

Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt

*Von Matthias Mahlmann, Zürich**

1. Universalismus und Relativismus der Grundrechtsordnungen

Die Frage nach ihrer Universalität oder kulturellen Relativität wirft ein klassisches Problem des Nachdenkens über Menschenrechte auf. Wie immer man Grundrechte begründet – etwa naturrechtlich,¹ vernunftrechtlich,² durch politischen, kantianischen Konstruktivismus,³ diskurstheoretisch,⁴ funktional als notwendiges Reproduktionselement eines autopoietischen Systems⁵ oder als kulturelle Manipulation des Empfindens der Menschen⁶ – die Frage nach den universalistischen oder relativistischen Konsequenzen dieser Rechtfertigungsansätze ist immer und seit langem ein wichtiger Aspekt der theoretischen Auseinandersetzung. Sie mag aber als eine jener Fragen erscheinen, die in den luftigen Sphären der Rechtstheorie ihre Bedeutung haben, die aber in der Welt der gegenwärtigen Grundrechte aufgrund ihrer in verschiedenen nationalen, supranationalen und internationalen Rechtskreisen differenzierten, harten Positivität kein drängendes Tagesgeschäft der Rechtswissenschaft bilden.

In einem gewissen Sinn scheint aufgrund dieser Positivierung auch die Frage nach der Relativität der Grundrechte beantwortet zu sein. Das positive Recht entscheidet über den Gehalt der Grundrechtsgewährleistungen und dieses positive Recht ist in den jeweiligen Rechtsordnungen vielfältig unterschieden: Rechte eines verwandten Schutzbereichs werden unterschiedlich formuliert. Die Rechkataloge sind zudem insgesamt inkongruent. Was die einen hervorheben – z. B. die Menschenwürde durch Art. 1 GG, Art. 7 Schweizerische Bundesverfassung oder Art. 1 Europäische Grundrechtecharta – wurde anderswo nicht in die Rechkataloge aufgenommen – etwa die Menschenwürde in die EMRK oder – um die Mutterverfassung des modernen Konstitutionalismus heranzuziehen – in die Verfassung der USA. Auch strukturell unterscheiden sich die positiven Grundrechtsverbürgungen. Schranken können beispielsweise speziell für die einzelnen Grundrechte geregelt werden wie

* Prof. Dr. Matthias Mahlmann ist Inhaber des Lehrstuhls für Rechtstheorie, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht, Universität Zürich.
 1 Z. B. J. Locke, *Second Treatise of Government*, in: ders., *Two Treatises of Government*, ed. Laslett, 1991, §§ 4 – 6.
 2 J. Kant, *Grundlegend zur Metaphysik der Sitten*, Akademie Ausgabe Bd. VI, 1785, S. 237 f.
 3 J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, S. 195 ff.
 4 J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 109 ff.
 5 N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1998, S. 1075 f.
 6 R. Rorty, *Human Rights, Rationality and Sentimentality*, in: Shue/Hurley (Hrsg.), *On Human Rights*, 1993, S. 111 ff.

Begrenzte Möglichkeit der Gründung eines Europäischen Patentgerichts – Anmerkung zum Gutachten 1/09 des EuGH vom 8.3.2011 – Matthias Müller, Freiburg i. Br. 575

Kleinere Beiträge, Berichte und Dokumente

Stephan Pötters/Johannes Traut, Bonn
 Die ultra-vires-Kontrolle des BVerfG nach „Honeywell“ – Neues zum Kooperationsverhältnis von BVerfG und EuGH? 580

Natalia Charalampidou, Heidelberg
 Der Bodenschutz in der Europäischen Union – der Kampf um eine einheitliche Regelung . . 593

Rezension

Julia Illopoulos-Strangas, Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des europäischen Rechts (Prof. Dr. Dieter H. Scheuing, Würzburg) 612

Walter Frenz, Europarecht Bd. 6: Institutionen und Politiken (Prof. Dr. Siebert Alber, Stuttgart) 615

Schriftleitung:

Prof. Dr. Armin Hatje (V.i.S.d.P.), Universität Hamburg, Seminar für Öffentliches Recht und Staatslehre | Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg, Telefon 040/428 38 40 81 | Telefax 040/428 38 43 67 | RA Dr. Ingo Brinkner LL.M., c/o Gleiss Lutz | Prinzregentenstraße 50 | 80538 München.

Mitarbeiter der Schriftleitung:

Dr. Jörg Philip Teichheide, Universität Hamburg, Seminar für Öffentliches Recht und Staatslehre | Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg, Telefon 040/428 38 40 78 | Telefax 040/428 38 43 67

Druck und Verlag:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG | Waldseestraße 3-5 | D-76530 Baden-Baden, Telefon 07221/2104-0 | Fax 07221/2104-27

Anzeigen:

sales friendly Verlagsdienstleistungen | Siegburger Str. 123 | 53229 Bonn
 Telefon 0228/978980 | Fax 0228/9789820 | E-Mail: roos@sales-friendly.de
 Die Zeitschrift, sowie alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags.

Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Herausgeber/Redaktion wiedergeben. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnenentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

Erscheinungsweise: sechs mal jährlich

Bezugspreis 2011: Abonnement jährlich 159,- €, für Studenten (jährliche Vorlage einer Studienbescheinigung erforderlich) jährlich 98,- €, Einzelheft 31,- €. Die Preise verstehen sich inkl. MwSt. zzgl. Versandkosten. Bestellungen nehmen entgegen: Der Buchhandel und der Verlag. Kündigung: Drei Monate vor Kalenderjahresende, Zahlungen jeweils im Voraus an: Nomos Verlagsgesellschaft, Postbank Karlsruhe, Konto 73636-751 (BLZ 66010075) und Stadtpostkasse Baden-Baden, Konto 5-002266 (BLZ 66350030).

ISSN 0931-2485



Nomos

www.eur.nomos.de

im GG oder der EMRK oder durch horizontale Klauseln eröffnet werden, wie in der Europäischen Grundrechtecharta⁷ oder der Schweizerischen Bundesverfassung.⁸ Auch die rechtskulturelle Einbettung des positiven Rechts scheint Relativismus nahezu legen, denn menschliche Gemeinschaften können sich ohne Zweifel in Bezug auf faktisch dominante Wertvorstellungen, die für grundrechtliche Fragen wichtig sind, unterscheiden.

Diese faktische Pluralität und damit Relativität wird auch für die Rechtspraxis, nicht zuletzt die Rechtsprechung, nachzuweisen versucht, selbst in Bezug auf einen solchen Grundbegriff der modernen Menschenrechtskultur wie den der Menschenwürde. Die Relativität menschenrechtlicher Begriffe setzt sich aus dieser Perspektive auch dann durch, wenn gemeinsame Rechtsbegriffe in einem spezifischen rechtskulturellen Umfeld ausgelegt, konkretisiert und angewandt werden. Der Kontext, die besonderen, partikularen Umstände seien entscheidend, die zu verschiedenen Konzeptionen gleicher Grundrechtsbegriffe führen könnten – etwa absoluten oder relativen, uneinschränkbar oder einschränkbar, individualistischen oder kommunitaristischen, liberalen oder paternalistischen Inhaltsbestimmungen der Menschenwürde. Die Funktion eines Begriffs wie der Menschenwürde bestehe sogar gerade darin, ein scheinbar universalistisches Gefäß bereit zu stellen, das durch die ideologischen, religiösen und kulturellen Unterschiede aufgefüllt werden könne, die eine universale Grundrechtstheorie gerade transzendieren müsste.⁹ Aus dieser Sicht gilt, dass kein menschenrechtliches *ius commune*¹⁰ in der internationalen Rechtskultur gewoben wird, im Gegenteil: Der universalistische Schein dient partikularistischen Grundrechtszwecken. Grundrechtstheoretisch wird deswegen gerade aus komparativer Perspektive neben anderen, z.B. stärker universalistischen¹¹ oder dialogischen¹² Ansätzen¹³ für einen relativistischen Pluralismus in der Grundrechtswissenschaft, ihrer Theorie und in der Rechtspraxis gefochten.¹⁴

Beispiele für eine Umsetzung dieser Offenheit für plurale Perspektiven werden auch in der Rechtsprechung ausgemacht, etwa in der Omega-Entscheidung des EuGH,

7 Art. 52, 53 GRCh.

8 Art. 36 BV.

9 C. McCrudden, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, 19 Eur. J. Int'l L. 2008, S. 655, 710. Vgl. zu einer solchen Position z.B. P. Carreras-Saiz, 'My Friend is a Stranger: The Death Penalty and the Global Challenge of Human Rights', 81 Texas Law Review 2003, S. 1031 ff.

10 Vgl. z.B. N. Dornowski/Rosenfeld/A. Sajó/S. Baer, Comparative Constitutionalism, 2nd ed., 2010, S. 3: „In the case of basic human rights, which are widely incorporated in national constitutions as well as in international and regional conventions, there are strong indications of widespread overlap – if not underlying universalism – at the core, yet quick assumptions may overshadow important divergences underneath, and many universal claims are under severe threat from particularistic relativist perspectives“.

12 R. Teitel, Book Review: Comparative Constitutional Law in a Global Age, 117 Harvard Law Review 2004, S. 2570 ff., 2586.

13 Vgl. zu gängigen Unterscheidungen M. Tushnet, Weak Courts, Strong Rights, 2009, S. 5 ff., von „functionalism“, „normative universalism“, „contextualism“ und „expressivism“ im vergleichenden Verfassungsrecht.

14 McCrudden (Fn. 9), S. 655, 698.

in der die Möglichkeit von unterschiedlichen nationalen Menschenwürdekonzeptionen innerhalb der einzelnen Mitgliedsstaaten eingeräumt werde.¹⁵ Diese Argumente fallen auf seit langem theoretisch urbar gemachten Boden. Die Metaphysikkritik des analytischen Nonkognitivismus,¹⁶ die relativistische Wertphilosophie, das Bekennnishaft von Wertaussagen,¹⁷ die Kulturgenealogien der kritischen Theorie¹⁸ oder des Strukturalismus,¹⁹ der Dekonstruktivismus der Postmoderne²⁰ oder die funktionalistischen Analysen der autopoietischen Systemtheorie²¹ haben eine universalistische Position für die praktische Epistemologie, die über die erkenntnistheoretischen Grundlagen auch von Urteilen zu rechtlichen Problemen Auskunft gibt, anrühlich gemacht. Denn welches Kriterium kann einen rationalen Geltungsanspruch in universalistischer Perspektive erheben? Welcher Begründungsversuch verfährt sich nicht im domingigen Gestrüpp von infinitem Regress, Dogmatismus, willkürlichem Begründungsabbruch oder Tautologien?²² Ist es nicht gerade ein Stück wichtige Aufklärung, dasjenige, was sich als universalistische Position versteht, als weitere bloße Partikularität zu entlarven, die sich womöglich sogar selbst ihren eigenen kulturrelativen Ursprung und Geltungsgrad durch das pompöse Gewand der Universalität und ihrer Rhetorik verbirgt? Die Notwendigkeit der kulturellen Rückbindung der Grundrechte wird deswegen nicht zuletzt in postmoderner Fassung für unausweichlich gehalten. Aus der Sicht mancher Theorieströmungen der Gegenwart biegt sich der Spaten der Reflexion²³ auf dem harten Boden der Faktizität traditioneller kultureller Überlieferungen, der großen Erzählungen der Vergangenheit und Gegenwart,²⁴ ihren kontingenten sozialen Semantiken²⁵ und Diskursformationen²⁶ oder *final languages*.²⁷ Diese kulturrelative Perspektive kann dabei auch unmittelbar praktische Konsequenzen haben, etwa in Bezug auf eine behauptete Unvereinbarkeit einer modernen Menschenrechtstheorie-

15 EuGH, Rs. C-36/02 (Omega), Slg. 2004, I-9609, Rn. 37 – 39. Zum Hintergrund etwa C. Callies, Die Menschenwürde im Recht der Europäischen Union, in: R. Gröschner/O. W. Lembcke (Hrsg.), Das Dogma der Unantastbarkeit, 2009, S. 133, 149 ff.

16 Z.B. R. Carnap, Überwindung der Metaphysik durch logische Analyse der Sprache, Erkenntnis 2, 1931/32, S. 219 ff.; zu moralischen Begriffen als Scheinbegriffen: A. J. Ayer, Langue, Truth and Logic, 1936.

17 Z.B. M. Weber, Politik als Beruf, in: Max Weber Gesamtausgabe, Bd. 17, 1992, S. 99 ff.

18 T. W. Adorno/M. Horkheimer, Die Dialektik der Aufklärung, 1969.

19 Z.B. M. Foucault, Les Mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines, 1966, S. 11 ff.; *ders.*, L'Archéologie du savoir, 1969, S. 44 ff.

20 Für das Recht z.B. J. Derrida, The Force of Law: The 'Mystical' Foundation of Authority, in: D. Cornell/M. Rosenfeld/D. G. Carlson (Hrsg.), Deconstruction and the Possibility of Justice, 1992, S. 3 ff.

21 Luhmann (Fn. 5), S. 1073 ff.

22 Vgl. z.B. die kritisch-rationalistische Variante dieser Gedanken in H. Albrecht, Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl., 1991, S. 15 oder die diskursethische in J. Habermas (Fn. 4), S. 17.

23 Zu dieser Metapher zum Endpunkt von Begründungen vgl. L. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, in: ders., Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher 1914 – 1916, Philosophische Untersuchungen, 1964, PtU 217.

24 J.-F. Lyotard, La condition postmoderne, 1979, S. 35 ff.

25 Luhmann (Fn. 5), S. 866 ff.

26 Foucault (Fn. 19), L'Archéologie du savoir, S. 53.

27 R. Barry, Contingency, Irony and Solidarity, 1989, S. 73 ff.

tion mit einer bestimmten Kultur, z.B. der muslimischen.²⁸ wenn solche Argumente durch die historischen Ereignisse des „Arabischen Frühlings“ auch an Geläufigkeit verloren haben.

Zudem existiert ein weiterer Problembereich. Grundrechtsfragen sind politische Fragen: Sie betreffen die Verteilung von fundamentalen Rechten innerhalb einer Gesellschaft. Die Kompetenz zur autoritativen Festlegung des Gehalts dieser Rechte ist ein tragender Baustein der politischen Herrschaftsordnung einer Assoziation von Menschen. Die Idee der Universalität von Grundrechten weckt mindestens den Verdacht, dass irgendeine Instanz für sich beanspruchen könnte, den Charakter der politischen Selbstbestimmung, der sich nicht zuletzt in Grundrechten verkörpert, womöglich gegen den Willen einer konkreten politischen Gemeinschaft formen zu wollen. Die Debatten um die Rechtsprechung des BVerfG zur Verfassungsentität als Integrationsstrategie²⁹ oder um ultra-vires Akte des EuGH,³⁰ konkret in Bezug auf die *Mangold*-Entscheidung,³¹ zeigen exemplarisch das Gewicht dieser auch in anderen Ländern als Deutschland³² und supranationalen und internationalen Ordnungen³³ virulenten politischen Dimension. Sie führt zu Kernproblemen der politischen und rechtlichen Konzeption moderner nationaler, supra- und internationaler Rechtsordnungen, die gegenwärtig insbesondere als Fragen der Konstitutionalisierung³⁴ und ihrer womöglich unausweichlichen Pluralität reflektiert werden.³⁵ Die Karten für grundrechtstheoretischen Universalismus stehen mithin auf den ersten Blick schlecht. Positiv-rechtlich, rechtssystemologisch, geltungstheoretisch und politisch hat der pluralistische Relativismus manche – und für viele spielentscheidende – Trümpfe in der Hand.

Einige Aspekte der modernen Grundrechtsordnungen trüben aber dieses klare Bild, was im Folgenden unmisshaft nachgezeichnet werden soll. Dazu wird zunächst der

28 Vgl. z.B. die skeptischen Bemerkungen von A. Fähr, v. *Carmichael*, Grundrechte als europäische Leitvorstellung, in: Meron/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. VI.1, 2010, § 136, Rn. 104 – 112.

29 Für die Schweiz vgl. etwa die Frage der Auslegung von Art. 5 Abs. 4 BV, dazu z.B. *Giugni*, Bundesverfassung der Schweizischen Eidgenossenschaft, 2007, Art. 5, Rn. 26 ff. und die nicht resillos eindeutige Rechtsprechung des Bundesgerichts, vgl. etwa BGE 99 Ib 39 (Schubert) oder BGE 125 II 417.

30 Vgl. etwa die Bestimmung des Verhältnisses von Unionsrecht und Völkerrecht, EuGH, verb. Rs. C-42/00 P und C-41/00 P (Kadi und Al Barakati), Rn. 278 ff. oder EGMVR, Urteil v. 30.6.2005 – 45036/98 (Boosphoms/Irtang), Ziff. 155.

31 Zu einer Diskussionsgliederung vgl. O. Diggelmann/T. Altwicker, Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism, ZaöRV 2008, S. 623 ff.

32 Vgl. dazu z.B. A. Peters, Rechtsordnung und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse, ZöR 2010, S. 3 ff.

Blick auf das interessante Phänomen eines praktischen Universalismus in der Menschenrechtstheorie. Die Rechtsprechung der Grundrechtstheorie werden. Dieses Phänomen wird zum Begriff der Grundrechtstheorie führen, der ebenso wie seine Funktion für die Grundrechtstheorie und -wissenschaft näher erläutert werden soll. Dann wird versucht, diesen Begriff und seine Funktion anhand einer konkreten Grundrechtstheorie zu erproben und deren praktische Bedeutung anhand von einigen Beispielen zu illustrieren. Die universalistischen Potentiale einer plausiblen Grundrechtstheorie werden dabei ausgelotet werden. Schließlich soll es darum gehen, den Raum für grundrechtliche Vielfalt zu bestimmen, den eine überzeugende Grundrechtstheorie lassen muss.

II. Praktischer Universalismus in der Grundrechtstheorie

Ein interessantes Phänomen der Grundrechtstheorie ist die in den letzten Jahren gewachsene Aufmerksamkeit, die grundrechtstheoretisierende Gerichte den Entscheidungen aus anderen Rechtskreisen widmen,³⁶ sogar der US-Supreme Court,³⁷ was die dissentierenden Richter Scalia und Thomas bekanntlich als Einwanderung von „foreign moods, fads, or fashions“³⁸ in das amerikanische Verfassungsrecht betreibt kritisierten.³⁹

Für dieses Interesse an den Lösungen anderer Rechtsordnungen gibt es verschiedene Gründe. Der einfachste und offensichtlichste besteht in ähnlichen Problemlagen.⁴⁰ Folter, Schwangerschaftsabbruch, *Hotte Speech*, religiöse Symbole im öffentlichen Raum, die Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung etc. befassen in der Gegenwart jede entwickelte Grundrechtsordnung der Welt. Aber nicht nur die Probleme, die aufgrund von Grundrechtsnormen gelöst werden müssen, auch die Natur dieser Normen selbst speist dieses Interesse. Deren Texte sind unter-

36 Ein neueres Beispiel: EGMVR (Große Kammer), Urteil v. 1.6.2010 – 22978/05 (Gäligen/Germany), Ziff. 65 ff. zum Umgang mit Beweisverwertungsverboten nach Verletzung von Beschuldigtenrechten im internationalen Vergleich. Eine vielbeachtete grundsätzliche Stellungnahme zur Rolle der Rezeption von internationaler Rechtsprechung im nationalen Verfassungsrecht findet sich z.B. in South-African Constitutional Court, S. v. Makwanyane and Another, para 34 (Chaskalson), (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995).

37 Vgl. z.B. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 573 (2003). Vgl. zur Rezeption von internationalem Recht auch Roper v. Simmons, 543 U.S. 551, 575 ff. (2005).

38 Der US Supreme Court „should not impose foreign moods fads or fashions on Americans“, Foster v. Florida, 537 U.S. 990, n. (2002) (Thomas, concurring in denial of certiorari), zustimmend zitiert in Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 598 (2003) (Scalia, dissenting).

39 Zur Debatte, z.B. The Role of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases, A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice S. Breyer, 3 Int'l J. Const. L. 2005, S. 519; P. Waldron, Foreign Law and the Modern Jus Gentium, 119 Harv. L. Rev. 2004, S. 129.

40 Dies ist eine klassische Motivation der Komparatistik, vgl. R. v. Jhering, Geist des Römischen Rechts, Erster Teil, 9. Aufl., 1955, S. 8 f. „Wer uns abhalten will, fremde Gesetze und Einrichtungen zu adoptieren, möge uns auch verbieten, irgend ein anderes Stück fremder Kultur aufzunehmen, möge befehlen, daß der Einfluß, den das Studium des Altertums auf die moderne Kultur ausgeübt hat, wieder rückgängig gemacht werde. Die Frage von der Rezeption fremder Rechtssysteme ist nicht eine Frage der Nationalität, sondern eine einfache Frage der Zweckmäßigkeit, des Bedürfnisses. Niemand wird von der Ferne holen, was er dorthin ebensogut oder besser hat, aber ein Narr wird die Chimäre aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht auf seinem Krautacker gewachsen ist.“

schiedlich, haben aber die Gemeinsamkeit, regelmässig in ihren jeweils verschiedenen Fassungen aufgrund ihrer Offenheit und Abstraktheit keineswegs die konkrete Falllösung zu determinieren. Zwei Beispiele: In *Frette* wird die Versagung des Zugangs zum Adoptionsverfahren gleichgeschlechtlich orientierter Menschen vom EGMR für keinen Verstoß gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK,⁴¹ in *E.B.*⁴² nur 6 Jahre später, dagegen für einen solchen Verstoß gehalten. In *Vajnai*⁴³ hat der EGMR eine inhaltsbezogene Beschränkung der Meinungsfreiheit – konkret in Bezug auf das Symbol des roten Sterns – abgelehnt, kurz darauf in *Féret*⁴⁴ in Bezug auf eine fremdenfeindliche Äußerungen eines belgischen Politikers gerade zugelassen. Diese Entscheidungen haben unterschiedliche Überzeugungskraft, worauf noch zurückzukommen sein wird, sie sind aber weder in der einen oder anderen Weise durch das positive Recht eindeutig determiniert oder ausgeschlossen.

Weiter heisst das Fehlen einer ausdrücklichen Positivierung eines subjektiven Rechts ja noch lange nicht, dass dieses Recht in der betroffenen Rechtsordnung keine Rolle spielte. Die EMRK kennt, wie erwähnt, keine Menschenwürdegarantie, diese ist aber aus Sicht des EGMR ein zentrales Prinzip des Konventionsregimes, das u.a. in Art. 8 EMRK angesiedelt wird.⁴⁵ Ein anderes Beispiel ist das Fehlen der Menschenwürde in der Verfassung der USA, die den US Supreme Court nicht daran hindert hat, in Leitentscheidungen etwa zur Problematik des Schwangerschaftsabbruchs,⁴⁶ zur sexuellen Selbstbestimmung⁴⁷ oder zu Mindestanforderungen an Haftbedingungen⁴⁸ auf diese zurückzugreifen. An das Beispiel der Schaffung einer ganzen Ordnung von Gemeinschaftsgrundrechten durch den EuGH muss hier nicht erinnert werden.⁴⁹

Die Probleme tauchen auch bei strukturellen Regelungen, etwa Schrankenregimen. Auf ein Beispiel: Der mit Art. 1 S. 1 GG wortgleiche Art. 1 S. 1 Grundrechtecharta ist der Schrankenregelung des Art. 52 Grundrechtecharta unterworfen. Ist also Art. 1 Grundrechtecharta abwägungsorientiert? Das ist trotz der expliziten Regelung in Art. 52 Grundrechtecharta keineswegs sicher. Gleichzeitig gilt ja auch Art. 53 Grundrechtecharta, eine Art Angstklausel, der u.a. vorschreibt, dass die Interpretation der Grundrechtecharta konventionskonform sein müsse. Der EGMR betont aber in ständiger Rechtsprechung, z.B. in *Gäfgen II*, die Absolutheit des Schutzes aus Art. 3 EMRK, der in keinen Ausnahmefituationen derogiert werden könne, auch nicht des nationalen Noistandes oder des Terrorismus.⁵⁰ Art. 3 EMRK betrifft of-

41. EGMR, Urteil v. 26.5.2002 – 35515/02, (*Frette/France*).

42. EGMR (Grosse Kammer), Urteil v. 22.1.2008 – 63546/02, (*E.B./France*).

43. EGMR, Urteil v. 8.7.2008 – 33629/06, (*Vajnai/Hungary*).

44. EGMR, Urteil v. 16.7.2009 – 15615/07, (*Féret/Belgique*).

45. EGMR, Urteil v. 29.4.2002 – 2346/92, (*Petry/United Kingdom*), Ziff. 65: „The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom“.

46. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833, 851 (1992).

47. *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558, 567 (2003).

48. *Brown v. Governor of California*, et al., vs. *Pala*, et al., 563 U.S. (2011), WL 1936074 (U.S. Cal.).

49. Vgl. dazu z.B. *Mahlmann*, 1789 *Renewed? Prospects of the Protection of Human Rights in Europe*, 11

Cardozo J. of Int'l & Comp. Law 2003-2004, S. 903 ff.

50. EGMR (Grosse Kammer), Urteil v. 1.6.2010 – 22978/05 (*Gäfgen/Germany*), Ziff. 87, 107.

fensichtlich Gegenstände, die in den Kernbereich einer Menschenwürdegarantie fallen. Eine Beschränkung von Art. 1 Grundrechtecharta ist also mindestens in diesem Bereich bei konventionsgemäßer Auslegung dieser Norm entgegen dem ersten Anschein ausgeschlossen, wenn man der genannten Interpretation von Art. 3 EMRK folgt. Dies gilt sogar für die Norm insgesamt, wenn auch hier eine restriktive Auslegung geboten ist, wofür nicht zuletzt der Zweck der Norm spricht.⁵¹

Das Interesse für Grundrechtskonkretisierungen anderer Rechtsordnungen ist deshalb durch die konstitutiven Eigenschaften der Grundrechtsordnungen – der Abstraktheit und offenen Konkretisierungsbedürftigkeit der Rechtsverbindungen und auf sie bezogenen Normierungen, wie Schrankenregelungen sowie der Offenheit positiver Kataloge für die Schöpfung neuer Rechtspositionen wohlbegründet. Der positiv-rechtliche Grundrechtsbestand stellt schlichtweg so viele Fragen, dass auf keine positivrechtlich anschlussfähigen Begründungsressourcen verzichtet werden kann, aus welcher Rechtsordnung diese auch stammen mögen. Der praktische Universalismus ist ein unverzichtbares Element einer modernen Grundrechtstheorie. Der praktische Universalismus hat aber nicht nur eine methodische, sondern auch eine institutionelle Wurzel: Die sich vertiefende Realität von mit einander komplex verzahnten, nationalen, supranationalen und regionalen sowie universalen internationalen Grundrechtsordnungen – von Mehrebenensystemen, wie gemeinhin formuliert wird. Ein jüngstes Beispiel ist die anstehende Neuanforderung des Verhältnisses von EU-Grundrechten und EMRK durch Beitritt der EU zur EMRK mit Folgewirkungen für das Verhältnis nationaler Grundrechte zu EU-Grundrechten und dieser zur EMRK.⁵²

Diese Verzahnung der Grundrechtsregime ist ohne eine universalistische Grundrechtstheorie nicht konzipierbar. In den verschiedenen Ebenen des Grundrechtsschutzes soll ja nicht Unvereinbares miteinander kollidieren, sondern schon vorhandenes Gemeinsames gesichert und neues Gemeinsames in einem Prozess der Vergewisserung der Grundrechtsschätze allmählich gewonnen werden. Dabei kann es auch nötig sein – bei allem nötigen Respekt vor gewachsenen rechtlichen Kulturen – gegebene Rechtsstraditionen herauszufordern. Dies illustrieren etwa Entscheidungen zur Verletzung der EMRK durch die Prüfgelüste in *Tyler* 1978,⁵³ die Benachteiligung von Müttern unehelicher Kinder und dieser Kinder selbst in *Marckx* 1979,⁵⁴ die Strafbarkeit homosexueller Beziehungen in *Dudgeon* 1981⁵⁵ oder die fehlende Anerkennung spezifischer Rechte von Transsexuellen in *Good-*

51. Ebenso z.B. C. Callies in: Callies/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl., 2011, Art. 1 GRCh, Rn. 30; *H. Höfling*, in: *Tettinger/Stern* (Hrsg.), *Europäische Grundrechtecharta*, 2006, Art. 1 Rn. 31; *M. Bovensky*, in: *Meyer* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl., 2011, Art. 1, Rn. 40; *H. D. Jarass*, *Charta der Grundrechte der EU*, 2010, Art. 1 Rn. 12. Die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, AB/EU 2007 C 303/17 erklären die Menschenwürde zum Wesengehalt der Chartarechte. Sie dürfe auch bei Einschränkungen eines Rechts nicht angezweifelt werden.

52. Art. 6 Abs. 2 EUV.

53. EGMR, Urteil v. 25.4.1978 – 5856/72 (*Tyler/The United Kingdom*).

54. EGMR, Urteil v. 13.6.1979 – 6833/74 (*Marckx/Belgium*).

55. EGMR, Urteil v. 22.10.1981 – 7525/76 (*Dudgeon/The United Kingdom*).

witz 2002,⁵⁶ um nur einige Beispiele zu nennen, die heute wohl in ihren Kernwertungen in Europa unstreitig sind, zur Zeit ihrer Entscheidung aber auf gesellschaftlich durchaus wirkungsmächtige, entgegenstehende rechtskulturelle Traditionen trafen, die die rechtlichen Auseinandersetzungen in diesen Fällen durchaus prägen. Diese Elemente eines praktischen Grundrechtsuniversalismus führen zum Begriff der Grundrechtstheorie. Die Rezeption der gerichtlichen Grundrechtsreflexion muss ebenso wie die Verzahnung verschiedener Ebenen der Grundrechtsgewährleistung prinzipieller und reflexiv gesichert erfolgen. Diese reflexive Orientierung stellt nach inzwischen gängiger Auffassung methodisch eine Grundrechtstheorie bereit.

III. Der Begriff der Grundrechtstheorie

Der Begriff der Grundrechtstheorie bezeichnet eine umfassende Konzeption der Grundrechte und zwar sowohl in analytischer als auch in normativer Hinsicht.⁵⁷ Analytisch liefert eine Grundrechtstheorie Aussagen über die Struktur der Grundrechte unabhängig von ihren jeweiligen materialen Gehalten.⁵⁸ Normativ ist eine Grundrechtstheorie, insofern sie Aussagen darüber formuliert, welche Grundrechtskonzeption legitim und gerechtfertigt ist – welche Maßstäbe dabei auch genauer eine Rolle spielen mögen. Im Folgenden wird es um die normative Dimension einer Grundrechtstheorie gehen, da diese im Vordergrund der Debatten um die verfolgte Thematik steht.⁵⁹

Die grundrechtshermeneutische Notwendigkeit einer Grundrechtstheorie entspringt der angeedeuteten Allgemeinheit und Abstraktheit des normativen Materials. Die klassischen Auslegungsmethoden können den konkreten Rechtsgehalt bestimmen helfen. Die Gewichtung und Wahl der für überzeugend gehaltenen Argumente kann aber bereits diesen Methoden selbst nicht mehr entnommen werden – beides setzt Maßstäbe der Methodenwahl voraus. Auf der Ebene der teleologischen Argumentation spielen Wertungen unmittelbar eine Rolle.⁶⁰ Dogmatik und Präjudizien bestimmen in der Praxis die Auslegung von Grundrechten. Ein Präjudizienpositivismus wird manchmal sogar beklagt.⁶¹ Die rechtswissenschaftliche, systematische Entfaltung von Grundrechtsgehalten ist aber ebenso wie Präjudizien selbst das Pro-

56 EGMR, Urteil v. 11.7.2002 – 28957/95 (Goodwin/The United Kingdom).

57 Vgl. dazu z.B. M. Mahlmann, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, 2008, S. 1 ff.

58 Z.B. Klassisch, Hohfelds Analytik der subjektiven Rechte, in: N. Hohfeld, Fundamentals Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 2001; die Regel- und Präzedenztheorie R. Dworkins; Taking Rights Seriously, 1977 und R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985 oder J. J. Thomson, Konzeption der Rechte, The Realm of Rights, 1990.

59 Es sei aber angemerkt, dass auch die strukturelle Grundrechtstheorie für die Universalismusproblematik relevant ist: eine kulturelle Strukturtheorie schließt eine universalistische Grundrechtstheorie aus.

60 Entweder um das Telos der Norm überhaupt zu bestimmen, oder, wenn dieses dem normativen Material einermassen deutlich zu entnehmen ist, zu bestimmen, was dies für den konkreten Fall bedeutet.

61 Die Macht der Präjudizien führt dazu, dass die Rechtsprechung, nicht aber die Normen in den Vordergrund der grundrechtswissenschaftlichen Reflexion treten. Deswegen ist in Deutschland zuweilen von einem Verfassungsgesellschaftspositivismus die Rede, vgl. z.B. B. Schlink, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), S. 163; M. Jestaedt, Verfassungsgesellschaftspositivismus, in: Deppenauer/Helzinger/Jestaedt/Axer (Hrsg.), Nomos und Epos, Hommage an J. Ikensee, 2002, S. 183, 188 ff.

dukt der Auslegung der Grundrechtsnormen, die ihrerseits rational abgeichert werden muss. Dogmatik und Präjudizien beseitigen das Auslegungsproblem mithin nicht, sondern stellen es neu, weil sie Auslegungsvorschläge bleiben, die grundsätzlich fällibel sind.

Deshalb ist eine Grundrechtstheorie ein unverzichtbares Element der Grundrechtstheorie. Als allgemeine Auffassung von Struktur und Ziel einer Grundrechtstheorie kann sie die juristische Auslegung und richterliche Entscheidungsfindung anleiten. Eine Grundrechtstheorie wird dabei zu einem gewissen Grade durch den konkreten Rechtskatalog spezifiziert, für den sie gebildet wird. Eine faschistische Grundrechtstheorie (wenn denkbar) ist jedenfalls nicht mit der EMRK, der Schweizerischen Bundesverfassung oder dem GG vereinbar. Abgesehen von solchen Extremfällen kann die Grundrechtstheorie nicht durch das positive normative Material selbst determiniert werden, da dessen Offenheit ja gerade die Notwendigkeit der Bildung einer Grundrechtstheorie erzeugt.⁶² Eine Grundrechtstheorie kann nicht durch Grundrechte bestimmt werden, deren Inhalte sie selbst erst konkretisieren muss.⁶³

Eine Grundrechtstheorie löst so in gewisser Weise den Begriff des Vorverständnisses ab.⁶⁴ allerdings auf einem kritisch-reflexiven Niveau. Der Begriff des Vorverständnisses wird in schwankender Bedeutung verwandt, als Existential in der Ontologie Heideggers,⁶⁵ daran anknüpfend als historisch-relative Prägung der Subjekte eines „geschehenden“ Verstehensprozesses in der philosophischen Hermeneutik Gadammers,⁶⁶ als grundlegende Auslegungsperspektive⁶⁷ oder auch als inbegrifflicher Wertvorstellungen, die auf häufig nicht näher bestimmte Weise rechtliche Entscheidungsfundung anleiten. Die Konzeptionen der Grundrechtstheorie unterscheiden sich im Einzelnen nicht nur in Bezug auf ihren Inhalt, sondern auch in Hinblick auf ihren epistemologischen Geltungsanspruch. Man kann aber festhalten, dass im Begriff der Grundrechtstheorie jedenfalls der Anspruch auf systematische kritische Reflexion angelegt ist und insofern in jedem Fall in der Grundrechtsdogmatik der letzten Jahre ein Schritt der bewussten hermeneutischen Rationalisierung über den

62 Vgl. zur Problematik einer Tautologie R. Dreier, Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation, in: R. Dreier/F. Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, S. 42 ff. und R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 513; H. Krebs, Es sei fragwürdig, „durch eine Grundrechtsinterpretation eine Theorie zu gewinnen, die die Grundrechtsinterpretation leiten soll“, vgl. ders., Rechtliche und reale Freiheit, in: Mertens/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 31 Rn. 13.

63 Die Notwendigkeit einer Grundrechtstheorie gilt natürlich auch für supra- und internationale Grundrechte, die manchmal herangezogen werden, um nationale Auslegungsfragen zu lösen, z.B. „makrokonstitutionelle Interpretationsreservat“, zu denen neben völkerrechtlichen, insbesondere menschenrechtliche Standards, auch Rechtsvergleichung, Empirie und die das Selbstverständnis der verfassten Gemeinschaft prägende Geschichte gezählt werden, vgl. M. Heidegger, Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin, JZ 2004, S. 873 ff. 878. Dies führt aber nur in einem offenen hermeneutischen Regress: Die zur Konkretisierung mobilisierbaren Normen sind ja selbst aus den gleichen Gründen wie die konkretisierenden Konkretisierungsbedürftig. Eine Grundrechtstheorie kann deshalb in keinem Rechtskreis vermieden werden.

64 So M. Jestaedt, Grundrechtsentstehung im Gesetz, 1999, S. 74 Fn 13.

65 M. Heidegger, Sein und Zeit, 1984, S. 152 ff.

66 H.-G. Gadamer, Wahrheit und Methode, 6. Aufl., 1990, S. 295.

67 J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., 1972.

historisch-faktisch konzipierten klassischen Begriff des Vorverständnisses hinaus gemacht wurde.

Eine Grundrechtstheorie ist auch für Verfahren einer wertenden Rechtsvergleichung, wie sie etwa der EuGH zur Konkretisierung der Unionsgrundrechte anwendet, und ähnliche Methoden unvermeidbar.⁶⁸ Denn was, wenn nicht systematische Reflexion und damit eine Grundrechtstheorie kann die notwendige Wertung im Vergleich anleiten? Auch die Konzeption von nationalen, supra- oder internationalen Grundrechten als Rahmen- oder Kernordnung⁶⁹ entlastet nicht vom grundrechtstheoretischen Geschäft. Denn der Gehalt dieses Rahmens, die Grenze, die der nationalen Vielfalt durch ihn gesetzt wird, muss ebenfalls bestimmt werden.

Neben der genannten Funktion bei der Auslegung von Grundrechtskodifikationen hat eine Grundrechtstheorie eine weitere wichtige Funktion. Als Grundkonzeption von Grundrechten führt sie zwangsläufig zu Legitimationsproblemen. Die Absicherung seiner Legitimation ist auch für einen positiven Grundrechtskatalog von großer Bedeutung, wenn auch der Eindruck entstehen mag, dass die feste Positivität von Recht Wissenschaft und Praxis von solchen Legitimationsfragen entlastet, weil Legitimationsfragen in die harte Legalität positiven Rechts umgeschmiedet worden sind. Dieser Eindruck trägt aber. Grundrechtskataloge werden in letzter Instanz nicht durch Gerichtshöfe, sondern durch Rechtskulturen gesichert, zuletzt durch den standhaften Grundrechtsethos der in ihnen vereinten Bürgerinnen und Bürger.⁷⁰ Eine Grundrechtstheorie kann helfen, diese kulturelle Legitimationsquelle kritisch reflexiv aus ihrem Reservoir guter Gründe zu speisen.⁷¹

IV. Elemente einer materialen Grundrechtstheorie

Die Struktur der Grundrechte schafft die Notwendigkeit einer Grundrechtstheorie. Die Struktur des modernen Menschenrechtsschutzes, die Verzahnung von verschiedenen, nationalen, supranationalen und internationalen Rechtskreisen, schafft die Aufgabe, diese Grundrechtstheorie so zu konzipieren, dass sie kulturpartikularistische Ansätze transzendiert. Ist das in Anbetracht der eingangs erwähnten relativistischen Argumente aber überhaupt möglich?

68 Vgl. dazu etwa P. Skouris, Methoden der Grundrechtsgewinnung in der EU, in: Mertens/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte, Bd. VII/1, 2010, § 157.

69 Jaworski (Fn. 64), insb. S. 228 ff.

70 Dies ist keine neue Beobachtung, vgl. z.B. E. Cassirer, The Myth of the State, 1946, S. 76: „The self-preservation of the state cannot be secured by its material prosperity nor can it be guaranteed by the maintenance of certain constitutional laws. Written constitutions or legal charters have no real binding force, if they are not the expression of a constitution that is written in the citizens' minds. Without this moral support the very strength of a state becomes its inherent danger.“ Auch E. W. Böckenförde's Diktum zu dem vom Staat nicht garantierten Grundlagen der eigenen Existenz verweist auf diesen Zusammenhang, vgl. E. W. Böckenförde, Die Entstehung des Staats als Vorgang der Säkularisation, wiederabgedruckt in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 92 ff., 112.

71 Zu den Konsequenzen dieser Befunde für eine sozialwissenschaftliche Theorie der Grundrechte vgl. M. Mahlmann, Neue Perspektiven einer Soziologie der Menschenrechte in: ders. (Hrsg.), Gesellschaft und Gerechtigkeit, FS für Hubert Rottenthaler, 2011, S. 331 ff.

Damit sind viele weisende Fragen aufgeworfen, die nicht leicht und in wenigen Sätzen zu beantworten sind. Es gibt zum Einen verschiedene Arten von Grundrechtstheorien. Nach einer gängigen Unterscheidung werden etwa liberale, bürgerlich-rechtsstaatliche, institutionelle und wertorientierte, demokratisch-funktionale und sozialstaatliche Grundrechtstheorien vertreten.⁷² Zu denen man noch manche andere, etwa prinzipientheoretisch-interpretative⁷³ und prinzipientheoretisch-diskursive,⁷⁴ demokratisch-prozeduralistische,⁷⁵ kantianisch-konstruktivistische,⁷⁶ solche, die einem verfassungshermeneutischen *Originalism* verpflichtet sind,⁷⁷ oder solche, die an moderne Theorien zur Bedeutung von Gefühlen für normative Phänomene anknüpfen,⁷⁸ als weitere Beispiele hinzufügen mag. Eine vertiefte Debatte über Grundrechtstheorien kann zum Anderen nicht abstrakt bleiben, sondern muss sich auf die Erörterung einzelner Grundrechte und Grundrechtsgruppen einlassen, etwa von Status-, Freiheits-, Gleichheits- oder Verfahrensrechten. Sie muss auch aus Grundrechten gewonnene Rechtsprinzipien wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einbeziehen. Welche Antworten plausibel sein könnten und vielleicht den einen oder anderen Gedanken wert sind, kann hier deshalb nur angedeutet werden, was aber immerhin für einige Grundrechtsgruppen gesehen soll.⁷⁹

1. Menschenwürde

Ein zentrales, international intensiv diskutiertes Problem besteht in der grundrechtstheoretischen Konzeption der Menschenwürde.⁸⁰ Gerade hier ist – wie erwähnt – für manche Beobachter die partikularistisch-relativistische Wahrheit hinter der universalistischen Rhetorik offensichtlich.⁸¹ Diese selbstbewusst auftretende Skepsis ist nun aber weniger wohlbegründet, als es erscheinen mag. Denn erstens ist die eigentliche Frage ja nicht, ob es eine faktische Vielfalt der Konkretisierungen von Menschenwürdegarantien überhaupt gibt, weil dies selbstverständlich und für fast jedes Grundrechtsproblem zu beobachten ist. Die eigentliche Frage ist vielmehr, ob gelungstheoretisch, also im Sinne normativer Begründbarkeit und Überzeugungs-

72 Vgl. E. W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NW 1974, S. 1529, wiederabgedruckt in: ders. (Hrsg.), Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 115, 119 ff. Grundrechtstheorie bezeichnet hier prinzipielle Interpretationsperspektiven (z.B. liberal oder sozial), die mit Strukturansätzen (z.B. einer institutionellen Grundrechtskonzeption) verknüpft werden können.

73 R. Dworkin, Law & Empire, 1986.

74 R. A. Katz, (Fn. 58).

75 I. M. Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie, in: H. Brunkhorst/W. R. Köhler/M. Lutz-Bachmann (Hrsg.), Recht auf Menschenrechte, 1999, S. 276 ff.

76 J. Rawls, (Fn. 3); ders., Kantian Constructivism in Moral Theory, in: ders., Collected Papers, 2001, S. 304 ff.

77 Z.B. A. Scarria, Originalism, the Lesser Evil, 57 Cincinnati Law Review 1989, S. 349 ff.; A. Bark, The Tempting of America, 1990.

78 A. Sajó, Constitutional Sentiments, 2010.

79 Zu einigen weiteren Überlegungen vgl. M. Mahlmann (Fn. 57).

80 Vgl. dazu M. Mahlmann, Dignity and Autonomy, in: M. Rosenfeld/A. Sajó (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, (im Erscheinen).

81 Vgl. C. McCoiden (Fn. 9), S. 655, 710.

kraft, bestimmte Konzeptionen vorzugswürdiger erscheinen als andere. Zweitens kann man durchaus einen Kerngehalt einer Menschenwürdekonzeption mit universalistischem Potential identifizieren und einigermaßen plausibel und mit erhabenen geistesgeschichtlichen Wurzeln begründen.⁸² Der zentrale, durchaus wohlbekannt und in verschiedener Form in der internationalen Menschenrechtsarchitektur verankerte Gehalt dieser Menschenwürdekonzeption liegt im Schutz der Selbstzweckhaftigkeit der Menschen, was Achtungsansprüche, die zu Verboten etwa von Miss-handlungen oder Erniedrigungen führen, ebenso impliziert wie ein Verbot der Instrumentalisierung und Objektivierung von Menschen.⁸³ Ein Argument für diese Konzeption besteht in der aufgrund von Gerechtigkeitsprinzipien der Gleichbehandlung gebotenen Universalisierung der anthropologischen Gegebenheit, dass Menschen sich selbst in ihrem Lebensvollzug ein Zweck sind. Die Universalisierung dieses Sich-selbst-ein-Zweck-Seins gebietet das Gebot, jeden Menschen gleichermaßen als letztes Ziel menschlicher Zwecksetzung zu achten. Diese subjektive Zweckhaftigkeit ist mehr als eine narzisstische Illusion der Menschen. Wenn man auf bestimmte zentrale Eigenschaften der Menschen blickt, ergibt sich, dass diese den Würdeanspruch der Menschen durchaus rechtfertigen können. Diese Eigenschaften werden von Menschen grundsätzlich in gleicher Weise geteilt. Es gibt keine relevanten Eigenschaften, die bestimmte Leben mit einem höheren Sinn versehen würden als andere, sodass letztere erstere dienen müssten und nur insofern Achtung verdienen, wie es etwa Nietzsche meinte.⁸⁴

Das gilt zunächst für die Entwicklung einer geistigen Haltung zur Welt. Die Menschen konstruieren ein erklärendes Bild der Welt und haben sich als fähig erwiesen, mit seinen nicht immer leicht verdaulichen Ergebnissen – etwa in Bezug auf den eigenen Ort im Universum oder den Ursprung in der Naturgeschichte – zu leben. Sie betreiben die ästhetische Selbstaneignung der eigenen Existenz mit ihrer ganzen Zielspätigkeit in der Kunst. Sie vollziehen in ihren empfindenden, individuellen Leben einen manchmal glücklichen, manchmal verloren endenden Selbstbildungsprozess unter der Bedingung der Vergänglichkeit des eigenen Selbst. Sie werden sicher nicht häufig, aber doch manchmal von einer moralischen Orientierung ge-

⁸² Vgl. dazu näher M. Mahlmann (Fn. 57), S. 97 ff., 244 ff., 262 ff.

⁸³ Diese Gehalte finden sich in verschiedenen Rechtsordnungen. Sie liegen ersichtlich der Rechtsprechung des BVerfG zur Subjektstellung von Menschen, BVerfGE 45, 187 (227) und der Objektformel, BVerfGE 27, 1 (6), zu Grunde. Andere Beispiele liefern etwa: Schweizerisches Bundesgericht BGE 127 I 6 S. 14 ff.; J. P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, 1999, S. 4 und 2 f. Das Objektivierungsverbot wird im Rahmen von prozeduralen Rechten betont, BGE 124 V 180 S. 181; BGE 127 I 6 S. 13 ff.; Verfassungsgericht Ungarn, Decision 23/1990, 31 October 1990, 3. (Solymos concerning); Menschen sollen nicht in Werkzeuge oder Objekte verwandelt werden, "changed into tool or object"; Conseil Constitutionnel, decision no 2001-446 DC, 27 juin 2001; Menschenwürdeverletzung durch "identification de l'embryon humain"; South-African Constitutional Court S v Jordan and Others (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae) (CCT31/01) [2002] ZACC 22; 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117 (9 October 2002) (O'Regan and Sachs) para 74; De Beuker v Director of Public Prosecutions (Wintersond Local Division) and Others (CCT5/03) [2003] ZACC 19; 2004 (1) SA 406 (CC); 2003 (12) BCLR 1333 (CC) (15 October 2003) (Langhe) para 61 ff., para 63.

⁸⁴ F. Nietzsche, Fünf Vorreden zu fünf ungeschriebenen Büchern 1872, in: F. Nietzsche (Hrsg.), Kritische Studienausgabe, Band 1, 1999, S. 776.

leitet, die engere Selbstinteressen zur Wahrung der Integrität des Gewissens überschreitet – etwas, das in der Liebe sogar als eigenes Glück geschieht. Dieser Lebensvollzug im Modus des Selbstbewusstseins und der Selbstbestimmung legitimiert die Zuschreibung von Würde. Dies gilt zumal, wenn man die rätselhafteren Seiten einiger menschlicher Eigenschaften nicht vergisst, die für manche sogar entscheidende Bedeutung besitzen, wie ein Zauberberg-Kommentar von Thomas Mann im amerikanischen Exil zum Gralssucher Hans Castorp illustriert: „Der Gral ist ein Geheimnis, aber auch die Humanität ist das. Denn der Mensch selbst ist ein Geheimnis, und alle Humanität beruht auf der Ehrfurcht vor dem Geheimnis des Menschen“.⁸⁵

2. Liberalität und egalitäre Grundsätze

Auch für die Liberalität einer überzeugenden Grundrechtstheorie gibt es gute Argumente. Dazu zählen erstens Überlegungen zum *instrumentalen Wert* der Freiheit. Ein klassisches Beispiel ist die wichtige Einsicht J. S. Mills, dass die Meinungsfreiheit ein gesellschaftlicher Wahrheitskatalysator ist, so wie Freiheit die geglätteten „experiments of living“ identifiziert: Je mehr Freiheit, desto sicherer gebahnt der Weg zu begründeten Einsichten, individuell und im politischen Prozess.⁸⁶ Ein anderes Beispiel ist W. v. Humboldts Argument der Geburt der solidarischen Sozialunion aus der Praxis individueller Freiheit und wohlverständiger autonomer Selbstentfaltung.⁸⁷ Zweitens kann auf den *intrinsic Wert* menschlicher Freiheit rekurriert werden, deren Genuss zum existentiellen Sosein der Menschen gehört. Ein weiteres Element einer plausiblen Grundrechtstheorie ist egalitär. Die durch die Menschenwürde begründete Wertgleichheit der Menschen verlangt, diese auch in der Grundrechtsauslegung sensibel und differenziert zur Geltung zu bringen.⁸⁸

3. Fallibilismus und Universalität

Damit wurden immerhin einige Andeutungen gemacht, wie Grundweichenstellungen einer materialen Grundrechtstheorie konzipiert werden könnten. Welchen Universalitätsanspruch kann eine solche Theorie erheben? Bei dieser Frage geht es nicht nur darum, ob überhaupt ein universaler Geltungsanspruch erhoben werden kann, dem sich konkrete Einwürfe wie auch immer unvollkommen annähern, nicht aber darum, ein konkretes Ensemble von Grundrechtskonkretisierungen oder eine bestimmte Theorie für letztbegründet zu erklären. Es ist nun nicht klar, inwiefern weit die für die skizzierte Grundrechtstheorie angedeuteten, begründenden Ele-

⁸⁵ T. Mann, Einführung in den Zauberberg, in: ders. (Hrsg.), Gesammelte Werke in dreizehn Bänden, Bd. XI, 1990, S. 617.

⁸⁶ J. S. Mill, On Liberty, in: ders. (Hrsg.), On Liberty and other Essays, 1991, S. 1 ff.

⁸⁷ W. v. Humboldt, Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, in: W. v. Humboldt (Hrsg.), Werke in fünf Bänden, Band 1, 2002, S. 56 ff.

⁸⁸ Dazu näher M. Mahlmann (Fn. 57), S. 412 ff.

mente in diesem Sinne kulturell relativ wären. Dass Menschen sich in anderen Kulturen kein Zweck wären, ist wenig plausibel, wenn man von eurozentristischen Perspektiven Abstand nimmt. Politisch-praktisch werden solche Annahmen durch den Protest chinesischer Arbeiter gegen die kommunistische Oligarchie oder die dramatischen Ereignisse des „Arabischen Frühlings“ widerlegt, in dem diese Selbstwechselfähigkeit, der Status als Subjekt der Ordnung des Rechts und des Staates eingefordert wird. Dass gewisse Menschen, etwa solchen einer bestimmten Hautfarbe, Religion oder eines bestimmten Geschlechts, die würdebegründenden Eigenschaften fehlten, ist eine Vorstellung, die manches Elend aus ihrer Unvernunft entlassen hat, aber inzwischen geringe Überzeugungskraft besitzt. Die normativen Prinzipien, die in die Argumentation eingehen, etwa Prinzipien der Gerechtigkeit, die gebieten, Gleichheitsrelationen zu bewahren, bilden ebenfalls keine geltungstheoretischen Partikularitäten.⁸⁹ Ähnliches gilt für die Elemente der angedeuteten Werttheorie der Freiheit und Gleichheit. Auch hier liegt die Begründungslast bei denen, die behaupten, der instrumentale oder intrinsische Wert der Freiheit oder die Achtung der Wertgleichheit der Menschen seien für Menschen außerhalb von Europa und Nordamerika geltungstheoretisch weniger gewichtig.

Dieser grundrechtstheoretische Universalismus gewinnt übrigens zudem an weiter Begründungskraft, weil es nachdenkenswertere Ansätze der modernen Theorie des menschlichen Geistes und Kognitionswissenschaften gibt, die den traditionellen Begriff der praktischen Vernunft mentalistisch als moralische Urteilskraft rekonstruieren. Diese mentalistische Theorie von Ethik und Recht eröffnet interessante Perspektiven, auch den Ursprung derjenigen normativen Prinzipien zu erklären, die in eine Grundrechtstheorie konstitutiv eingehen.⁹⁰ Die aufgeworfenen Fragen und Probleme sind schwierig, vielschichtig und führen zu den Fundamenten des Rechts. Immerhin aber kann festgehalten werden: Der Universalismus ist keineswegs ein gelangweilt und ein wenig überdrüssig zuzuschlagendes Kapitel einer kulturell zu Ende gesponnenen Erzählung der Vergangenheit und mehr als ein flüchtiges Irrlicht der metaphysischen Theorie.

V. Grundrechtstheorie und die mögliche Vielfalt der praktischen Judikatur

1. Grundrechtstheorie und Grundrechtspraxis

Diese grundrechtstheoretischen Weichenstellungen haben praktischen Biss. Einige Beispiele: Die Idee der Selbstzweckhaftigkeit streitet z.B. gegen Folter und andere

Praktiken, die Menschen zum Mittel etwa der Bewahrung der Sicherheitsinteressen eines Staates machen – kein banales Ergebnis in Anbetracht der intensiven internationalen Debatten um die Zulässigkeit von Folter⁹¹ und entsprechender Rechtsprechung.⁹² Ein interessantes Beispiel für die Vielfalt der Aspekte dieser Problematik ist eine Entscheidung des US Court of Appeal of the Ninth Circuit, die einen vollständigen Ausschluss des Rechtswegs für Folteropfer aufgrund der *stare decisis doctrine*, also aus Gründen der nationalen Sicherheit für zulässig hält⁹³ – ein unhaltbares Ergebnis, wenn man die in der Menschenwürde begründete Subjektstellung und die, wie verschiedene Gerichte herausgearbeitet haben,⁹⁴ daraus folgenden Konsequenzen für Zugang und Gestaltung des prozessualen Rechtsschutzes, ernst nimmt.

Die Liberalität streitet etwa gegen eine Inhaltskontrolle von Meinungsäußerungen, weswegen *Vajinas*⁹⁵ der Entscheidung *Feret*⁹⁶ grundrechtstheoretisch überlegen, das egalitäre Element für substantielle Begründungsanforderungen für Ungleichheiten, weswegen *E.B.*⁹⁷ grundrechtstheoretisch gegenüber *Frettel*⁹⁸ vorzugswürdig ist.

2. Konkretisierungsspielräume

Diese Überlegungen schließen nun praktische Vielfalt der Grundrechtskonkretisierungen, die politisch wie angedeutet von einiger Bedeutung ist, keineswegs aus. Dafür gibt es mehrere Gründe. Ein wichtiger ist grundrechtstheoretische Bescheidenheit. Jede Grundrechtskonkretisierung, welcher Instanz auch immer, es wurde mehrfach betont, ist grundsätzlich fallibel. Die Liberalität einer plausiblen Grundrechtstheorie verlangt zudem nicht nur Achtung vor dem Freiheitsverlangen des Einzelnen, sondern auch vor der Selbstbestimmung der Einzelnen in der politischen Assoziation, die sich auch durch Grundrechtswürde verkörpern kann. Die damit unausweichliche Spannung zwischen begründbarem universalem Anspruch und konkreter rechtspraktischer, legitimer pluraler Realisierung ist unausweichlich und muss in den komplexen modernen, mehrschichtigen Grundrechtssystemen ausge-

91 Z.B. *A. Derzhowitz, Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, 2002, S. 131 ff. oder die Beiträge in: S. Levinson (Hrsg.), *Torture*, rev. ed., Oxford 2006; *D. v. J. Pfordten*, Ist staatliche Folter als fernwirkende Nothilfe ethisch erlaubt?, in: W. Lenzen (Hrsg.), *Ist Folter erlaubt?*, Paderborn, 2005, S. 149 ff.; *R. Poscher*, Menschenwürde im Staatsnotstand, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), *Menschenwürde in der aktuellen Verfassungsordnung*, 2006, S. 215, 222 ff.; *W. Brugger*, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, *Der Staat* 1996, S. 67 ff.; *ders.*, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, *JZ* 2000, S. 167 ff.

92 Vgl. z.B. Supreme Court of Israel, Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel, 6 September 1999 und dazu die aufschlüsselnde kritische Würdigung durch *M. Kravitz/Levi/R. Segal*, *The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantial Moral Issue?*, 34 *Isr. L. Rev.* 2000, S. 509 ff.

93 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Mohamed v. Jeppesen Dataplan*, 8. September 2010. Der US-Supreme Court hat kein *certiorari* gewährt, Order List: 563 U.S., May 16 2011.

94 Vgl. z.B. *BVerfGE* 9, 89 (95); 38, 105 (115); BGE 124 V 180 S. 181; BGE 127 I 6 S. 13 ff.

95 EGMV, Urteil v. 8.7.2008 – 336329/06 (Vajinas/Hungary).

96 EGMV, Urteil v. 16.7.2009 – 15615/07 (Feret/Belgique).

97 EGMV, Urteil v. 22.1.2008 – 43546/02 (E.B./France).

98 EGMV, Urteil v. 26.5.2002 – 36515/97 (Fretel/France).

89 Vgl. *M. Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 2010, S. 283 ff.; 317 ff.

90 Vgl. dazu z.B. *M. Mahlmann*, *Rationalismus in der praktischen Theorie*, 2. Aufl., 1999, *ders.*, *Ethics, Law and the Challenge of Cognitive Science*, *German Law Journal*, 2007, S. 577 ff.; *ders.*, (Fn. 89), S. 322 ff.; *ders.*, *The Cognitive Foundations of Law*, in: *Rortleuber, Foundations of Law*, 2005, S. 75 ff.; *J. Mikhail*, *Elements of Moral Cognition*, 2011; *ders.*, *Moral Grammar and Human Rights: Some Reflections on Cognitive Science and Enlightenment Rationalism*, in: *R. Goodman/D. Jinks/A. Woods* (Hrsg.), *Understanding Social Action, Promoting Human Rights*, (im Erscheinen).

halten und organisiert werden – etwa durch Subsidiaritätsregeln oder Rechtsprechungsinstanzen internationaler Gerichte, die die universalen Gehalte der Grundrechte sichern, aber nationalen oder auch supranationalen Gerichten noch Konkretisierungsfreiheit lassen.⁹⁹ Hier ist dogmatische Feinarbeit und judizielles Fingerspitzengefühl gefordert.¹⁰⁰ Auch dazu einige Beispiele: Dass der EGMR das Verbot von Folter absolut konzipiert, ist aus der hier entwickelten Sicht grundrechtstheoretisch wohl begründet. Dass der EGMR in *Göçgen II* meint, den konkreten Schuldanspruch bis zur Zahl und Höhe der Tagessätze beurteilen zu müssen, und deswegen einen anhaltenden Verstoß gegen Art. 3 EMRK annimmt,¹⁰¹ geht über das hinaus, was auch eine universalistische Grundrechtstheorie verlangt. Dass umgekehrt vom EGMR nicht geklärt wird, ob selbst eine Gefährdung der Gesundheit einer Frau einen Schwangerschaftsabbruch prinzipiell nicht zu legitimieren vermag, bleibt hinter dem zurück, was man angesichts der internationalen Diskussion und Rechtsprechung auch in Anbetracht der notwendigen Vielfalt der Grundrechtskulturen von einem Menschenrechtsgericht erwarten kann, dessen zentrale Aufgabe es ist, individuelle Rechte zu schützen und widerstreitende zu einem Ausgleich zu bringen.¹⁰² Wie diese Feinkontrolle im einen, der Rückzug auf eine extrem weit gefasste *margin of appreciation* im anderen Fall miteinander grundrechtskonzeptionell vereinbar sein soll, ist zudem unerklärlich.

99. Einen Vorschlag, das institutionelle Verhältnis der Gerichte anders als in Hierarchien zu konzipieren und den kooperativen Charakter dieses Verhältnisses zu betonen, bildet die Idee eines Verfassungsgerichtsverbundes, vgl. *A. Pappalardo*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.; *deix*, Multilevel Constitutional Law Review 2010, S. 175 ff. Damit werden entsprechende verfassungsrechtliche und -theoretische Konzeptionen aufgenommen. Zur Frage nach dem Sinn einer Grundrechtsunion vgl. *T. Kingreen*, Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion?, EuR 2010, S. 338 ff.

100. Ein neues Beispiel für einen Versuch, auf diesem Terrain voranzukommen: Das BVerfG hat in der Entscheidung zur Sicherungsverwahrung, BVerfG 2 BvE 2365/09 vom 4.5.2011, abrufbar unter: http://www.bverfg.de/entscheidungen/20110504_2bvz236509.html ein Lösungsmodell formuliert, das die bisherige Rechtsprechung zum Verhältnis der Grundrechte des Grundgesetzes und der EMRK konsolidiert, aber auch um bestimmte Nuancen ergänzt, von dem aussieht, wie es vom EGMR rezipiert werden wird; Der Grundsatz wird bekräftigt, dass die Grundrechte des GG völkerrechtsfreundlich auszulegen seien, ebd. Rn 86. Konkret für die EMRK wird das normenrechtlich nicht selbstverständliche Prinzip formuliert, dass die innerstaatlich im Rang eines Bundesgesetzes stehende EMRK die Auslegung der Grundrechte des GG beeinflusse, ebd. Rn 87 ff. Dabei geht es nicht um eine „schematische Parallelisierung einzelner verfassungsrechtlicher Begriffe“, ebd. Rn 91. Auch geht es um ein „Rezeptionshemmnis“ durch das Verbot der Einschränkung des Grundrechtsstandards des GG, insbesondere in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen und durch die absolute Grenze des Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes, ebd. Rn 93. Das Gericht erhofft ausdrücklich einen „internationalen und europäischen Dialog der Gerichte“, ebd. Rn 89. Was deutlich macht, dass es aus seiner Sicht nicht um Lösungen durch institutionelle Hierarchien geht, die Normenordnungen abspiegeln, vgl. dazu u. Fn. 103.

101. EGMR (Große Kammer), Urteil v. 16.12.2010 – 22978/05 (Göçgen/Germany), Ziff. 124.
102. Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil v. 16.12.2010 – 28579 (A. B. and C/Hand), Ziff. 237. Die Entscheidung gewinnt nicht dadurch an Überzeugungskraft, dass auf die Möglichkeit verwiesen wird, in einem anderen Land einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu können, ebd. Ziff. 239. Dies deutet vielmehr an, dass der Gerichtshof eine konsequente Anwendung der von ihm ausgehenden Prinzipien selbst nicht für akzeptabel hält. Diese Rechtsprechungslinie ist übrigens ebenfalls problematisch in Bezug auf den Schutz von ungeborenem Leben, wie der Fall einer ungewollten Abtreibung zeigt, deren beschränkte rechtliche Sanktionierung der EGMR ebenfalls für konventionsgemäß hielt, vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil v. 8.7.2004 – 53524/00 (Vo/France), Ziff. 85. Ein anderes Beispiel, das ähnliche Fragen aufwirft und eine besondere Dimension des Minderrechtenschutzes betrifft, nämlich denjenigen religiöser Minderheiten, ist EGMR (Große Kammer), Urteil v. 18.3.2011 – 30814/06 (Lautsi and others/Italy) zum Kreuzfuß in italienischen Schulen.

VI. Zusammenfassung

Es hat sich damit gezeigt: Eine pluralistisch-relative Grundrechtstheorie ist nicht ohne Alternative. Grundrechtstheoretischer Universalismus ist ohne erkenntnistheoretische Peinlichkeit möglich und praktisch durch die moderne internationalisierte Grundrechtsarchitektur unumgänglich geworden. Mit einer Grundrechtstheorie eines freiheitsgerechten, egalitären Humanismus, der mitmenschliche Fürsorge ernst nimmt, steht eine Konzeption bereit, die immer wieder verbessernder Neufassung bedarf, aber jedenfalls einige Gedanken wert ist und an einige der anziehendsten Traditionen des Nachdenkens über Grundrechte anknüpft. Eine solche universalistische Grundrechtstheorie schafft die Grundlage, um die notwendigen Freiräume in einem vielfach geschichteten Grundrechtssystem zu bestimmen, zu bewahren und zu umgrenzen. Sie kann einen Beitrag dazu leisten, die vielfach verflochtenen nationalen, supranationalen und internationalen Rechtsschichten im Hinblick auf menschenrechtliche Kernwertungen in einen materialen Einklang zu bringen, der Probleme bedingter Rechtshierarchien konstitutionalisierter Ordnungen¹⁰³ und die in ihnen verkörperten politischen Konflikte¹⁰⁴ allmählich entschärft.¹⁰⁵

Dies bildet nicht nur einen ermutigenden rechtswissenschaftlichen Befund der konzeptionellen juristischen Hermeneutik und ihrer institutionell-praktischen Konsequenzen. Denn eine gemeinsame Grundrechtskultur manifestiert, dass unabhängig von welchen auch immer bestehenden Unterschieden jenseits von ornamentalen rhetorischen Fassaden in einem Kernbereich der menschlichen individuellen, pri-

103. Dass solche Fragen nicht umgangen werden können, ergibt sich aus der Tatsache von durch Einschützungsspielräume verringerte, aber letztlich nicht vermeidbare normative Konflikte zwischen verschiedenen Rechtsschichten, die in der einen oder anderen Weise entschieden werden müssen (gilt ein absolutes Folterverbot in Europa oder nicht?), was aber nicht heißt, dass sie für alle Bereiche in *normenrechtlich gleicher Weise* entschieden werden müssten. Dies führt zu den *bedingten Rechtsbeziehungen*, die entstanden sind: Eine Rechtsordnung genügt in ihnen gegenüber einer anderen Vorang, sofern eine qualifizierte Bedingung vorliegt – die Wahrung der Verfassungsidentität oder eines spezifischen Grundrechtsstandards etwa. Vgl. z.B. die Rechtsprechung des BVerfG, jüngst etwa Fn. 29 und Fn. 100 oder EGMR, Urteil v. 30.6.2005 – 43036/08 (Bosphorus/Hand), Ziff. 155. Das BVerfG spricht von „nicht strikt hierarchisch gegliederten politischen Ordnungsausammenhängen“, vgl. BVerfGE 123, 401. Zu funktional begrenzten Normhierarchien, vgl. *T. Pappalardo*, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, 15 Colum. J. Eur. L. 2009, S. 349, 383 ff.

104. *A. Peters*, Rechtsordnung und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse, ZöR 2010, S. 3. 53 hält zurecht fest, dass der Ansatz, der eine pluralistische Vielfalt von konstitutionalisierten Ordnungen hinlänglich an drei Fundamentalproblemen leidet: „Er führt zu Rechtsungleichheit, unterminiert die Verbindlichkeit von Rechtsverpflichtungen und akzeptiert letztlich das ‚Recht‘ des Stärkeren“. Die Lösung dieser Probleme bestehe nicht in normenrechtlicher Lösung, sondern koordinierender Ausgleichsmechanismen der gegenseitigen Rücksichtnahme und Kooperation, vgl. ebd. S. 54 ff. *M. Kumm*, Democratic constitutionalism encounters international law: terms of engagement, in: Choudry (Hrsg.), *The Migration of Constitutional Ideas*, 2006, S. 292 spricht von „graduated authority“, die an Stelle von „rules of conflict“ zwischen verschiedenen Rechtsschichten trete. Diese „graduated authority“ werde moralisch-praktisch fundiert, ebd. S. 293.

105. Das BVerfG hat die Identitätsschranke – unter Bezug auf die Kadi-Rechtsprechung des EuGH, verb. Rs. C-40/05 P und C-41/05 P (Kadi und Al Barakat) – als „Grenzfall der Selbstbehauptung eigener Identität“ bezeichnet, vgl. BVerfGE 123, 401. Diese Grenzfall wird es geben können. Diese Grenzfälle müssen aber die Fundamente der Grundrechtsordnung, der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in Frage stellen, um legitime Rechtsanwendungsschranken zu setzen. Um sie (identifizieren) zu können und anderen Gliedern einer unimodalen internationalen Rechtsgemeinschaft ihre Berechtigung plausibel zu machen, bedarf es mehr als nur praktikalistischer grundrechtstheoretischer Überzeugungskraft.

vaten und politischen Existenz eine gemeinsame bürgerschaftliche Grundlage besteht. Dies kann von großer Bedeutung sein – für Europa in seiner gegenwärtigen, nicht ausgestandenen Krise und diese von manchem möglichen großen Übel bedrohte, eine Welt.

Freizügigkeit in Europa als Modell?

EU-Migrationspolitik zwischen Offenheit und Abschottung

Von Daniel Thym, Konstanz/London*

Unter Beobachtern der europäischen Migrationspolitik ist die Erwartung eines aufenthaltsrechtlichen Domino-Effekts verbreitet. Dieser gründet auf der Annahme, dass die privilegierte Stellung der Unionsbürger eine Sogwirkung gegenüber Drittstaatsangehörigen entfalten werde. Hierbei dient die innereuropäische Grenzöffnung als Vorbild für die Harmonisierung des Ausländerrechts. Im Jahr 1999 näherte der Europäische Rat in Tampere die Hoffnung auf einen Domino-Effekt: „Die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen sollte [Unionsbürgern] angenähert werden.“¹ In den EU-Verträgen wird eine derartige Statusangleichung freilich nicht vorgezeichnet. Im Gegenteil: Bewusst normiert der Vertragsgeber spezielle Rechtsgrundlagen für die gesetzgeberische Entwicklung einer EU-Migrationspolitik, die in der öffentlichen Diskussion bisweilen als Abschottung der „Festung Europa“ kritisiert wird. Diese Diskrepanz zwischen interner Freizügigkeit und externer Migrationssteuerung steht im Vordergrund dieses Beitrags. Ausgangspunkt ist die Leitfrage, ob die Unionsbürgerfreizügigkeit als Modell oder Kontrapunkt für die Migrationspolitik gegenüber Drittstaatsangehörigen dient.

Als Messlatte für die weitere Untersuchung fungiert der migrationsrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft. Bewusst entzieht das EU-Recht die Einreise und den Aufenthalt der Unionsbürger weitgehend dem Zugriff der Mitgliedstaaten; die inner-europäische Freizügigkeit entspringt einem transnationalen Wanderungsrecht mit Verfassungsrang (Abschnitt I). Dagegen verlangt der EU-Vertrag in Bezug auf Drittstaatsangehörige politische Vorgaben über die Reichweite einer Statusangleichung. Diese politischen Entscheidungen über das Ausmaß an migrationspolitischer Offenheit oder Abschottung erfordern eine Gewichtung der widerstrebenenden Gemeinwohlbelange (Abschnitt II). Das Bewusstsein für die Notwendigkeit einer politischen Güterabwägung lenkt den Blick auf das Subjekt demokratischer Migrationssteuerung. Es zeigt sich, dass die EU-Verträge den Mitgliedstaaten Raum zur partikularen Identitätskonstruktion belassen (Abschnitt III) und damit den pluralistischen Verbundcharakter der europäischen Verfassung zwischen nationalstaatlicher Öffnung und supranationaler Hegung stabilisieren (Abschnitt IV).

* Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M. (London) ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit Europa- und Völkerrecht und Kodirektor des Forschungszentrums Ausländer- und Asylrecht an der Universität Konstanz; der Beitrag beruht auf einem Vortrag im Rahmen des Gesprächskreis „Europäisches Verfassungsrecht“ der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer zum Rahmenthema „Kulturelle Einheit und Differenz in Europa“ am 29. September 2010 in Berlin.

¹ So das politische Versprechen des Europäischen Rats in Tampere am 15./16.10.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Rn. 21.