

Dieter Grimm
Anne Peters
Dan Wielsch

Grundrechts- funktionen jenseits des Staates



Future Concepts of Law 1

Mohr Siebeck

Future Concepts of Law

herausgegeben von
Dan Wielsch

1



Dieter Grimm / Anne Peters /
Dan Wielsch

Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates

Mohr Siebeck

Dieter Grimm, geboren 1937; em. Professor für Öffentliches Recht an der Humboldt-Universität zu Berlin; 1987-99 Richter des Bundesverfassungsgerichts im Ersten Senat; 2001-07 Rektor des Wissenschaftskollegs zu Berlin.

Anne Peters, geboren 1964; 1994 Promotion, 2001 Habilitation Kiel; Direktorin des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg.
orcid.org/0000-0002-2779-0626

Dan Wielsch, geboren 1970; 1999 Promotion; 2007 Habilitation; Professor für Bürgerliches Recht und Rechtstheorie an der Universität zu Köln.

ISBN 978-3-16-153569-7 / eISBN 978-3-16-160738-7

DOI 10.1628/978-3-16-160738-7

ISSN 2747-3872 / eISSN 2747-3880 (Future Concepts of Law)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Minion gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Dan Wielsch

Die Zukunft des Rechts. „Future Concepts of Law“ zur Einführung	1
--	---

Dieter Grimm

Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates	21
I. Grundrechtsfunktionen im Staat	21
II. Grundrechtsfunktionen außerhalb des Staates	46

Anne Peters

Menschenrechtsfunktionen jenseits des Staates	73
I. Die Ausgangskonstellation	73
II. Grundlagen	76
III. Ausweitungen des Menschenrechtsschutzes	93
IV. <i>Backlash</i> gegen Menschenrechte	112
V. Fazit	114

Die Zukunft des Rechts

„Future Concepts of Law“
zur Einführung

Dan Wielsch

„Das Künftige im Jetzt“
Shakespeare, Macbeth I 5

„aber ohne im Namen alter
Grenzen die Zukunft zu töten?“
Derrida, Marx' Gespenster

I.

Auf nichts ist die moderne Gesellschaft so angewiesen wie auf ihre dauernde Änderung. Es gehört zum Gedanken demokratischer Selbstbestimmung, die Maßstäbe des Zusammenlebens selbst festzulegen und nicht als extern vorgegeben zu empfangen, seien es von der Tradition, der Moral oder von sonstiger Seite angemeldete Ansprüche auf angeblich notwendige Verhaltensvorgaben. Demokratische Gemeinwesen müssen sich aus vorhandenen Strukturen und Erfahrungen stets neu bilden, ohne auf den Halt archimedischer Punkte zurückgreifen

zu können, bildlich gesprochen sind sie einem Schiff vergleichbar, das repariert werden muss, während es auf hoher See ist.¹

Das Recht wird dabei zum Schlüsselmedium. Es ist jene soziale Sprache, in der die Selbständerung stattfindet, weil es die Verfahren der Maßstabsbildung verfasst und weil individuelle Rechte die Teilnahme an den vorausgehenden Prozessen der Verständigung garantieren. Insbesondere mit Hilfe individueller Rechte gestaltet eine demokratische Gesellschaft ihren Staat ebenso wie ihre übrigen sozialen Institutionen permanent selbst um.

Die Lernprozesse der modernen Gesellschaft sind rechtlich verfasst. Dieser Gedanke artikuliert sich früh bei den Theoretikern der bürgerlichen Gesellschaft. Für Kant lassen sich die „Anlagen der Menschengattung“ nur in einer „allgemein das Recht verwaltenden bürgerlichen Gesellschaft“ vollständig entwickeln. Da die Kräfte des in „ungeselliger Geselligkeit“ lebenden Menschen durch den Widerstand der anderen erweckt und über sich hinausgetrieben würden, kann sich das Potential der Vernunft am besten in einer Gesellschaft der „durchgängigen Antagonism“ mit der größten Freiheit ihrer Glieder entfalten. Das aber setzt „die genaueste Bestimmung und Sicherung der Grenzen dieser Freiheit“ durch das Recht voraus, „damit sie mit der Freiheit anderer bestehen könne“.² Nur auf

¹ Die Metapher stammt von *Otto Neurath*, Protokollsätze, in: Erkenntnis 3 (1932), 204 (206). Dazu *Hans Blumenberg*, Schiffbruch mit Zuschauer. Paradigma einer Daseinsmetapher, Frankfurt a. M. 1979, 80 ff.

² *Immanuel Kant*, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht (1784), Fünfter Satz, in: Akademie-Ausgabe, Band VIII, Berlin 1912, 22.

Grundlage einer *exact administration of justice*, wie zuvor Adam Smith ähnlich formuliert,³ ist es der Vernunft in der Gattung möglich, „von einer Stufe der Einsicht zur andern allmählig fortzuschreiten“.⁴ Der hierbei vorausgesetzte Begriff des Fortschritts kommt geschichtsphilosophisch in kleiner Münze daher, weil bei Kant die Begründung von Praxis gerade nicht aus einer großen Legitimationserzählung, sondern allein aus dem Sittengesetz abgeleitet werden kann.⁵ Die „tröstende Aussicht in die Zukunft“ rührt allein daher, dass ein Fortschritt geschichtlich *möglich* sein soll, wenn sich die Menschen in das „Gehege“ einer Rechtsverfassung begeben.⁶ Der Gesellschaft wird nicht ein bestimmtes Ziel vorgezeichnet, sondern gerade umgekehrt die Weiterentwicklung der rechtlichen Mittel zur Aufgabe gemacht – insofern formuliert Kant dann in der Tat ein Ideal, nämlich das einer „innerlich- und äußerlich vollkommenen Staatsverfassung“.⁷

Auf den ersten Blick scheint das moderne Recht geeignet, die gesellschaftlichen Lernprozesse über die Zeit hinweg zu begleiten. Eine tektonische Großverschiebung im Vergleich zu früheren Geltungsbegriffen ergibt sich aus

³ *Adam Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), Vol. II, Oxford 1979, 687 f. und 709.

⁴ *Kant*, Fn. 2, 19.

⁵ Die in der Postmoderne an Geschichtsphilosophie allgemein geäußerte Kritik trifft auf Kants Variante nicht zu, vgl. *Helga Nagl-Docekal*, *Ist Geschichtsphilosophie heute noch möglich?*, in: dies., *Der Sinn des Historischen*, Frankfurt a. M. 1996, 34 f.

⁶ *Kant*, Fn. 2, 22 und 30.

⁷ *Kant*, Fn. 2, 27. Er diagnostiziert „einen regelmäßigen Gang der Verbesserung der Staatsverfassung in unserem Welttheile“ (ebd., 29). Zum Ideal eines „weltbürgerlichen Zustands“ vgl. unten im Text bei Fn 28.

der „Vollpositivierung“ des Rechts. Insbesondere als Gesetzesrecht wird es prinzipiell variabel, lässt sich laufend adaptieren und gilt allein kraft – politisch disponibler – Entscheidung.⁸ Positivität ist gleichbedeutend mit dem „Einbau von Lernfähigkeit ins Recht trotz ihres Widerspruchs zur normativen Grundeinstellung“.⁹ Auch seiner Struktur nach zeigt es sich offen gegenüber der Zukunft: es ist abstrakt formuliert, enthält ausfüllungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe, räumt Spielräume für die Ausübung von situationsabhängigem Ermessen ein, ist neben konditionaler auch finaler Programmierung zugänglich, arbeitet zunehmend mit Revisionsvorbehalten und es greift bei Bedarf auf Prinzipien zurück, mit deren Hilfe die Regelstruktur des Rechts verflüssigt und angesichts neuer Probleme neu gefasst werden kann, ohne allzu große Einbußen an Rechtssicherheit in Kauf nehmen zu müssen. Hinzu kommt eine Vielfalt dogmatischer Institute in den einzelnen Rechtsgebieten, die eine bereichsspezifische Entwicklungsoffenheit garantiert, wobei sicherlich der privatautonome Vertrag herausragt, der einen kreativen Umgang mit Ungewissheiten und Risiken erlaubt; der für die Konstruktion neuer Kooperationsverhältnisse genau so offen ist wie für die Absicherung der daraus neu entstehenden Unsicherheiten.

Warum also sollte sich die Rechtswissenschaft Gedanken über die Zukunft machen, das Recht kann sie scheinbar gelassen erwarten!? Wenn das Bewegungsgesetz legitimen Rechts der demokratische Diskurs ist, warum

⁸ Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Opladen 1987, 201, 203, 207 ff.

⁹ Luhmann, Fn. 8, 340.

dann die Frage nach einer eigenen Zukunft des Rechts? Wird so nicht möglicherweise dem Recht als Medium Spielraum für eine unabhängige Entwicklung eingeräumt, die sich unter Rechtfertigungsaspekten nicht oder nur schwer einfangen lässt? Mit Blick auf die Bedeutung des demokratischen Gesetzes als normativem Zentrum einer Gesellschaft erscheint es allein vertretbar, Überlegungen zur Zukunft des Rechts an die Domäne der Rechtspolitik zu verweisen, die sich mit der rechtlichen Umsetzung absehbarer politischer Initiativen der laufenden oder der nächstfolgenden Legislaturperiode beschäftigt.

Nun besteht keineswegs nur eine Abhängigkeit des Rechts von der Demokratie, sondern auch der Demokratie von der Rechtsform. Wie angedeutet, gibt es einen „Willen des Volkes“ überhaupt nur im rechtlich verfassten Verfahren. Und auch privatautonomes Handeln, in dessen Vielfalt sich die Bandbreite gesellschaftlicher Produktivkräfte äußert, ist auf einen Bestand von „angemessenen“ juristischen Kategorien angewiesen. Deswegen stößt jede Formulierung des Neuen auf Rechtsformen, in denen politische Funktionen früherer Zeiten sedimentiert sind.¹⁰ Wird die politische Funktion der Rechtsform nicht expliziert, weil sich das Recht – wie in der historischen Rechtsschule oder dem staatsrechtlichen Positivismus – seinem Selbstverständnis nach entpolitisiert, läuft es für die politische Selbstbestimmung wie für die gesellschaftlich verträgliche Durchführung produktiver Projekte in den

¹⁰ *Rudolf Wiethölter*, Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht und der Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, Köln 1970, 11 (20): „Versteinerung von politischen Inhalten historisch spezifischer staatlicher Herrschaft und bürgerlicher Gesellschaft in den Rechtsformen, die sie sich einst schufen“.

differenzierten sozialen Welten der Moderne bestenfalls funktional leer, häufiger steht es ihr entgegen.

Die Abkehr von einer bürgerlichen Gesellschaft, wie sie Kant und Smith vor Augen stand, lässt sowohl die Gesellschaft wie den Staat als lose Enden zurück. Beide sind unter demokratischen Bedingungen rechtlich neu zu formatieren. Doch obwohl es den liberalen und bürgerlichen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts nicht mehr gibt, denken Juristen in seinen Formen auch unter den Verfassungen von 1919 und 1949 zunächst weiter. Zwar ändern sich schon in der Weimarer Zeit die Selbstbeschreibungen eines nicht in Staats- und Gesellschaftssphäre scharf untergliederbaren demokratischen Gemeinwesens und ist von einem Gruppen- und Parteienstaat als komplexer „Wirkungs- und Entscheidungseinheit“ (Heller) die Rede. Der Dualismus von politischer Staatlichkeit und unpolitischer Gesellschaft ist längst abgelöst durch eine „Vergesellschaftung des Staates“ und eine „Verstaatlichung der Gesellschaft“.¹¹ Doch für die vom Grundgesetz geforderte Integration von Rechts-, Sozial- und demokratischem Staat fehlen lange Zeit angemessene Rechtsbegriffe. In Wirklichkeit – so lautet die Diagnose noch in den 1970er Jahren – basierten die zeitgenössischen Modelle von Staatlichkeit auf „Institutionenstaat und Formenrecht“ und entsprächen damit „verklungenen Epochen“, während der demokratische Sozialstaat auf eine „politische Gesellschaft mit Funktionenrecht“ ziele.¹²

¹¹ *Jürgen Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuaufl., Frankfurt a. M. 1990, 226.

¹² *Wiethölter*, Fn. 10, 41.