., 2006, *Sind wir Bürger Europas?*, Bonn.
- Denninger, E., 1996, Recht, Moral und Politik. Demokratie contra Verfassung? Überlegungen zum Disput zwischen Ronald Dorkwin und Jürgen Habermas. In: *Frankfurter Rundschau*, 17. 10. 1996, Nr. 241, S. 12.
- Dreier, H. (Hg.), <sup>2</sup>2004, *Grundgesetz-Kommentar*, Tübingen.
- Dreier, H., 2005, Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz. In: Seelmann, K. (Hg.), *Menschenwürde als Rechtsbegriff*. Tagung der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), Schweizer Sektion Basel, 25. bis 28. Juni 2003. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte*, Bd. 101.
- Dreier, H. (Hg.), <sup>3</sup>2013, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, Präambel, Artikel 1-19, Tübingen.
- Dreier, H., 2013a, *Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates*. Mit Kommentaren v. Ch. Hillgruner/U. Volkmann, Tübingen.
- Fistetti, F., 1992, *Democrazia e diritti degli altri*, Bari.
- Frankenberg, G., 2003, *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*, Frankfurt/M.
- Gusy, Ch., 2000, Demokratiedefizite postnationaler Gemeinschaften unter Berücksichtigung der Europäischen Union. In: Brunkhorst, H./ M. Kettner (Hg.), *Globalisierung und Demokratie. Wirtschaft, Recht, Medien*, Frankfurt/M.
- Habermas, J., <sup>4</sup>1994, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt/M.
- Hain, K.-E., 2006, Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung? In: *Der Staat*, 45. Bd., H. 2.
- Heimann, E., 1980 [1929], *Soziale Theorie des Kapitalismus*. In: ders., *Soziale Theorie des Kapitalismus. Theorie der Sozialpolitik*. Mit einem Vorwort v. B. Badura, Frankfurt/M.
- Herdegen, M., 2008, Deutungen der Menschenwürde im Staatsrecht. In: G. Brudermüller/ K. Seelmann (Hg.), *Menschenwürde. Begründung, Konturen, Geschichte*, Würzburg.

<sup>56</sup> Kelsen 1981 [1929], S. 100. Zum »Relativismus«, den »der demokratische Gedanke voraussetzt«, vgl. ebd., S. 101.

- Jarras, H.D./B. Pieroth (Hg.), <sup>12</sup>2012, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München.
- Kelsen, H., 1981 [<sup>2</sup>1929], *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, [Nachdruck] Aalen.
- Köhler, L./ H. Saner (Hg.), <sup>2</sup>2001, *Hannah Ahrendt, Karl Jaspers. Briefwechsel 1926-1969*, München/Zürich.
- Kreide, R., 2013, Menschenrechte und Kritik. Zur Verteidigung einer politischen Menschenrechtskonzeption. In: Ph. Brunozzi/ S. Dhouib/ W. Pfannkuche (Hg.), *Transkulturalität und Menschenrechte. Arabische, chinesische und europäische Perspektiven*, Weilerswist.
- Kunig, Ph., <sup>5</sup>2000, Art. 1 (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung). In: ders., *Grundgesetz-Kommentar*, München.
- Lhotta, R./ J. Ketelhut/ H. Schöne (Hg.), 2012, *Das Lissabon-Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im »verfassten politischen Primärraum«*, Wiesbaden.
- Maihofer, W., 1968, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Frankfurt/M.
- Maus, I., 1994, Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit. In: W. Goldschmidt/ L. Zechlin (Hg.), *Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit*, Hamburg [= Dialektik 1994/1].
- Maus, I., 2011, *Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie*, Berlin.
- Müller-Graff, P.Ch., 2009, Das Karlsruher Lissabon-Urteil: Bedingungen, Grenzen, Orakel und integrative Optionen. In: *integration*, 32.
- Radbruch, G., 1946, »Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht« in ders., *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Hg. v. R. Dreier/ S.L. Paulson, Heidelberg 1999.
- Radbruch, G., 1947, <sup>2</sup>1959, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Vandenhoeck&Ruprecht, Göttingen.
- Radbruch, G., 1999 [1932], *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Hg. v. R. Dreier/ S.L. Paulson, Heidelberg.
- Radbruch, G., <sup>2</sup>2003, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Hg. v. R. Dreier/ St. L. Paulson, Heidelberg.
- Rawls, J., 1979 [1975], *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. Übers. v. H. Vetter, Frankfurt/M.
- Sandkühler, H.J., 2010, Menschenrechte, in »*Enzyklopädie Philosophie*«, hg. v. H.J. Sandkühler, 2. Aufl. in 3 Bdn., Hamburg 2010, Bd. 2.
- Sandkühler, H.J., 2013, *Recht und Staat nach menschlichem Maß. Einführung in die Rechts- und Staatstheorie in menschenrechtlicher Perspektive*, Weilerswist.
- Sandkühler, H.J., 2014, Menschenwürde und Menschenrechte. Über die Verletzbarkeit und den Schutz der Menschen, Freiburg/München.
- Schumpeter, J. A., 1950, Eine andere Theorie der Demokratie. In: ders., *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, München.
- Tomuschat, Ch. (Hg.), 1992, *Menschenrechte. Eine Sammlung internationaler Dokumente zum Menschenrechtsschutz*, Bonn.
- Wesche, T., 2013, »Menschenwürde als Ermächtigungsklausel gegen Unrechtserfahrungen« in E. Angehrn/ J. Küchenhoff (Hg.), *Die Arbeit am Negativen. Philosophische und psychoanalytische Perspektiven*, Weilerswist.