

Gret Haller, Klaus Günther, Ulfried Neumann (Hg.)

MENSCHENRECHTE UND VOLKSSOUVERÄNITÄT IN EUROPA

Gerichte als Vormund der Demokratie?

NORMATIVE ORDERS

campus

Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa

Normative Orders

Schriften des Exzellenzclusters »Die Herausbildung normativer Ordnungen«
der Goethe-Universität, Frankfurt am Main

Herausgegeben von Rainer Forst und Klaus Günther

Band 2

Gret Haller, Klaus Günther, Ulfrid Neumann (Hg.)

Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa

Gerichte als Vormund der Demokratie?

Campus Verlag
Frankfurt/New York

© Campus Verlag GmbH

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie.
Detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.
ISBN 978-3-593-39283-7

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.
Copyright © 2011 Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main
Umschlaggestaltung: Guido Klütsch, Köln
Satz: Marion Jordan, Frankfurt am Main
Druck und Bindung: Beltz Druckpartner, Hemsbach

Gedruckt auf Papier aus zertifizierten Rohstoffen (FSC/PEFC).
Printed in Germany

Besuchen Sie uns im Internet: www.campus.de

© Campus Verlag GmbH

Inhalt

Vorwort	
<i>Ulfrid Neumann</i>	7
Einführung	
<i>Gret Haller</i>	11
Grundlagen	
Von der gubernativen zur deliberativen Menschenrechtspolitik – Die Definition und Fortentwicklung der Menschenrechte als Akt kollektiver Selbstbestimmung	
<i>Klaus Günther</i>	45
Das Menschenrecht auf Demokratie – Eine moralische Verteidigung mit einer rechtlichen Nuance	
<i>Samantha Besson</i>	61
Die demokratische Verfassung	
<i>Richard Bellamy</i>	103
»Von oben« oder »Von unten«? Der Schutz der Menschenrechte – zwei Interpretationsansätze	
<i>Sergio Dellavalle</i>	123
Düstere Aussichten – Die Zukunft der Demokratie in der Weltgesellschaft: Sieben Thesen	
<i>Hanke Brunkhorst</i>	159
Europarat	
Menschenrechte zwischen souveränem Willen und internationalen Standards	
<i>Jarna Petman</i>	179

Definition und Entwicklung der Menschenrechte im internationalen Kontext und Volkssouveränität <i>Inge Lorange Backer</i>	187
Menschenrechte und Volkssouveränität in der Praxis der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht (»Venedig-Kommission«) <i>Jan Helgesen</i>	197
Europäische Union	
Menschenrechte und Übertragung der Souveränität auf die Europäische Union: Folgen für die Definition und Entwicklung der Menschenrechte <i>Catherine Schneider</i>	203
Kommentar <i>Christoph Möllers</i>	239
Die Europäische Agentur für Grundrechte in der europäischen Menschenrechtsarchitektur und ihre Fortentwicklung durch den Vertrag von Lissabon <i>Armin von Bogdandy/Jochen von Bernstorff</i>	242
Die nationale Ebene (Beispiele)	
Kombination aus theoretischer ex ante- und konkreter ex post-Prüfung: Das finnische Modell <i>Kaarlo Tuori</i>	279
Definitions- und Entwicklungsprozesse der Menschenrechte außerhalb der Volkssouveränität. Ein Kommentar <i>Richard Clayton</i>	290
Definitions- und Entwicklungsprozesse der Menschenrechte außerhalb der Volkssouveränität: Gerichtliche Prüfung als Ersatz für politische Willensbildung <i>Péter Paczolay</i>	293
Kommentar <i>Regina Kreide</i>	302
Autorinnen und Autoren.....	308

Vorwort

Der vorliegende Band enthält die Beiträge zu einer Tagung über »Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa«, die am 15. und 16. Mai 2009 an der Goethe-Universität Frankfurt am Main stattfand. Organisiert wurde diese Tagung vom Fachbereich Rechtswissenschaft und dem an der Goethe-Universität institutionalisierten Exzellenzcluster »Herausbildung normativer Ordnungen« in Kooperation mit dem Center of Excellence »Foundation of European Law and Policy« der Universität Helsinki und der »European Commission for Democracy through Law« des Europarats, der so genannten »Venedig-Kommission«.

Im Mittelpunkt der Tagung stand die Frage der primären institutionellen Zuständigkeit für die Definition von Grundrechten und Menschenrechten: Soll die Aufgabe der Ausgestaltung und Ausformulierung von Grund- und Menschenrechten vorrangig den Volksvertretungen (Parlamenten), oder aber den Gerichten zugewiesen werden? Für die Erörterung dieser zentralen Frage erwies sich die Einbeziehung von Wissenschaftlern, die zugleich in justiziellen oder anderen staatlichen Institutionen an maßgeblicher Stelle Verantwortung tragen bzw. getragen haben, als besonders fruchtbar. Denn die Frage kann, wie sich in den Vorträgen und Diskussionen bestätigte, nicht allein anhand rechts- und staatsrechtlicher Analysen, sie muss auch auf der Basis einer genauen Kenntnis und realistischen Einschätzung der Institutionen beantwortet werden, um deren vorrangige Zuständigkeit für die Definition von Grund- und Menschenrechte es geht.

Aus der Perspektive der Rechts- und Staatstheorie ist diese Frage eng mit dem Problem der Begründung der Menschenrechte verbunden. Strikt und fast unvertretbar vereinfacht: Versteht man Menschenrechte, im Sinne naturrechtlicher Deutungsmuster, als vorgegeben, dann besteht die Aufgabe nicht in der Formulierung, sondern in der Reformulierung dieser Rechte. Es geht um einen kognitiven Akt, für den es keiner »politischen« Legitimation bedarf. Ausreichend ist eine kognitive Kompetenz, die eher

den für die »Erkenntnis« des Rechts zuständigen Gerichten zuzuerkennen wäre. Werden Menschenrechte dagegen als Ergebnisse einer normativen Verständigung interpretiert, dann sind für ihre Definition primär die Institutionen zuständig, die den politischen Gestaltungswillen und die Gestaltungskompetenz des Volkes repräsentieren, also die Parlamente als die »Vertretungen« dieses Volkes.

In dieser Gegenüberstellung sprechen die besseren Argumente *prima facie* für das zweite Modell. Versteht man die Annahme vorgegebener Menschenrechte in einem ontologischen Sinn, dann ist sie heute erkenntnistheoretisch diskreditiert. Die Berufung auf transzendente Instanzen ist dem »nachmetaphysischen« Denken verwehrt, die in Hinblick auf irdische Machthaber (Fürsten) *politisch* überholte Vorstellung einer »Gewährung« von Menschenrechten »von oben« also auch in ihrer religiösen Transposition obsolet. Eine Argumentation aus der menschlichen Natur würde – zumindest – dem Verdikt eines fehlerhaften Schlusses von einem Sein auf ein Sollen, eines »naturalistischen Fehlschlusses«, zum Opfer fallen. Und der Versuch, Menschenrechte aus der menschlichen Vernunft abzuleiten, müsste mit dem Einwand rechnen, dass die Vernunft ohne metaphysische Zusatzprämissen nur als operatives Vermögen, nicht aber als Ursprung normativer Konstrukte in Betracht komme.

Es sind aber nicht nur erkenntnistheoretische Argumente, die eine Ablehnung des naturrechtlichen Deutungsmusters und die alternative Interpretation der Menschenrechte als Ergebnis einer normativen Verständigung nahelegen. Die Idee vorgegebener Rechte stößt sich tendenziell mit dem Grundsatz, dass die Konstitution der Prinzipien staatlichen Zusammenlebens, und damit auch der fundamentalen Rechte des Einzelnen, der Entscheidung des souveränen Volkes obliegt. Die hier resultierende Spannung soll über die Idee der »Gleichursprünglichkeit von Menschenrechten und Volkssouveränität« (Habermas) abgefedert werden. Mit der Betonung der Volkssouveränität verbindet sich folgerichtig eine Option für die Volksvertretungen und gegen die Gerichte, insbesondere, soweit es um Fragen der Handhabung der Verfassung (und damit auch der Definition der verfassungsrechtlich gewährleisteten Grund- und Menschenrechte) geht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit erscheint aus dieser Perspektive als Ausdruck eines Misstrauens gegenüber der Demokratie und als Eingriff in die Kompetenzen des Parlaments als des Repräsentanten des souveränen Volkes.

Es bleibt allerdings die Frage, ob das Modell einer Konstitution der Menschenrechte durch einen Akt der »politischen« Verständigung (mit den daraus resultierenden institutionellen Konsequenzen) der Denkform universaler Menschenrechte tatsächlich gerecht wird. Denn die »Universalität« von Menschenrechten meint auch und gerade deren Nicht-Verhandelbarkeit. Genauer: Der Modus des Aushandelns ist mit der Idee der universellen Geltung von Menschenrechten nur auf der Basis von Prämissen vereinbar, die sich nicht von selbst verstehen. Vorausgesetzt werden muss, dass jedenfalls in einem zeitlich nicht limitierten Argumentationsprozess sich alle potentiellen Diskussionsteilnehmer, gleich welchem Kulturkreis verhaftet, auf die Anerkennung derselben Menschenrechte verständigen könnten. Das aber erscheint nur dann plausibel, wenn man voraussetzt, dass diese Menschenrechte dem Prozess des Aushandelns vorausliegen. Es geht dann lediglich um die deklaratorische (gemeinsame) Anerkennung, nicht aber um die Konstitution von Menschenrechten. Die Formulierung des deutschen Grundgesetzes, das Volk »bekenne« sich zu »unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten« (Art. 1 Abs. 2 GG), bringt diese Vorstellung positiv-rechtlich zum Ausdruck.

Nun lässt sich der hier scharf gezeichnete Gegensatz zwischen der Anerkennung als vorgegeben gedachter Menschenrechte einerseits, der Konstitution von Menschenrechten im politischen Diskurs andererseits dann entspannen, wenn man auf der Basis eines diskurstheoretischen Modells die Vorstellung des sachlich Richtigen mit der des im Diskurs Konsentierbaren verbindet. Aber dieses Modell kann nicht ohne weiteres auf die Realität von parlamentarischen Entscheidungsabläufen heruntergebrochen werden. Dies vor allem aus zwei Gründen. Zum einen fehlt es derzeit an einer Institution, die das Modell des für Teilnehmer aller Kulturen offenen Diskurses in der politischen Wirklichkeit repräsentieren würde. Von einem Weltparlament sind wir weit entfernt, das Europäische Parlament spielt im Vergleich zu den nationalen Parlamenten (wie auch im Verhältnis zu der europäischen Exekutive) immer noch eine untergeordnete Rolle. Zum andern aber entspräche es kaum einer realistischen Sicht der Dinge, in den – vielfältigen Einflüssen ausgesetzten – Parlamenten eine Verkörperung des Modells einer ergebnisoffen diskutierenden und entscheidenden Beratungsrunde erblicken zu wollen. Das Verhältnis von Argumentation und Entscheidung ist in den Parlamenten typischerweise anders als im Diskurs. Wird die Entscheidung der Parlamentarier tatsächlich von dem Gewicht der in der Debatte vorgetragenen Argumente (und nicht von der Frakti-

onsdisziplin) bestimmt, spricht man, bezeichnenderweise, von »Sternstunden« des Parlamentarismus.

Fasst man anstelle staatstheoretischer Ableitungszusammenhänge die Strukturen und die Funktionsmechanismen der Institutionen ins Auge, die auf der Tagung alternativ für die Aufgabe der Definition der Menschenrechte in Betracht gezogen wurden, so scheint deshalb Einiges dafür zu sprechen, den Gerichten (insbes. den Verfassungsgerichten und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte) hier eine prominente Rolle zuzuerkennen. Dass damit, nach einem alten Diktum, der Rechtsstaat durch den »Richterstaat« abgelöst würde, steht nicht zu befürchten. Die Gerichte bleiben auch bei einer Neudefinition von Grund- und Menschenrechten an die Vorgaben durch Konventionen, Verträge, Verfassungen gebunden. Nimmt man die Praxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts als Beispiel, dann ist von den Gerichten im Vergleich zu den Volksvertretungen eine weniger menschenrechtsfreundliche Entscheidungspraxis nicht zu erwarten.

Aber dies sind selbstverständlich nur sehr holzschnittartige und höchst vorläufige Bemerkungen zu dem Thema dieses Bandes, das in den folgenden Beiträgen sehr differenziert und von unterschiedlichen Positionen aus entfaltet wird. Die Reihung der Beiträge folgt dabei sachlich-systematischen Kriterien, nicht der Chronologie der Tagung. Eine rasche Orientierung ermöglicht der einführende Beitrag von Gret Haller, der nicht nur eine Zusammenfassung der einzelnen Referate und Kommentare, sondern auch eine systematische Darstellung des Problembereichs enthält und Anstöße für weitere Diskussionen zu dem Thema »Menschenrechte und Volkssouveränität« gibt.

Als seinerzeitiger Dekan des gastgebenden Fachbereichs möchte ich allen, die an der Tagung mitgewirkt haben, sehr herzlich danken. Für ihre engagierte Mitarbeit bei der Erstellung diese Bandes danken die Herausgeber Herrn Dr. Milan Kuhli und Herrn Dr. Sascha Ziemann.

Frankfurt am Main, im November 2010

Ulfrid Neumann

Einführung

Gret Haller

Die im vorliegenden Band publizierten Beiträge zum Verhältnis zwischen Menschenrechten und Volkssouveränität in Europa erhellen dieses weitgesteckte Thema aus verschiedenen Blickwinkeln. Während die Erörterung der Grundlagen ein anschauliches Bild ergibt, bleibt die Darstellung der konkreten Lösungsansätze notwendigerweise unvollständig. Insbesondere die große europäische Vielfalt in der nationalstaatlichen Institutionalisierung kommt nur ungenügend zum Ausdruck, wenn auch die gewählten Beispiele immerhin eine gewisse Bandbreite aufzeigen. Sie bieten den direktesten Ansatzpunkt für kontroverse Beurteilungen. Die Kontroversen spiegeln sich jedoch mittelbar auch auf der übernationalen Ebene, was sich etwa darin zeigt, dass viele Fragestellungen in verschiedenen Beiträgen angesprochen werden.

Nach einer inhaltlichen Übersicht zu den einzelnen Beiträgen werden einige kontroverse Diskussionspunkte zusammengefasst. Dabei werden auch Gedanken eingeflochten, welche in die Diskussion während der Tagung eingebracht worden sind, auf die der vorliegende Band zurückgeht, sowie beitragsübergreifende Fragestellungen. Den Abschluss bildet ein Ausblick zur demokratischen Legitimation der Grund- und Menschenrechte.¹

1 Im Folgenden wird der Begriff »Menschenrechte« für die Garantien aus Deklarationen und Verträgen im Rahmen jener internationalen Organisationen verwendet, deren Grundlage eine vorwiegend völkerrechtliche ist. National garantierte Rechte werden als »Grundrechte« bezeichnet. Dieser Begriff umschreibt – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH (Kühling 2003: 586) – auch die durch die Europäische Union garantierten Rechte.

I. Die Beiträge

1. Grundlagen

a) *Klaus Günther* rekonstruiert die Definition und Fortentwicklung der Menschenrechte als Akt kollektiver Selbstbestimmung und zeigt die Entwicklung von einer gubernativen zu einer deliberativen Menschenrechtspolitik auf. Er verlangt, den Sinn dafür aufrechtzuerhalten, dass Menschenrechte nur im Wege einer alle Menschen einschließenden Selbstbestimmung interpretiert und fortentwickelt werden können. An zwei Phänomenen werden diesbezügliche Defizite aufgezeigt: einerseits an der Berufung auf die Menschenrechte zur Legitimation von Interventionen eines Staates oder einer Gruppe von Staaten in einen anderen Staat, andererseits an einem individualisierten Menschenrechtsverständnis, welches darin kulminieren kann, dass die Menschen ihre Rechte gegeneinander so mobilisieren wie Privateigentümer, wenn sie ihre Eigentumsrechte geltend machen.

In einem zweiten Abschnitt wird zunächst eine moralische Begründung der Menschenrechte deren Ausgestaltung als eigentliche subjektive Rechte gegenübergestellt. Die erste Variante betont die wechselseitige moralische Verpflichtung zur Achtung des anderen als eines Menschenrechtssubjekts, schafft aber so eine Asymmetrie zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten. Die zweite Variante vermeidet dies, indem der Berechtigte von seinem Recht auf Selbstbestimmung aktiven Gebrauch macht.

Der dritte Abschnitt beschreibt das Verhältnis zwischen Menschenrechten und Volkssouveränität. Den falschen Gegensätzen zwischen einer liberalistischen Konzeption der Demokratie einerseits und deren Verständnis als homogenes Ethos einer partikularen Gemeinschaft andererseits lasse sich nur entkommen, wenn Menschenrechte als ermöglichende Bedingungen demokratischer Selbstregierung verstanden würden.

b) *Samantha Besson* befasst sich mit der Frage nach einem Menschenrecht auf Demokratie. Befürwortet wird ein moralisches Recht auf Demokratie als internationales Menschenrecht auf demokratische Partizipation. Dabei werden das moralische Recht auf Demokratie vom Rechtsanspruch auf Demokratie unterschieden und die Gründe für die Anerkennung der beiden Rechtsformen beurteilt. Die Frage nach der instrumentellen oder intrinsischen Beziehung zwischen Menschenrechten und Demokratie wird von der Frage nach der Existenz und Rechtfertigung eines Rechts auf Demokratie getrennt, ein überarbeitetes interessenbasiertes Argument für ein

solches Recht auf demokratische Partizipation entwickelt und alternative Argumente für dieses Recht diskutiert.

Sodann wird das Menschenrecht auf demokratische Partizipation anhand verbundener Rechte unterschieden und es wird auf drei Hauptkritikpunkte eingegangen, die gegen dieses Recht angeführt werden. Ein rechtliches Recht auf demokratische Partizipation sollte verabschiedet werden – so die Argumentation des letzten Abschnittes –, dies aber vorzugsweise auf nationaler Ebene. Dies setze voraus, dass die »demokratischen« Begründungen der internationalen Rechtssetzung verstärkt würden und dass der Rechtsanspruch auf Demokratie auf internationaler Ebene als ein gemeinsames Interesse von Staaten und Individuen garantiert werden könnte. Zusammenfassend wird die Existenz eines universellen moralischen Rechtes auf demokratische Partizipation bejaht und ein nationaler Rechtsanspruch auf demokratische Partizipation postuliert.

Der internationale Rechtsanspruch auf demokratische Partizipation, der gegenwärtig durch das Völkerrecht garantiert wird, könne nur dann mit demokratischer Legitimität ausgestattet werden, wenn die Rechtsetzung des internationalen Rechts und insbesondere die Rechtsetzung der Menschenrechte sowohl demokratischer als auch kontextsensibler würden. Dies könne nicht allein von einem moralischen Recht auf demokratische Partizipation ausgelöst werden. Denn Demokratie schließe wesentlich mehr ein als nur Menschenrechte.

c) *Richard Bellamy* vergleicht unter dem Titel der »demokratischen Verfassung« den rechtlichen mit dem politischen Konstitutionalismus, wobei er den letzteren befürwortet. Die immer noch bestehende Dominanz des ersteren führt er auf eine Idealisierung der Verfassung der Vereinigten Staaten durch berühmte US-Rechts- und Staatsphilosophen zurück. Der Entwurf und die Begründung der US-Verfassung sei in gewisser Hinsicht vordemokratisch und die Verfassung in einem demokratischen Zeitalter deshalb von zweifelhafter Legitimität.

Als wesentlicher Unterschied zwischen dem rechtlichen und dem politischen Konstitutionalismus wird die Haltung zur Frage der Gleichheit und zum Mehrheitsprinzip herausgearbeitet. Der rechtliche Konstitutionalismus gehe davon aus, dass Konsens über die Frage erreicht werden könne, wie die Gesellschaft ausgestaltet werden müsse, damit sie demokratisch sei und alle Bürger mit gleicher Sorgfalt und Achtung behandle; gerichtliche Verfahren seien zur Ermittlung dieses Konsenses besser geeignet als der demokratische Prozess. Der demokratische Konstitutionalismus nehme

demgegenüber einen nicht behebbaren Dissens zur erwähnten Frage an und verlange die Beilegung der diesbezüglichen Meinungsverschiedenheiten im demokratischen Prozess; dieser führe nicht nur zu legitimeren Resultaten, sondern sei auch effektiver als der Prozess vor Gerichten.

Die überlegene Legitimität des demokratischen Prozesses wird unter anderem aus dem Grundsatz »eine Person eine Stimme« abgeleitet, welcher im Gerichtsverfahren keine Anwendung finde. Größere Effektivität weise dieser Prozess unter anderem deshalb auf, weil auch den Andersdenkenden Raum gegeben werde, ihre Vorstellung zu artikulieren; die Mehrheit müsse sich mit den Argumenten der Minderheit auseinandersetzen. Im Parlament werde die Minderheit nicht ins Unrecht gesetzt wie die unterlegene Partei vor Gericht, Gewinner wie Verlierer würden in gegenseitigem Respekt ihre Würde bewahren. Anhand eines Vergleichs zwischen Großbritannien und den Vereinigten Staaten zum Entscheid über den Schwangerschaftsabbruch wird erläutert, wie der demokratische Prozess zu einer Aussöhnung der unterlegenen Minderheit mit der schließlich getroffenen Entscheidung beitragen kann.

d) Mit zwei Interpretationsansätzen der Menschenrechte »von oben nach unten« und »von unten nach oben« befasst sich *Sergio Dellavalle*. In einem ersten Abschnitt werden der antike Republikanismus und dessen Mängel skizziert. Erwähnt wird z. B. die Schwierigkeit, die Inhalte der Ansprüche ohne direkte Mitwirkung der eigentlichen Träger dieser Rechte festzulegen, oder die Gefahr, die von nahezu unkontrollierten Instanzen ausgeht, die vorgeben, sich selbst zu »Wächtern« einer vermuteten ethischen Wahrheit zu ernennen, die in die Gesellschaft eingebettet ist.

Der zweite Abschnitt zeichnet die Ebnung des Weges für eine Auffassung der Rechte »von unten nach oben« nach, weist aber auf zwei signifikante Probleme in dieser Auffassung der modernen Philosophie hin: erstens auf den ausschließlichen Fokus auf den Schutz der Menschenrechte innerhalb der Grenzen einer einzelnen Nation, was sie auf bloße Bürgerrechte reduziert und damit einer supranationalen Dimension beraubt; zweitens auf die Gefahr, Individualrechte auf die Sphäre einer uneingeschränkten Volkssouveränität zu projizieren, die leicht zu einer Tyrannei werden kann.

Die Überwindung dieser Probleme liegt einerseits in einer angemessenen Gewaltenteilung, andererseits in der Forderung nach einer mehrschichtigen Auffassung des öffentlichen Rechts, einschließlich eines kosmopolitischen öffentlichen Rechts, das auf den Prämissen des modernen

Individualismus basiert. Ausgehend von diesen Vorschlägen Kants, aber über sein paradigmatisches Konzept hinausgehend, schlägt der dritte Abschnitt einen neuen Ansatz im Verständnis der Menschenrechte vor, der auf dem kommunikativen Verständnis der sozialen Interaktion basiert.

e) *Hauke Brunkhorst* formuliert seinen Beitrag zur Demokratie in der Weltgesellschaft in der Form von sieben Thesen. Die erste These lokalisiert das Paradigma demokratischer Rechtsstaatlichkeit bis heute im modernen Nationalstaat, wobei die universalistischen und kosmopolitischen Ansprüche der großen Verfassungsrevolutionen des 18. Jahrhunderts in der Nationalstaatenbildung geopfert worden seien. Das moderne Recht – so die zweite These – verbinde die funktionale Leistungsfähigkeit, die nun dem Staat zugeschrieben werde, mit der normativen Kraft demokratischer Verfassungen. Deshalb werde der Kampf um das Recht nun *im* Recht geführt, die Revolutionen seien zu legalen Revolutionen geworden. Somit sei die westliche Rechtstradition zugleich repressiv und emanzipatorisch.

Dies gelte nur für die europäischen Nationalstaaten, nicht aber für die kolonisierte Welt, welche rechtlos bleibe, wie die dritte These besagt. Diesbezüglich bringe die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts die große Wende, indem die Demokratisierung universalisiert und die Menschenrechte in Weltbürgerrechte übergeführt worden seien. Gemäß dieser vierten These seien damit Menschenrechtsverletzungen, Rechtlosigkeit und soziale Ungleichheit auch zu einem Problem der Menschen im Westen geworden, wo immer sie sich auch ereigneten. Die damit beginnende weltweite Konstitutionalisierung stelle aber nicht schon die Lösung des Problems dar, sondern – so die fünfte These – schaffe ein neues Problem undemokratischer Weltherrschaft, wenn sie nur als eine liberale verstanden werde. Nur wenn das Weltrecht einen Rest normativer Kraft bewahre, könne es weltweit auch zur Bekämpfung undemokratischer Herrschaft benützt werden.

Diesbezüglich zeichnet die sechste These ein düsteres Bild, da umweltblinde Verselbständigung von Märkten zu ökonomischen und sozialen Systemkrisen, umweltblinde Verselbständigung von Exekutivmacht zu Legitimationskrisen und Verselbständigung religiöser Wertsphären zu Motivationskrisen führe. Eine schwache Hoffnung scheint in der siebten These auf, wonach die Rechtsrevolution des 20. Jahrhunderts zwar erfolgreich gewesen, aber unvollendet geblieben sei. Unabdingbar erscheint ein demokratischer Rechtsformalismus, der alle Gesetzesunterworfenen in die Rechtserzeugung einschließe. Nur demokratisch erzeugtes Recht könne von informeller Herrschaft befreien.

2. Europarat

a) *Jarna Petman* behandelt das Spannungsfeld zwischen souveränem Willen und internationalen Standards. Die Autorin geht davon aus, dass zwischen dem Schutz der Menschenrechte und der Förderung der Volkssouveränität eine inhärente Kompatibilität besteht. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) habe aber schon früh feststellen müssen, dass es zwischen der Achtung der Volkssouveränität und der Verteidigung der Rechte eine inhärente Spannung gebe, denn jede Gesellschaft müsse die kollektive Macht zur Achtung der individuellen Unterschiede einschränken.

Was am Ende ein Menschenrecht genannt wird, sei das Ergebnis eines kontextuellen Abgleichens unterschiedlicher Prioritäten und alternativer Vorstellungen eines guten Lebens. Rechte sind somit unzweifelhaft ein Produkt einer politischen Gemeinschaft. Die paradoxe Situation bestehe für den EGMR darin, dass er zwar Pluralismus, Toleranz und Offenheit als Kern demokratischer Gesellschaften definiert habe, jedoch bereit sein müsse, diese Werte dem Schutz anderer, wichtigerer »europäischer« Werte unterzuordnen. Dies führe allerdings dazu, die Demokratie lediglich als ein Instrument zu betrachten, um überlegene Werte zu erreichen.

Es gebe aber nicht nur eine Auffassung von Demokratie. Bei seiner Entscheidung über unterschiedliche Auffassungen werde der EGMR notwendigerweise zu einem politischen Akteur, der sich auf die Seite einiger Gruppen gegen andere Gruppen und Werte stellen muss. Dabei dürfe der EGMR nicht davon ausgehen, was manche Gruppen – vielleicht sogar die Mehrheit – von einer Gesellschaft und vom guten Leben denken, müsse für alle verbindlich sein. Abschließend wird festgehalten, dass die entscheidende Frage nicht sei, ob im Spannungsfeld zwischen souveränem Willen und internationalen Standards eine Entscheidung getroffen werden müsse, sondern wer befugt sei, diese Entscheidung zu treffen.

b) Zur Praxis des EGMR nimmt *Inge Lorange Baker* Stellung. Durch die Analyse von vier Fällen vor dem EGMR wird dargelegt, warum die Ausweitung der Rechtsprechung eine Bedrohung des europäischen Menschenrechtssystems an sich darstelle, für die Rechtssicherheit in den Mitgliedstaaten sowie gleichermaßen für die nationale Souveränität und die Demokratie.

Die aktuelle Praxis des EGMR sei langfristig nicht aufrechtzuerhalten, weder im Hinblick auf die nationale und demokratische Souveränität noch

im Hinblick auf die Rechtssicherheit, und vor allem nicht im Hinblick auf die eigentliche Funktion des Gerichtshofes als letzte Instanz gegen Verletzungen fundamentaler Menschenrechte. Um die Situation zu verbessern, müsse der Gerichtshof sowohl seinen traditionellen Kanon der Interpretation neu überdenken als auch eine distanziertere Betrachtung auf Beschwerden wegen behaupteter Verstöße anwenden, die nicht den Kern der Konventionsrechte berühren würden.

c) Aus der Sicht der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht (»Venedig-Kommission«) wird das Spannungsfeld zwischen Menschenrechten und Volkssouveränität durch *Jan Helgesen* beleuchtet, der dieses Gremium bis Ende 2009 präsidierte. Verwiesen wird insbesondere auf das Gleichgewicht zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als unabdingbare Voraussetzung für die Entwicklung einer lebendigen Demokratie.

3. Europäische Union

a) *Catherine Schneider* befasst sich mit der Kompetenz der Europäischen Union zur Regelung menschenrechtlicher Standards. Ausgehend von der Feststellung, dass es eine Übertragung menschenrechtlicher Souveränität auf die Europäische Union formal nie gegeben habe, wird aufgezeigt, wie die wirtschaftliche und politische Integration dennoch eine Dynamik in der Weiterentwicklung der Grundrechte ausgelöst hat. Dies geschah aber unter dem Titel der »Integration« und nicht unter dem Titel der Übertragung von Souveränität durch die Mitgliedstaaten auf die Union.

Im Bereich der Menschenrechte wirft das Völkerrecht die Frage nach der Übereinstimmung oder den Unterschieden zwischen völkerrechtlichen Verträgen und den nationalen Rechtssystemen auf. Die Konstellation der Grundrechtsentwicklung in der Europäischen Union geht über diese Fragestellung hinaus und entwickelt neue Formen der Artikulation, was als »normative Integration« bezeichnet wird. Diese beruht auf der Koexistenz von einem dem Aufbau der Gemeinschaft inhärenten europäischen Menschenrechtsbestand und der Gesamtheit der nationalen Menschenrechtssysteme.

Anhand zahlreicher Beispiele wird diese Entwicklung aufgezeigt, wobei auch die Allgegenwart des Kompetenzstreits zwischen den Mitgliedstaaten und der Union thematisiert wird. Eine rein wirtschaftliche Sichtweise der

Menschenrechte zu Beginn der Europäischen Gemeinschaft ging in eine autonomere Sicht der Menschenrechte über. Durch den Amsterdamer Vertrag wurde die Achtung der Grundrechte zu einem der »Strukturprinzipien des Gemeinschaftssystems« erhoben. Hinsichtlich der Grundrechte-Charta nach ihrer Aufnahme ins positive Recht durch das Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags wird betont, dass sie die Rechte in einer zeitgemäßen Form verbrieft, die für eine weiterführende Entwicklung offen sei. Von Interesse sei auch die Fähigkeit der Charta, die Weiterentwicklung der Menschenrechte durch nationale Verfassungspraxis und Gesetzgebung zu beschleunigen.

b) In seinem Kommentar zum Beitrag von Catherine Schneider erklärt *Christoph Möllers* insbesondere, warum die Grundrechte in den Anfängen der Europäischen Gemeinschaft nicht von Bedeutung sein konnten, und dass sie ihre Entwicklung anfänglich einer Legitimationsstrategie eines expansiven Gerichtes verdanken. Die Grundrechte-Charta hält er vor allem im Zusammenhang mit Grundrechtseingriffen durch europäische Hoheitsakte für bedeutsam. Schließlich weist er auf die institutionalisierte Grundrechtspolitik der Union hin. Dabei stelle sich nicht nur die Frage nach den Kompetenzen, sondern vor allem und mit besonderer Dringlichkeit auch die Frage nach der Legitimation europäischen Handelns überhaupt, wolle man sich nicht dem Vorwurf des Paternalismus aussetzen.

c) Schließlich beschreiben *Armin von Bogdandy* und *Jochen von Bernstorff* die Europäische Agentur für Grundrechte in der europäischen Menschenrechtsarchitektur und ihre Fortentwicklung durch den Vertrag von Lissabon. Die Autoren zeichnen zunächst die einschlägige Entwicklung in der Union nach. Dann werden die Tätigkeit und Aufgaben der Grundrechteagentur als spezialisierte supranationale Grundrechtsverwaltung dargestellt. Der letzte Teil analysiert die zu erwartende Rolle der Grundrechteagentur im verfassungsrechtlichen Gefüge des unionalen Grundrechtsschutzes. Der Beitrag schließt mit einem Ausblick.

4. Die nationale Ebene (Beispiele)

a) *Kaarlo Tuori* beschreibt das finnische Modell als eine Kombination aus theoretischer *ex ante*- und konkreter *ex post*-Prüfung, welche sich in die nordeuropäische Manifestation eines Neuen Konstitutionalismus einreihe. Finnland kannte vor der Verfassungsrevision des Jahres 2000 ausschließ-

lich die *ex ante*-Überprüfung von Gesetzesentwürfen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch den Parlamentsausschuss für Verfassungsrecht, ein quasi-rechtliches Organ, dessen Entscheidung durch das Parlament nur in einem besonderen Verfahren durch eine Ausnahmeregelung überstimmt werden kann. Wie in anderen Staaten mit einer starken Tradition der parlamentarischen Gesetzgebungshoheit habe auch in Finnland die Befugnis des EuGH zur Überprüfung von Gesetzen im Lichte des EU-Rechtes dazu beigetragen, eine zusätzliche *ex post*-Überprüfung einzuführen, dies jedoch nur im konkreten Fall.

Dem Ausschuss für Verfassungsrecht komme nach wie vor die zentrale Rolle in der verfassungsrechtlichen Überprüfung von Gesetzen zu. Die Judikative habe nicht die dominante Rolle angenommen, die am US-amerikanischen und am deutschen Modell kritisiert würden, sondern ihr komme eine rein ergänzende Funktion zu. Nur beim Nachweis eines Konfliktes mit der Verfassung werde die gerichtliche *ex post*-Überprüfung möglich. Seit der entsprechenden Verfassungsänderung sei in den von der Regierung dem Parlament vorgelegten Gesetzesentwürfen eine Zunahme der Verweise auf verfassungsrechtlich verankerte Grundrechtsbestimmungen zu erkennen. Dies zeige ein erhöhtes Bewusstsein für die Grundrechte in der Rechts- und politischen Kultur.

Schließlich wird darauf hingewiesen, dass die finnische und die schwedische Verfassung mit der Einführung des Kriteriums eines nachweislichen Konfliktes die Forderung nach gerichtlicher Zurückhaltung positiviert habe: Zur Vermeidung von Widersprüchen mit der Verfassung hätten klar die interpretatorischen Mittel Vorrang. Dies verbinde das finnische Modell mit den Beispielen des *New Commonwealth Model of Constitutionalism*, wie z. B. den neuseeländischen Grundrechtskatalog und den britischen *Human Rights Act* von 1998, die ebenfalls auf dem Vorrang der interpretativen Instrumente gründen würden.

b) *Richard Clayton* geht in seinem Kommentar von der Situation in Großbritannien aus und verteidigt die Weiterentwicklung von Grundrechten durch die Gerichte mit zwei Argumenten. Zum einen könnten gemäß dem *Human Rights Act* von 1998 die Gerichte im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zwar die Intention des Gesetzgebers entweder durch eine überstrapazierte Auslegung des Gesetzes oder durch eine Inkompatibilitätserklärung aussetzen, das letzte Wort behalte aber immer das Parlament. Zum andern seien politisch Entrechtete durch gerichtliche Entscheidungen über ihre Menschenrechte besser geschützt als

durch demokratische Entscheidungen zu diesen Rechten, da sie am politischen Prozess ohnehin keinen Anteil hätten.

c) *Peter Paczolay* rechtfertigt die gerichtliche Zuständigkeit zur Definition und Weiterentwicklung von Menschenrechten – wie sie dem ungarischen Verfassungsgericht zusteht – mit Hinweisen auf die US-amerikanische Tradition. Die Legitimität der gerichtlichen Prüfung ergebe sich schon daraus, dass verglichen mit den politischen Meinungsbildungsprozessen und ihren Mehrheitsentscheidungen das Gericht eine anti-mehrheitliche Institution darstelle. Deshalb könne ein Gericht in höherem Grade zum Schutz der Menschenrechte beitragen als dieser politische Prozess. Die Menschenrechte müssten »den Wechselfällen der politischen Kontroverse entzogen« werden.

Die historische Entwicklung wird in dem Sinne nachgezeichnet, dass die Gewichte kontinuierlich zugunsten der Gerichte verschoben worden seien. Schon bei ihrer Geburt sei die gerichtliche Prüfung in den Vereinigten Staaten als Spannung zwischen höherem Recht und Volkssouveränität verstanden worden: Die Volkssouveränität verkörpere einen Willen, die Grundrechte umgekehrt die Grenzen, die diesem Willen gesetzt würden. Kelsen als Begründer der europäischen Tradition habe die gerichtliche Überprüfung von Gesetzen im Hinblick auf ihre Kompatibilität mit der Verfassung anerkannt, aber nur im Sinne des »negativen Gesetzgebers«. Diese Einschränkung der Rolle von Verfassungsgerichten sei nun jedoch auch in Europa überwunden worden.

Der entscheidende Durchbruch zu dieser Entwicklung gehe auf eine Veröffentlichung von Robert A. Dahl im Jahre 1957 zurück, die eine dramatische neue Herangehensweise an die politische Rolle von Richtern eröffnet habe. Es komme zu einer »Quasi-Vormundschaft« des Richters über den demokratischen Prozess, wobei die gerichtliche Prüfung den Volkswillen nicht beschneide, sondern ihn als Vorläufer zukünftiger politischer Entscheidungen ersetze. Die Richter würden anstelle der Politiker entscheiden. Als positive Beispiele werden für die Vereinigten Staaten die Entscheide über die Rassentrennung und den Schwangerschaftsabbruch erwähnt, für Ungarn jene zur Todesstrafe, zum Datenschutz und zu den gleichgeschlechtlichen Partnerschaften.

d) In ihrem Kommentar zum Beitrag von Peter Paczolay geht *Regina Kreide* auf die Funktion der gerichtlichen Überprüfung aus normativer Sicht ein. Sie stellt die Frage, ob die Ersetzung des Souveräns durch den Richter nicht einem Misstrauen gegenüber der Demokratie gleichkomme. Wenn

der Richter als Gesetzgeber agiere, könne das zur Korrektur einer in gewissem Maße »defekten« demokratischen Kultur führen. Demgegenüber sei eine Zurückweisung an die Parlamente zu bevorzugen. Wenn der Politik ein menschenrechtlicher »Lernprozess von oben« verordnet werde, könne Demokratie zu einem »bedeutungslosen Hickhack ohne reale Entscheidungskompetenzen« verkommen. Mit Verweis auf Ingeborg Maus und Kant wird schließlich auf den intrinsischen Wert der Volkssouveränität verwiesen.

II. Kontroversen

Im Folgenden werden themenspezifisch verschiedene Grundpositionen einander gegenübergestellt. Die verschiedenen Diskussionslinien gruppieren Vertreterinnen und Vertreter solche Positionen nicht unbedingt in identischer Weise. Wenn von der »einen« und der »anderen« Position die Rede ist, kann es sich somit in den verschiedenen Themenkreisen auch um wechselnde Zuordnungen handeln.

1. Positivierung und Anwendung

a) Zunächst muss unterschieden werden zwischen der Positivierung der Menschenrechte einerseits, durch welche sie von einem vorrechtlichen Zustand in anwendbares Recht transferiert werden, und andererseits der Anwendung dieses Rechts auf den konkreten Individualfall. Praktisch ist zu differenzieren zwischen zwei Fragen. »Wer legt fest, was die Rechte beinhalten?« ist nicht identisch mit »Wer entscheidet, wann und inwiefern die Rechte verletzt worden sind?« Menschenrechte werden zunächst in Deklarationen oder völkerrechtlichen Verträgen ausformuliert, Grundrechte meistens in Verfassungen. Die nationale Verfassungs- und die Gesetzgebung legen fest, wie weit die Rechte gehen und wo ihre Grenzen liegen.

Die Positivierung von Grundrechten obliegt in Demokratien jenen parlamentarischen Körperschaften, die durch das souveräne Volk gewählt worden sind. Vereinzelt sind auch Referenden institutionalisiert worden, in denen die Entscheide der parlamentarischen Körperschaften genehmigt

werden müssen. Auch Gerichte können befugt sein, in den Positivierungsprozess einzugreifen entweder über die generell-abstrakte oder über die individuell-konkrete Normenkontrolle. Zum einen können Verfassungsgerichte über die Kompetenz zur Aufhebung von Gesetzen verfügen, wenn diese gegen Grund- oder Menschenrechte verstoßen. Noch weitergehend können sie befugt sein, Verfassungsbestimmungen auf ihre Kompatibilität mit besonders hochrangigen Verfassungsbestimmungen zu überprüfen. Zum anderen kann der Richter bei der Anwendung auf den individuellen Fall in der Interpretation der Rechte so weit gehen, dass er – durch Ausweitung oder Einschränkung – selber rechtsgestaltend tätig ist.

b) Die Anwendung der in Deklarationen, völkerrechtlichen Verträgen, Verfassungen und Gesetzen verankerten Menschen- und Grundrechte auf den individuellen Einzelfall wird hinsichtlich der institutionellen Zuständigkeit nicht kontrovers beurteilt: Niemand stellt in Frage, dass bei behaupteten Grund- und Menschenrechtsverletzungen der Weg vor eine gerichtliche Instanz offen stehen soll, welche die Rechte für den individuellen Einzelfall interpretiert. Auch völkerrechtlich sind die Staaten verpflichtet, entsprechende Instanzen einzurichten.

Kontrovers wird die Diskussion dann, wenn der Richter selber rechtsschöpfend tätig wird. Auf der übernationalen Ebene ist dies weitgehend der Normalfall, da – mit Ausnahme des Europäischen Parlamentes – demokratisch gewählte Institutionen nicht vorhanden sind oder – wie die Parlamentarische Versammlung des Europarates – über keine letztinstanzliche Kompetenz zur Positivierung von Menschenrechten verfügen. Auch auf der nationalen Ebene kann die letztinstanzliche Positivierungskompetenz durch die Ausgestaltung der Gewaltenteilung einer gerichtlichen Instanz zugewiesen worden sein. Gewaltenteilung wird durch die verschiedenen Verfassungstraditionen auch in europäischen Staaten unterschiedlich praktiziert. Je nach historischer Erfahrung kann die Exekutive, die Legislative oder die Judikative als besonders bedrohlich empfunden werden, sodass die Zuweisung von Kompetenzen in einer Weise vorgenommen wird, die solchen Bedrohungsängsten Rechnung trägt.²

2 Möllers 2008: 20.

2. Begründung der Rechte

a) Ein erster Ausgangspunkt für kontroverse Fragestellungen ergibt sich in der Begründung der Menschenrechte. Die Frage geht dahin, ob der Akt der Positivierung darin bestehe, die bereits vorgegebenen Rechte durch eine gemeinsame Deklaration zu anerkennen, oder ob die Rechte erst durch die Positivierung konstituiert werden. Auch bestehen unterschiedliche Vorstellungen über den Status der Berechtigten. Geht man davon aus, die Rechte seien den Menschen verliehen und von diesen passiv empfangen worden, haben sie lediglich den Status von Adressaten der Rechte. Lokalisiert man die Herkunft der Rechte hingegen in der Selbstbestimmung der Berechtigten, entstehen die Rechte im demokratischen Ausrufen. Hier sind die Rechtsträger nicht nur Adressaten, sondern auch Autoren dieser Rechte.

Aus der zweitgenannten Sicht leitet sich jene Konzeption der Menschenrechte ab, welche auf der Selbstbestimmung der Berechtigten basiert. Die Rechte sind in dem Sinne strikt horizontal konzipiert, als sie keiner höheren Autorität mehr bedürfen. Die Konzeption wird noch von einer anderen Vorstellung abgegrenzt, welche historisch eine gewisse Bedeutung erlangt hat. Diese geht auch davon aus, dass sich die Menschen ihre Rechte wechselseitig eingeräumt hätten, dies aber nur in einem bestimmten ursprünglichen Zeitpunkt. Anschließend wird die Interpretation einer höheren Autorität überlassen. So treten die Individuen in ein vertikales Verhältnis zu jenen Instanzen, welche ihre Rechte interpretieren. Dadurch geht die strikte Horizontalität verloren.

Eine konsequente Konzeption der Menschenrechte, welche ihre Herkunft aus der Selbstbestimmung der Berechtigten ableitet, verlangt deshalb, dass diese »gemeinsam mit allen anderen ihre Freiheiten als Rechte bestimmen und setzen, und zwar dauerhaft und nicht nur einmal« (Günther: 56). Der Selbstbestimmungsprozess wird verstanden als Zusammenspiel der institutionalisierten parlamentarischen Körperschaften mit der politischen Meinungsbildung in den informellen Kreisläufen politischer Kommunikation, welche der institutionellen Entscheidung vorgelagert ist.³

b) Kontrovers wird das Verhältnis zwischen Menschenrechten und Volkssouveränität beurteilt. Zwei sich gegenseitig ausschließenden Grundpositionen steht eine dritte gegenüber, welche zwischen diesen beiden

³ Habermas 1992: 334.

vermittelt. Historisch betrachtet kam die Souveränität ursprünglich dem Herrscher zu, der sie absolut und autokratisch ausüben konnte. In den Revolutionen des ausgehenden 18. Jahrhunderts wurde die Souveränität von den Völkern einzelner Nationalstaaten beansprucht und ging auf diese über. Beide Grundpositionen gehen von der Vorstellung aus, dass die Souveränität in ihrer absoluten und autokratischen Form auf das Volk übergegangen sei.

Die weniger häufig vertretene Grundposition geht vom Primat der Demokratie über die Menschenrechte aus und nimmt damit in Kauf, dass Menschenrechte durch demokratisch gefällte Entscheidungen eingeschränkt werden. Dies kann insbesondere dazu führen, dass die Menschenrechte von Minderheiten einer populistischen Mehrheitsdemokratie geopfert werden. Dies will die häufiger vertretene Grundposition vermeiden, welche vom Primat der Menschenrechte über die Demokratie ausgeht. Sie weist den Rechten die Aufgabe zu, die Volkssouveränität zu begrenzen, weshalb demokratische Entscheidungen in letzter Konsequenz einer gerichtlichen Prüfung unterworfen werden.

Die vermittelnde Position geht weder vom Primat der Demokratie noch von jenem der Menschenrechte aus, sondern sie betrachtet 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 Genese der Menschenrechte, denn erst in diesem Prozess definieren die Berechtigten gemeinsam, worin die Rechte bestehen und wie weit sie gehen sollen. Von den beiden Grundpositionen unterscheidet sich das Konzept der Gleichursprünglichkeit dadurch, dass es auf eine Souveränität abstellt, die bei ihrem Übergang auf das Volk ihre ursprüngliche absolute Form abgelegt hat. An die Stelle des früheren Absolutheitsanspruches tritt das Erfordernis der demokratischen Deliberation, die allerdings weitgehenden formalen Bedingungen unterliegt.⁴ Der Schutz von Minderheiten wird durch ein korrektes Verfahren der Verfassungsgebung gesichert, sodass dieser Schutz als der Volkssouveränität inhärent betrachtet werden kann.

4 Habermas 1992: 349 ff.

3. Kompetenz zur Positivierung

a) Praktisch ergibt sich daraus die Kontroverse zur institutionellen Frage, ob die Positivierung der Menschenrechte letztinstanzlich durch demokratisch gewählte Körperschaften oder durch Gerichte erfolgen soll, wobei zwischen der nationalen und der übernationalen Ebene unterschieden werden muss. National wird in der praktischen Beurteilung vor allem diskutiert, welche Instanz besser in der Lage sei, die Menschenrechte auch von Minderheitsgruppen wirksam zu schützen. Während die eine Seite die demokratische Entscheidung für geeigneter hält, spricht die andere Seite dem politischen Prozess diese Eignung ab, da politisch Entrechtete daran ohnehin keinen Anteil hätten (Clayton: 292)

Die unterschiedliche Beurteilung der Zuständigkeiten kann am Beispiel der Entscheidungen über den Schwangerschaftsabbruch verdeutlicht werden. Die Entscheidung *Roe v Wade* (1973) des *US-Supreme Court* wird als positives Beispiel dafür genannt, dass als Vorläufer zukünftiger politischer Entscheidungen der Richter anstelle der Politik entschieden und damit die Verteidigung der Menschenrechte ausgeweitet habe (Paczolay: 298). Die selbe Entscheidung wird umgekehrt dem Erlass des *Medical Termination of Pregnancy Bill* durch das britische *House of Commons* gegenübergestellt. Dieses Beispiel verdeutlicht, dass die parlamentarische Debatte insbesondere die Gegner dazu veranlasst habe, die respektvolle Anhörung ihrer Meinungen zu anerkennen. Dies habe dazu beigetragen, die unterlegene Minderheit mit der Entscheidung auszusöhnen. Mit der Entscheidung des *US-Supreme Court* habe eine solche Aussöhnung hingegen nicht erreicht werden können (Bellamy: 119). Eine dritte Position rät davon ab, die Frage des Schwangerschaftsabbruches überhaupt als Beispiel in diese Kontroverse einzubringen, weil sie im Gegensatz zu den meisten Gesetzesmaterien von moralischen und ethischen Erwägungen dominiert sei (Tuori: 282).

b) Interessant ist in diesem Zusammenhang vor allem das Beispiel Finnland, weil es eine vermittelnde Position einnimmt, in der verschiedene der oben genannten Elemente kombiniert werden. In der Frage, ob ein Gesetz grund- und menschenrechtskonform sei, differenziert es in zweifacher Hinsicht, zum einen zwischen einer *ex ante*- und einer *ex post*-Überprüfung, zum anderen zwischen der generellen Überprüfung und einer solchen im individuellen Einzelfall. Was die generelle Überprüfung von Gesetzen anbelangt, wird die Gesetzgebungshoheit des Parlamentes gewahrt, indem die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit dem Parlamentsaus-

schuss für Verfassungsrecht übertragen wurde, einem quasi-rechtlichen Organ, das seine Beurteilung *ex ante* abgibt. Ein so ausgestaltetes Überprüfungsverfahren trägt zur Bereicherung des demokratischen Aushandlungsprozesses bei und belässt die Letztverantwortung bei der demokratisch gewählten Körperschaft.

Im konkreten Anwendungsfall ist es Finnlands Gerichten hingegen *ex post* erlaubt, Gesetze nicht zur Anwendung zu bringen, falls diese Anwendung im Konflikt mit der Verfassung stehen würde. Die Anwendung darf allerdings nur versagt werden, wenn es sich um einen nachweislichen Konflikt mit der Verfassung handelt. Dieses Konzept bietet einen aussichtsreichen Ansatzpunkt für viele der hier genannten Kontroversen, jedenfalls was die nationale Ebene anbelangt. Bemerkenswert ist die Lösung deshalb, weil sie die Letztverantwortung für den Erlass generell-abstrakter Normen beim Parlament belässt. Dennoch erlaubt es eine solche Regelung, Grund- oder Menschenrechtsverletzung im individuell-konkreten Fall zu vermeiden.

c) Unabhängig von der institutionellen Vielfalt, welche die nationale Ebene prägt, hat sich auf der internationalen Ebene durch die Positivierung der Menschenrechte und die Schaffung von Beschwerdemöglichkeiten eine Tradition der Rechtsfortentwicklung durch gerichtliche Instanzen ergeben, denen keine demokratisch gewählten Körperschaften gegenüberstehen, jedenfalls nicht in der national üblichen Form. Die Parlamentarische Versammlung des Europarates besteht aus Delegationen der nationalen Parlamente und verfügt damit über demokratische Legitimation. In der Ausgestaltung der Menschenrechte kann sie jedoch dem Ministerkomitee nur Vorschläge unterbreiten. Zwar haben die parlamentarischen Europaratsdelegationen die Möglichkeit, in den nationalen Parlamenten auf die Meinungsäußerung ihrer eigenen Regierung im Ministerkomitee Einfluss zu nehmen. Dennoch verbleibt die letztinstanzliche Positivierungskompetenz auf der Ebene der Regierungen. Im Rahmen des Europarates ist es die Aufgabe des EGMR, durch die Auslegung der EMRK im einzelnen Anwendungsfall zu entscheiden, wie weit der souveräne Wille des nationalen Gesetzgebers gehen kann (Petman: 183).

Hier setzt eine Kontroverse um die internationale Gerichtsbarkeit an, vor allem hinsichtlich des EGMR. Insbesondere stellt sich die Frage, ob dessen Entscheidungen in der Ausgestaltung der Menschenrechte nicht weiter gehen als jene Standards, welchen die nationalen Parlamente zustimmen würden. Wird die Frage positiv beantwortet, ergibt sich daraus die

Forderung nach einer zurückhaltenden Rechtsprechung des EGMR (Baker: 196). Internationale Gerichte und Ausschüsse müssten sich als Unterstützer der nationalen Demokratien sehen, als deren Diener, nicht als deren Herren (Helgesen: 199).

Auf der Ebene der Europäischen Union bestehen Parallelen zur institutionellen Ausgestaltung des Europarates zunächst in der Tätigkeit des Europäischen Gerichtshofes (EuGH), welcher in Anlehnung an den EGMR und künftig im Rahmen des Vertrages von Lissabon auch institutionell zur Entwicklung der Grundrechte beiträgt. Aber auch das Europäische Parlament äußert sich zur Ausgestaltung von Grundrechten, insoweit es in grundrechtsrelevanten Bereichen gesetzgebend tätig ist, und an der Erarbeitung der Grundrechte-Charta hat es maßgeblich mitgewirkt. Den Rahmen bildet allerdings ein ausgeprägtes Spannungsverhältnis zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, welche die Grundrechte als Teil ihrer Verfassungen betrachten und eine diesbezügliche Einmischung ablehnen (Schneider: 217). Indessen kann das Fehlen einer generellen Zuständigkeit der Union, auf dem Gebiet der Grundrechte tätig zu werden, nicht mit dem Ausschluss jeglicher Zuständigkeit gleichgesetzt werden (Schneider: 210). Schließlich unterscheidet sich die Union auch insofern von einer internationalen Organisation wie dem Europarat, als sie selbst öffentliche Gewalt ausübt und daher einer begleitenden Menschenrechtspolitik bedarf (v. Bogdandy/v. Bernstorff: 267).

4. Ebenenübergreifende Aspekte

a) Weitere Fragestellungen ergeben sich bei einer gemeinsamen Betrachtung der Institutionen auf nationaler und übernationaler Ebene. Die Vorstellung vom Primat der Demokratie gegenüber den Menschenrechten auf nationaler Ebene steht einer internationalen gerichtlichen Überprüfung nationaler Erlasse kritisch gegenüber. Geht man umgekehrt vom Primat der Menschenrechte gegenüber der Demokratie aus und befürwortet dementsprechend die gerichtliche Überprüfung menschenrechtsrelevanter Entscheidungen parlamentarischer Körperschaften auf der nationalen Ebene, erscheint die Einbettung in eine internationale gerichtliche Überprüfung als konsistent. Das Fehlen demokratischer Institutionen auf der internationalen Ebene wird nicht als Mangel empfunden, jedenfalls was den Bereich der Menschenrechte angeht. Die durch europäische Gerichte weit ent-

wickelte Überprüfung dieser Rechte im einzelnen Beschwerdefall, welche auch die Funktion der generellen Fortentwicklung und damit der Positivierung übernehmen kann, strahlt bei dieser Betrachtungsweise auch auf die nationale Ebene zurück, weil angesichts der Vorrangstellung der gerichtsförmigen Verfahren im internationalen Bereich auch eine nationale gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen demokratisch gewählter Körperschaften als begründet erscheint.

Die offensichtlich diametral unterschiedliche Wertung durch die beiden Grundpositionen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Menschenrechten und Volkssouveränität sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine internationale Positivierung der Menschenrechte ohne demokratischen Verfassungs- oder Gesetzgeber auch der vermittelnden Position der Gleichursprünglichkeit als problematisch erscheinen muss. Gleichursprünglichkeit von Menschenrechten und Volkssouveränität ist im Rahmen jener internationalen Organisationen offensichtlich nicht umsetzbar, deren Grundlagen rein völkerrechtlicher Natur sind. Sie sind auf die Positivierung der Rechte im Prozess diplomatischer Verhandlung angewiesen. Die Ratifikation der ausgehandelten Verträge durch den »heimischen« *demos*⁵ begründet zwar deren formale Geltung, kann aber den fehlenden demokratischen Deliberationsprozess über Inhalt und Ausgestaltung der Rechte nicht ersetzen.

Die Diskussion über die Möglichkeiten der Demokratisierung transnationaler Verrechtlichung greift diese Problematik auf und thematisiert sie über den Begriff der weltweiten Konstitutionalisierung. Im Zusammenhang mit den Menschenrechten besteht jedoch auch eine weltweite Perspektive undemokratischer Konstitutionalisierung, die als problematisch erscheint. Eine mögliche, wenn auch bescheidene Alternative wird in der langsamen Weiterentwicklung der zwar erfolgreichen, aber unvollendet gebliebenen Rechtsrevolution des 20. Jahrhunderts gesehen, dem »Kampf ums Recht *im* Recht«. Verfassungsmäßig garantierte Rechte, welche zuvor nur privilegierten Gruppen zugestanden worden sind, können in diesem Kampf durch bisher Exkludierte beansprucht werden, Sklaven, Frauen, die indigene Bevölkerung oder die Völker vormals kolonisierter Länder (Brunkhorst: 163). Bedingung für Erfolge in diesem Kampf ist allerdings, dass das Recht über normative Kraft verfügt (ebd.: 168).

5 Niesen 2009: 248 f. mit Bezug auf Habermas 1992: 235 f.

b) Indessen beschränkt sich die ebenenübergreifende Betrachtung nicht auf institutionelle Aspekte, sondern führt wiederum auf die Begründung der Rechte zurück. Kontrovers wird beurteilt, wie die Universalität dieser Rechte gewährleistet werden kann. Leitet sich die universale Geltung aus dem Umstand ab, dass die Rechte vorgegeben und somit letztlich unverhandelbar sind, ergibt sich eine Stärkung des Primates der Menschenrechte über die Demokratie mit den bereits erwähnten Konsequenzen für die institutionelle Kompetenzzuweisung auch auf nationaler Ebene.

Ein anderer Ansatz postuliert eine Stärkung des bis heute noch wenig ausgeprägten Bewusstseins des Individuums hinsichtlich der doppelten Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft auf nationaler Ebene sowie zu einer globalen Gemeinschaft aller Menschen auf Grund ihrer zentralen Bedeutung in einer stetig stärker zusammenwachsenden Welt (Dellavalle: 150). Folgt man dieser Position, so werden beim Aushandeln von Grundrechten auf der nationalen Ebene implizit – oder allenfalls sogar explizit – immer auch die Menschenrechte mitdiskutiert. Damit erhalten die deliberativen Prozesse auf nationaler Ebene eine weitere Funktion, indem sie indirekt auch zur Stärkung der demokratischen Legitimation universal gültiger Menschenrechte beitragen.

Aus der ebenenübergreifenden Betrachtung leiten somit beide begründungsbedingten Positionen Argumente ab, die für ihre Sicht der institutionellen Kompetenzzuweisung auf nationaler Ebene sprechen: Die erste Position befürwortet national ein Primat der Justiz zulasten demokratisch gewählter Körperschaften, womit sich die nationale Konstellation tendenziell an die internationalen Gegebenheiten angleicht. Die zweite Position leitet aus der ebenenübergreifenden Betrachtung die Notwendigkeit ab, den deliberativen Prozess auf nationaler Ebene zu stärken, weil er nur hier in eine Letztentscheidung demokratischer Körperschaften einmünden kann. In diesen Zusammenhang muss auch die Auseinandersetzung mit der Frage nach der rechtlichen Institutionalisierung eines Menschenrechtes auf Demokratie gestellt werden, welches zurzeit nur für die nationale Ebene als sonnvoll erscheint (Besson: 92 f).

5. Politische Öffentlichkeit und Individualisierung

a) An dieser Stelle gelangt die Frage nach der Bedeutung politischer Öffentlichkeit auf nationaler Ebene ins Blickfeld, welche nochmals in einem

anderen Kontext auf die eingangs erwähnte Kontroverse zur Begründung der Rechte zurückführt. Für jene Konzeption der Menschenrechte, welche deren Universalität letztlich dadurch abgesichert sieht, dass sie immerhin teilweise vorgegeben und insoweit unverhandelbar sind, spielt die politische Öffentlichkeit eine geringere Rolle als für die Konzeption, welche die Genese der Rechte aus der Selbstbestimmung der Berechtigten herleitet.

Die Bedeutung politischer Öffentlichkeit hat zudem eine normative Komponente. Ausgestaltung staatlicher Institutionen und Kompetenzzuweisung im Rahmen der Gewaltenteilung erfolgen nicht nur als praktische Regelungen zur Lösung konkreter gesellschaftlicher Anforderungen, sondern es kommt in ihnen auch eine normative Vorstellung zum Ausdruck. Befürworter des demokratischen Aushandlungsprozesses weisen deshalb auf den öffentlichen Lernprozess hin, der dadurch ausgelöst wird. Fehlt dieser, nimmt auch die Verantwortung der Politik und der einzelnen Bürgerinnen und Bürger für den Gehalt der Menschenrechte ab. Gerichtsent-scheide könnten aber nach dieser Auffassung den Lernprozess nicht ersetzen (Kreide: 306).

Die diesbezügliche Kontroverse ist eine grundsätzliche, und sie bildet letztlich die Basis für einige der bereits genannten Kontroversen. Diese Basis ist mehr emotionaler und weniger rechtlicher Natur. Es geht um eine unterschiedliche Wertung der Gefahren, welchen die Grund- und Menschenrechte oder noch umfassender betrachtet die Kultur der Menschenrechte ausgesetzt sind. Die eine Konzeption sieht die schwerste Gefährdung der Rechte in der möglichen Verletzung im individuellen und konkreten Fall. Die andere Konzeption befürchtet am meisten eine Schwächung der Rechte durch das Wegbrechen des gesellschaftlichen Konsenses über Sinn und Ausgestaltung von Grund- und Menschenrechten. Die erstgenannte Konzeption tendiert dazu, der Sicherung der Ausübung von Menschenrechten im individuellen und konkreten Fall – geschützt durch eine letztinstanzliche Positivierungshoheit der Gerichte – einen so großen Vorrang einzuräumen, dass der Weg als nebensächlich erscheint, auf welchem die Positivierung erfolgt. Die andere Konzeption erachtet hingegen die Sicherung der Rechtsausübung im individuellen und konkreten Fall als gefährdet, wenn nicht zuvor der Weg des demokratischen Aushandlungsprozesses abgeschritten worden ist, der in die letztinstanzliche Positivierung durch demokratische Körperschaften mündet. Die zweitgenannte Konzeption lokalisiert die grundlegende Voraussetzung dieser Sicherung im gesellschaftlichen Konsens über die Ausgestaltung der Menschenrechte.

Sie hält dafür, dass ein auch schon teilweises Wegbrechen dieses Konsenses durch Gerichtsurteile – also durch den Schutz der Rechte im individuellen und konkreten Fall – nicht kompensiert werden könne.

b) Eine weitere Fragestellung ergibt sich unter dem Stichwort der Individualisierung. Darunter wird eine Entwicklung verstanden, in welcher Grund- und Menschenrechte nur noch in dem Maße als legitim erscheinen, insoweit die Menschen damit ihre individuelle Lage verbessern können. Dies kann dazu führen, dass Grundrechtsträger ihre Menschenrechte gegeneinander so mobilisieren wie Privateigentümer ihre Eigentumsrechte (Günther: 50). Diese Situation ist typisch für mehrpolige Grundrechtskonflikte, in denen sich nicht nur der Staat und ein Individuum gegenüberstehen, sondern die Rechte mehrerer Grundrechtsträger. Wenn Grund- und Menschenrechte durch die Berechtigten in demokratischen Prozessen ausgehandelt werden, geht es zunächst um den Inhalt der Rechte. Anforderungsreicher sind anschließend deren Ausgestaltung und insbesondere die Festlegung ihrer Grenzen. Erst dadurch werden die Rechte des einen kompatibel mit den Rechten des andern oder aller anderen.⁶

In einer Konzeption vorgegebener oder immerhin teilweise vorgegebener Rechte, welche im Prozess der Aushandlung weitgehend lediglich noch anerkannt werden, kann diese Individualisierung als konsistent erscheinen. Den Befürwortern jener Konzeption der Menschenrechte, die deren Genese im Aushandlungsprozess durch die Berechtigten lokalisiert, muss die Individualisierung hingegen als problematisch erscheinen. Stehen sich nämlich in einem gerichtlichen Verfahren gegenseitig konkurrierende Ansprüche verschiedener Personen gegenüber, welche einerseits aus Grund- und Menschenrechten abgeleitet werden, sich andererseits aber wechselseitig ausschließen, wird die Aushandlung der Grenzen von Rechten dem demokratischen Prozess entzogen.⁷

c) Auch hier geht es um die öffentliche Wahrnehmung, deren Entwicklungen dazu führen kann, dass die Individualisierung zu einem sich selbst verstärkenden Programm wird, indem sich zwei komplementäre Phänomene gegenseitig fördern. Einerseits ist es eine Abwertung der Verfahren zur demokratischen Aushandlung von Grund- und Menschenrechten, verbunden mit einer gleichzeitig zunehmenden Unpopularität der dafür zuständigen politischen Institutionen. Andererseits ist es eine Aufwertung und zunehmende Popularität gerichtlicher Verfahren zur individuellen Ein-

6 Haller 2010: 129.

7 Möllers 2008: 143 ff.