

Tim Wihl

# Aufhebungsrechte

Form, Zeitlichkeit und Gleichheit  
der Grund- und Menschenrechte

288 Seiten · broschiert · € 39,90  
ISBN 978-3-95832-177-9

© Velbrück Wissenschaft 2019

## A. Einleitung

Sollte man heute noch einmal grundsätzlich über Rechte juristisch nachdenken? Es gab hierzulande die große Zeit der programmatischen Grundrechtsdiskussion in der Paulskirchenepoche,<sup>1</sup> den Weimarer Methoden- und Richtungsstreit, der sich maßgeblich am Gleichheitsrecht entzündete, dann aber weiter ausgriff.<sup>2</sup> Es gab die vom Bundesverfassungsgericht wieder angestoßene Debatte um die objektiven Grundrechtsdimensionen, die mehrere Dekaden anhalten sollte, anfänglich oft noch in den Fahrwassern einer Auseinandersetzung zwischen Schmitt- und Smend-Schule.<sup>3</sup>

- 1 Rüdiger Suppé, Die Grund- und Menschenrechte in der deutschen Staatslehre des 19. Jahrhunderts, Berlin 2004, S. 80 ff., 187 ff.
- 2 S. nur Erich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1926), S. 2 ff.: Rechte als »Legitimitäts- und Wertauffassungen« (S. 18) gegen Hans Nawiasky, S. 25 ff.; Carl Schmitt, Verfassungslehre, Berlin 1928; Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, Berlin 1928; dezidierte Verdammung der »neuen Lehren« als »Wunschrecht«-Wiederkehr bei Otto Mainzer, Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht, Berlin 1929; Hermann Heller, Staatslehre, Leiden 1934; Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, Wien 1934; Peter C. Caldwell, Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law: the theory and practice of Weimar constitutionalism, Durham 1997.
- 3 Christoph Möllers, Der vermisste Leviathan, Frankfurt am Main 2008, S. 31 ff.; Frieder Günther, Denken vom Staat her, München 2004.

Schließlich musste man in jüngerer Zeit über die Ebenenverflechtung im Grundrechtsschutz nachdenken.<sup>4</sup> Letztere Diskussion ist gewiss nicht abgeschlossen, scheint aber eher in die Dogmatik zu führen. Neueste internationale Debatten kreisen um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und damit scheinbar um eine in Deutschland nicht wiederholenswerte, vorgeblich abgeschlossene Frage.<sup>5</sup> Allerdings weist dieser Umstand einer sich globalisierenden Thematisierung von Grundrechtsschutz auch schon über die engere deutsche Ideengeschichte hinaus. Denn jenseits der Fragen, wie Art. 51 EuGRCh zu verstehen sei<sup>6</sup> oder was aus der Görgülü-Rechtsprechung des BVerfG folge,<sup>7</sup> rückt die inhaltliche Problemstellung in den Vordergrund, welche Grundrechte sinnvoll auf welcher Ebene zu schützen seien und in welchem Umfang.<sup>8</sup> Das wird in dieser Untersuchung nicht unser Thema sein. Denn um jene Frage überhaupt beantworten zu können, ist es unerlässlich, zuvor Systematisierung, Klassifikation, Gliederung zu leisten – und eine derartige *Systembildung* erfordert wiederum einen *theoretischen* Bezugsrahmen. Nur darum dreht sich die vorliegende Studie. Ein solcher theoretischer Rahmen muss *transnational-vergleichend* angelegt sein, weil sich gerade in der europäischen Rechtsgemeinschaft eine ebenenübergreifende Geltungsverstärkung fundamentaler Rechte beobachten lässt, die unterdessen auch in Deutschland nicht mehr ohne Rückwirkung auf den nationalen Schutz bleibt. Alexander Somek spricht treffend von »peer review« im »Verfassungspluralismus«.<sup>9</sup>

In Wirklichkeit handelt es sich dabei nicht um eine neue Entwicklung; denn der EuGH betreibt seit den 1970er Jahren Rechtsvergleichung, um europäische Grundrechte zu sichern, außerdem lässt er sich von

- 4 Johannes Masing, Einheit und Vielfalt des europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 2015, S. 477 ff.
- 5 Ausgehend von Alexander Aleinikoff, Constitutional law in the age of balancing, Yale Law Journal 96 (1987), S. 943 ff.; Moshe Cohen-Eliyat/Eddo Porat, Proportionality and constitutional culture, Cambridge 2013; Matthias Kumm, The idea of Socratic contestation and the right to justification: The point of rights based proportionality review, Law & Ethics of Human Rights 4 (2010), S. 140 ff.; Johannes Saurer, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Der Staat 51 (2012), S. 3 ff.; Alexander Tischbirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, Tübingen 2017.
- 6 Masing, a. a. O.
- 7 Vgl. stellvertretend Gertrude Lübke-Wolff, ECtHR and national jurisdiction – The Görgülü case, HFR 2006, S. 138 ff.
- 8 Zuletzt besonders deutlich in Datenschutzfragen, vgl. EuGH, Verb. Rs. C-203/15 und C-698/15, Urt. vom 21.12.2016 (Vorratsdatenspeicherung) sowie die laufenden Verhandlungen des EuGH zur Sicherheits-Bereichsausnahme der E-Privacy-RL (<https://www.sueddeutsche.de/digital/vds-ueberwachung-vorratsdatenspeicherung-eugh-1.4593321>, zul. abger. am 16.9.2019).
- 9 Alexander Somek, The cosmopolitan constitution, Oxford 2015, S. 17 f.

bestimmten Grundrechtsgehalten auch in seiner noch älteren Grundfreiheitsjudikatur beeinflussen.<sup>10</sup> Der EGMR kommt gar nicht umhin, die Rechtstraditionen der Europaratsstaaten zu studieren.<sup>11</sup> In Österreich hat die EMRK Verfassungsrang, in den Niederlanden steht sie gar über der Verfassung. Großbritannien als treibende Kraft hinter der EMRK in der Anfangsphase<sup>12</sup> nimmt mit seinem Human Rights Act auf jene Bezug und schließt damit »Lücken«, um die sich schon vorher der EGMR gekümmert hatte – die Briten waren dort traditionell besonders prozessfreudig.<sup>13</sup> Was andere Staaten Europas also schon kennen, wird nun auch in Deutschland virulent. Ein komplex verflochtener Grundrechtsschutz bildet sich heraus, der längst nicht mehr mit einfachen Parolen zu beschreiben ist. Daher scheint es nicht völlig vergebens, ein weiteres Mal darüber nachzusinnen, welche *Typen* von Rechten man eigentlich unterscheiden kann und in welchem Umfang sie sinnvollerweise abgestuft zu schützen sind, um damit die föderale Organisationsfrage noch einmal über die Variabilität der Grundrechtsformen und -inhalte aufzuklären, die dort tatsächlich in Rede stehen. Typus bezeichnet hier zunächst noch tentativ *eine Klasse von Rechten, die entweder formal oder inhaltlich gemeinsame Züge aufweist, wobei erst das Zusammenspiel von Form, inhaltlichem Aspekt und der begriffskonstitutiven, allen gemeinsamen Gleichheit eine Singularität erschafft*.<sup>14</sup> Die Frage der Typologie stellt sich gerade deshalb wieder neu, weil die »objektive Verwertung«<sup>15</sup>, die Öffnung der Grund- zu den Menschenrechten hin und das nicht unangefochtene Primat »bürgerlicher-liberaler« Rechte unter dem Paradigma der positiv-freiheitlichen Teilhabe<sup>16</sup> ihrer Theoretisierung harren, nachdem die Dämmerung für Minervas Eule nun tatsächlich angebrochen ist.

- 10 Ulrich Haltern, Europarecht, Bd. II, Tübingen 2017, S. 585 ff.
- 11 Anne Peters/Tilmann Altwicker, Europäische Menschenrechtskonvention, München 2012, S. 26.
- 12 Ed Bates, The evolution of the European Convention on Human Rights, Oxford 2010, S. 47; politisch: Winston Churchills »Message to Europeans« im Haag; S. 52; juristisch: David Maxwell-Fyfes maßgebliche Mitarbeit an der »European Movement Convention«.
- 13 Bates, a. a. O., S. 314.
- 14 Vgl. im Einzelnen unter C. (Formen), D. (Inhaltsaspekte) und E. (begriffsnotwendiges Konstituens).
- 15 David R. Wenger, Die objektive Verwertung der Grundrechte – Zum Stand der Diskussion, AöR 2005, S. 618 ff.
- 16 Klassisch formuliert bei Wolfgang Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Ernst Forsthooff (Hg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, S. 114 ff.; Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1970), S. 43 ff.

Eine solche Aufklärung kann banal ausfallen, wenn schlicht einzelne Grundrechte abgezählt werden, die offensichtlich unterschiedliche »Normbereiche« aufweisen und regelmäßig in verschiedenen »Sachbereichen« allererst zum Tragen kommen. Interessanter wird ein solcher positivistischer Ansatz schon dann, wenn er die zutiefst divergierende Geschichte einzelner Grundrechte in Rechnung stellt – eine alte Diskussion, die sich in Deutschland und Frankreich mit den Namen Jellinek und Boutmy verbindet, die aber gerade in jüngster Zeit eine massive Wiederbelebung erfährt: die Geschichtswissenschaft entdeckt seit einigen Jahren die Menschenrechte neu.<sup>17</sup> Die Rede von »den Menschenrechten« insgesamt diskreditiert sich dabei aus der historischen Warte gerade in schnellen Schritten; sie war geblendet von der übermächtigen Erzählung der großen Erklärungen von Virginia, den United States und Frankreich, die dann in der UN-Erklärung und den beiden Pakten von 1966 um weitere Schichten ergänzt worden seien. Dabei übersah man einerseits teils strukturelle Differenzen zwischen diesen Erklärungen samt ihren Formulierungen, schon gar zwischen den verschiedenen Erklärungen zur Zeit der französischen Revolution, andererseits und wichtiger die Ausprägung und das Fortwirken nationaler oder regionaler, durchaus disparater Traditionen des Schutzes von nicht immer so genannten Grundrechten: etwa den Schutz im englischen Common Law, die Verwirklichung des französischen Grundrechtsregimes in Gesetzen, die deutsche Tradition des »rechtsstaatlichen« Grundrechtsschutzes, den italienischen Bezug auf Prinzipien, die Existenz autoritärer Grundrechtsregime – beileibe kein Paradox –,<sup>18</sup> das unterschiedliche Vertrauen in den demokratischen Prozess bei der Garantie der Rechte<sup>19</sup> sowie radikal verschiedene Freiheits-, Gleichheits- und Würdebegriffe. All diese reichen Traditionen über einen Kamm zu scheeren – in einer selbstredend nicht allgegenwärtigen reduktionistischen Volte –, etwa die »Autonomie«, die »Freiheit«, die »Gleichheit« oder die »Würde«, muss daran vorbeigehen, was uns diese Differenzen noch heute mitzuteilen haben. Wenn wir also weder kulturalistisch diese Traditionen hegen noch abschotten dürfen, aber genau so wenig Transnationalismus als globales Einheitsregime verstehen wollen<sup>20</sup> – und zwar

17 Vgl. insb. Lynn Hunt, *Inventing human rights*, London 2007; Samuel Moyn, *The last utopia*, Cambridge 2010; Stefan-Ludwig Hoffmann, *Einführung. Zur Genealogie der Menschenrechte*, in: ders. (Hg.), *Moralpolitik*, Göttingen 2010, S. 7 ff.

18 Turkuler Isiksel, *Between text and context: Turkey's tradition of authoritarian constitutionalism*, *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), S. 702 ff.

19 Ulrich Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*, Berlin 1998; John Hart Ely, *Democracy and distrust*, Cambridge 1980.

20 Im Sinne von Kwame Anthony Appiah, *Der Kosmopolit*, München 2007.

weder mit Blick auf inhaltliche Ergebnisse noch die Form und Struktur (!) des Grundrechtsdenkens –, dann wird man kaum umhin kommen, einen wissenschaftlich-politischen *Fortschritt im Bewusstsein der Freiheit zum Unterschied* anzuzielen, also eine Art reflexiver Modernisierung des Grundrechtsregimes.<sup>21</sup> Durchaus beabsichtigte Nebenfolgen können dann eine Stärkung von verbindenden »Kerngehalten«, sofern auffindbar, und eine Aufwertung demokratischer Politik sein, wie sie angesichts zunehmender weltweiter Ungleichheit, daraus resultierender Entsolidarisierung und schließlich Demokratieentleerung das verfassungspolitische Gebot dieser globalen Epoche ist. Vor allem wird man als Deutscher darüber belehrt, wie einseitig pfadabhängig das eigene Grundrechtsdenken einerseits ist, wie viel Vielfalt aber aus der transnationalen Perspektive andererseits bereits in ihm aufgehoben ist. Es gilt dann, andere Traditionen an geeigneter Stelle behutsam zu rezipieren, so, wie kehrseitig Elemente wie das Verhältnismäßigkeitsdenken anderswo adaptiert werden. So kann ein für alle Seiten fruchtbarer *Lernprozess* in Gang gesetzt werden, der alle verändert, ohne dass sich irgendjemand im Ergebnis nicht mehr wiedererkennt. Entscheidende Einsichten bringt hier die seit Jahren fruchtbare Forschung zum »Comparative Constitutionalism«.<sup>22</sup>

## Aufhebungsrechte. Der Sonderstatus der Gleichheit

Die Gesamtarchitektur dieser Untersuchung ist von zwei grundlegenden Prämissen geprägt. *Erstens* sind (Grund-)Rechte *weder rein juristische noch rein politische Gebilde*, sondern es ist konstitutiv für sie, dass sie in jeder Situation beide Seiten aufweisen, die nicht aufeinander reduzierbar sind. Ihre Normativität ist daher keine politische oder rechtliche im Sinne eines ausschließenden Oder. Verfassungstheoretische Untersuchungen des Gegenstands der Rechte sollten das in Rechnung stellen.

21 Der Begriff der reflexiven Modernisierung ursprünglich bei Ulrich Beck, in: ders./Anthony Giddens/Scott Lash (Hg.), *Reflexive Modernisierung. Eine Kontroverse*, Frankfurt a.M. 1996. Genauer: Ulrich Beck/Wolfgang Bonß/Christoph Lau, *Theorie reflexiver Modernisierung – Fragestellung, Hypothesen, Forschungsprogramme*, in: Ulrich Beck/Wolfgang Bonß (Hg.), *Die Modernisierung der Moderne*, Frankfurt a.M. 2001, S. 11 ff.: reflexive Modernisierung verstanden als »Meta-Wandel«, nicht als »Postmoderne« (S. 12 f.), dort auch zur »Zweiten Moderne«. Hier geht es hingegen um ein nicht-idealistisches Konsensprinzip, das reale positiv-rechtliche Gemeinsamkeiten betont.

22 Vgl. nur Norman Dorsen et al., *Comparative constitutionalism*, St. Paul 2016.

Der Grund für diese doppelte Normativität liegt in der Natur der Rechte als *Aufhebungsrechte*. Diese eigentümliche Qualität hebt die Rechte auch von objektivem Recht – allem Recht, das nicht zuerst und zuletzt Rechten zur Geltung verhelfen will, worunter zuvörderst selbstverständlich die »Grundrechte« selbst fallen – ab, das auf die Bürger\_innen repressiv oder beherrschend wirkt.<sup>23</sup> Unter dem so verstandenen objektiven Recht ist kein Telos der Herrschaftsfreiheit auch nur denkbar; deren Vehikel können nur Rechte zur persönlichen »Befreiung« sein, worunter im Ergebnis sehr Verschiedenes verstanden werden kann: eine Kleineigentümergeinschaft, eine partizipatorische Republik oder eine Wirtschaftsdemokratie zum Beispiel. Der politisch-juridisch doppelseitige Terminus des Aufhebungsrechts bezeichnet eine dreisinnige Aufhebungswirkung der Rechte im Verhältnis zum objektiven, herrschenden Recht: *Recht wird als objektives, herrschendes beseitigt, durch Subjektivierung erhöht und als rechtliche, nunmehr nach-positive, dem immanenten Maßstab der Individualität besser, jedoch nicht widerspruchsfrei genügende Form bewahrt (subjektivierte Objektivität).*

Das Aufhebungsrecht ist Teil eines Prozesses, der auch das Aufhebungsrecht selbst beständig verändert. Herrschendes, positives Recht wird durch nichtpositives, subjektives beseitigt – ob im Wege der Annullierung oder einer Ausstrahlungs- oder Wechselwirkung im objektiv-positiven Recht. Da das Aufhebungsrecht in seiner Subjektivität immanent widersprüchlich ist – insofern es dem Primat der Zeitlichkeit nicht zu entgehen weiß und sich in Festhalten, Ermöglichen und Wegweisen spaltet –, setzt es das objektive Recht einem zeitlich mehrsinnigen Reflexionsprozess aus. Es bleibt nachpositives, nicht unpositives Recht, das dem demokratischen Läuterungsprozess gemäß dessen offener Dialektik nie zu entsteigen vermag.

Rechte sind wirkliche Entitäten, die sich prozessierend fortentwickeln und unter der Herrschaft der bestimmten Negation stehen. Ihr Primat im aufhebenden Rechtsprozess entspricht politisch dem Primat der Demokratie als *Herrschaft der Aufhebung*, nicht Aufhebung der Herrschaft.

23 Diese Unterscheidung entspricht den zwei »kollidierenden Subverfassungen«, welche Kolja Möller, *Formwandel der Verfassung*, Bielefeld 2015, im Konstitutionalismus unterscheidet: »eine Verfassung der Herrschaftsausübung und eine Verfassung der Herrschaftskritik« (S. 26 f.). Die Verfassung der Herrschaftsausübung geht anders als die revolutionäre kritische auf die vorrevolutionäre »Policey« zurück (S. 130 ff.). Allerdings sind »Verfassungskämpfe« dann schon ganz wesentlich Kämpfe mit und in der Verfassungsordnung der Aufhebungsrechte; die darüber hinaus gehende neue potestas einer transnationalen destituierenden Macht der Plebs, mit kommunikativer potentia in »langen Verfassungskämpfen« verbunden, ist jedoch ebenso entscheidend für die künftige Verfassungsentwicklung.

Doch letztere treibt die Herrschaft der Aufhebung als Zukunftsidee voran – im inneren Widerspruch zum Festhalten am Überkommenen und zur Ermöglichung des Politisierens. In diesem nicht abzuschaffenden, inneren zeitlichen Widerspruch liegt das Fortleben der demokratischen Idee begründet.

Damit sind Aufhebungsrechte aber *verfassungsimmanente*, das heißt *rechtliche, aber nicht-positive* Instrumente der politischen Verschiebung der rechtlichen Ergebnisse auf der Achse des *politischen Fortschritts*. Dieser politische (nicht: technische oder unbestimmt soziale) Fortschritt ist ein *Gleichheitsfortschritt*. Die normative Moderne besteht wesentlich aus solchen Erweiterungen von Spielräumen *gleicher* Freiheit,<sup>24</sup> was mit einer Verminderung der Beherrschungswirkung von Recht gleichbedeutend ist. Dem *modernen* Recht, also dem Recht, das auf Rechten beruhen will oder diese in sich aufgenommen hat, ist damit nur, aber immerhin ein Telos des Abbaus von Herrschaft und langfristperspektivisch der Herrschaftsfreiheit einbeschrieben.<sup>25</sup>

Angesichts der Mehrsinnigkeit der Freiheit – vor allem dem Widerstreit zwischen *possessiver*, erhaltender und *kommunikativer*, verflüssigender Freiheit, also paradigmatisch körperlicher Unversehrtheit und Meinungsfreiheit (freier Freiheit, Freiheit im engeren Sinne) – ist es die Gleichheit, die die politische Dynamik der Bewegung der Rechte mit dem imaginären Fluchtpunkt der Herrschaftsfreiheit konstitutiv zum Ausdruck bringt. Eine solche ideale politische Zielvorstellung verbindet eine liberale Ordnung gleicher Eigentümerinnen, republikanische Gemeinwesen politisch Freier<sup>26</sup> und sozialistisch »befreite«, sich ökonomisch selbst regierende Kollektive – grenzt sie aber als *drei ideale, weil egalitäre demokratische Möglichkeiten* klar von jeder politischen Ordnung des »homo hierarchicus« ab.

*Zweitens* sind Rechte *das Gegenteil von Privilegien*. Dabei kann sich die Privilegiennatur auf verschiedenen Stufen zeigen: bei der Frage, wem ein Recht abstrakt und a priori, »nach Text« zusteht (erste Stufe), aber

24 Stellv. Benjamin Constant, *De la perfectibilité de l'espèce humaine*, in: *Ecrits politiques*, Paris 1997, S. 700 ff., 714: »La perfectibilité de l'espèce humaine n'est autre chose que la tendance vers l'égalité.«

25 Hier unterscheidet sich die hier vertretene Position fundamental von einer Formkritik der subjektiven Rechte an sich, wie sie Christoph Menke mit »Kritik der Rechte« vorgelegt hat. Aus der Feststellung, dass das moderne Recht auf Rechten beruht, folgt noch nicht dessen hobbesianische und foucaultianische Zurichtung auf naturalisierte individuelle Willkür und normalisierende Sozialisierung. »Griechische« Momente einer allgemeinen Sittlichkeit sind vielmehr im »*Rousseau-Recht*« *kollektivierender Kommunikation und Egalisierung* – gegen Hobbes und Foucault – umfassend aufgehoben und dabei modern auf Individualität ausgerichtet.

26 Hannah Arendt, *Die Freiheit, frei zu sein*, München 2018, S. 17.

auch bei der Frage, wer davon effektiv profitieren kann, weil er oder sie besondere Eigenheiten aufweist (zweite Stufe), insbesondere auch solche mangelnden Fähigkeiten oder Gelegenheiten, dass er oder sie an der »Leistungs- und Marktgesellschaft« scheitert (dritte Stufe).

Wenn Rechte begrifflich Anti-Privilegien sind, ist ihnen die Gleichheit im beschriebenen dreifachen Sinn *immer schon*, also begriffskonstitutiv zu eigen. Und nur dann können sie auch das oben dargelegte imaginäre Telos der Herrschaftsfreiheit in sich tragen. Könnte man Eigentumsrechte oder Kommunikationsrechte nicht-egalitär verstehen, trügen sie zwangsläufig statt dem hoffnungsvollen Telos der Befreiung den Makel der (*notwendig*, nicht kontingent verbleibenden) Beherrschung in sich.

### Struktur und Begriff – das Sinnfeld der Aufhebungsrechte

Eine theoretisch-vergleichend ansetzende Strukturanalyse der Rechte sollte diese zunächst als *wirkliche* Gegenstände ernstnehmen, deren Struktur sich im zweiten Schritt analytisch zergliedern lässt. Ausgeschlossen ist damit etwa ein verkürzend pseudorealistisches Vorurteil der Art, dass Rechte ihrem Inhalt nach nur das seien, was die Richter\_innen sagen,<sup>27</sup> das wiederum auf der pragmatistischen Maxime zur Bestimmung dessen, was einen Begriff ausmacht, aufruht: alles, was etwas »erkennbar« ändert, die Wirkungen eines Gegenstandes, ist der Begriff.<sup>28</sup> Nominalismus ist aber auch unzulässig: Wo Meinungsfreiheit draufsteht, ist noch nicht free speech drin. Es wäre auch unklar, ob man so überhaupt übersetzen kann. Über den Bedeutungsholismus käme man jedenfalls schwer hinweg: Das Netz von Bedeutungen kann nicht als Ganzes übertragen werden; es bleibt immer die Fremdheit eines spezifischen Kontextes, die Semantik bestimmt.<sup>29</sup> Was bleibt, ist *konkrete Allgemeinheit*, dass also universale Begriffe formulierbar sind, die sich konkret, etwa lokal, realisieren, im Strom der Geschichte.<sup>30</sup> Das Prozessuale einer solchen Begriffsbildung darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass Anker eben doch erforderlich sind, so wie die Gegenwart als Unterbrechung

27 So aber Charles Evans Hughes bezogen auf die Verfassung, Speech before the Chamber of Commerce, Elmira, New York (3 May 1907).

28 Charles Sanders Peirce, Pragmatism, in: Collected papers, Bd. V, Abschnitt 2, Hg. Hartshorne/Weiss, Cambridge 1931 ff.

29 Willard van Orman Quine, Wort und Gegenstand, Stuttgart 1986, S. 143 mit Bezug auf Wittgenstein; und insb. schon ders., Two dogmas of empiricism, The Philosophical Review 60 (1951), S. 20 ff.

30 Ernst Cassirer, laut Christoph Henning, Freiheit, S. 499 f.

des Stromes der Zeit fungiert, obschon sie streng betrachtet überhaupt nie existiert.

Dabei ist zuerst zu klären, welche Art von Begriffen vorliegend gemeint ist. Sicher geht es weder um Ausdrücke noch um letzte Elemente, auch nicht um Wahrnehmungsweisen. Eher um ein eigenes »Sinnfeld« der Grundrechte,<sup>31</sup> dessen Eigenständigkeit sich aus zwei Gründen ergibt: *erstens extern* aus der weitgehenden Verselbstständigung der Grundrechte von der Gesamtrechts- und -verfassungsordnung, einschließlich der ihnen zukommenden Sonderrolle bei der Gestaltung des Rechtssystems, bis hin zu Organisationsstrukturen (effektiver Rechtsschutz etc.).<sup>32</sup> Sie sind nicht einfach mehr Rechtssätze wie alle anderen, und ihre relative Unverfügbarkeit macht gleichzeitig das sonstige Recht verfügbarer. Was sich verselbstständigt, essentialisiert sich in gewissem Umfang auch, ohne dass deshalb schon eine im strengen Sinne ontologische Analyse vonnöten wäre. Es genügt eine Strukturanalyse dieses Phänomens als singuläres, das heißt separat vom restlichen objektiven (Verfassungs-)Recht.

Man kann darin einen Rückschritt hinter ein bereits erreichtes Maß an Positivität erkennen und fordern, Grundrechte konsequent wie andere Rechtssätze zu behandeln.<sup>33</sup> Hans Kelsen besaß dafür noch einen guten Grund, wenn er wie Léon Duguit die Figur des subjektiven Rechts als Ummantelung des Eigentumsrechts ablehnte.<sup>34</sup>

Doch heute säße man damit einer Fiktion auf. Will man Recht nicht insgesamt als einen Gegenstand aus dem fiktionalen Als-ob behandeln,<sup>35</sup> sondern als soziale Tatsache, die eine ganz spezifische Art von Normativität verkörpert, muss man genauer hinschauen und kann dann kaum umhin, einige wesentliche Abweichungen der neuen Normativität der

31 Markus Gabriel, Il senso dell'esistenza, Rom 2012, S. 93: »Eppure, non esiste qualcosa come l'essere in senso eminentemente singolare. Esso è disponibile esclusivamente nella transfinita moltiplicazione dei campi di senso.«

32 Vgl. die Diagnose der »épidémie des choses«, »désubstantialisation de ces choses« im Werk von Tristan Garcia, Forme et objet, Paris 2011.

33 Shu-Peng Hwang, Die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers aus der Sicht Hans Kelsens, Der Staat 54 (2015), S. 213 ff., 221 ff. leitet Kelsens Grundrechtstheorie aus der Demokratietheorie (Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1929: Gedanke des Minderheitenschutzes), aus der Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit (Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, 1929: Freiheitsgewährleistung statt Gerechtigkeitsdoktrin) und aus der Interpretationstheorie (Reine Rechtslehre, 2. A. 1960: Grundrechte als Rahmen – weder Materialisierung noch Entleerung als Politikvorbehalt erlaubt) zugleich ab.

34 Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. A., Wien 1960, S. 139 ff.; ähnlich schon Karl Marx, zu Duguits »Lösung« des bloßen Reflexrechts: Dieter Grimm, Solidarität als Rechtsprinzip, Frankfurt a.M. 1973, S. 62 f. (facultas agendi als bloßer »Widerschein der norma agendi«).

35 Vgl. Hans Vaihinger, Die Philosophie des Als Ob, Leipzig 1911.

Rechte vom »alten Recht« festzustellen. Dabei geht es nicht um die oft beschworene Unbestimmtheit der Grundrechtsnormen, sondern um die Verselbstständigung vom objektiven, herrschenden Recht, also den Charakter als beseitigendes und zugleich bewahrendes Aufhebungsrecht; die Unbestimmtheit ist hingegen höchst kontingent und bewegt sich auf einer ähnlichen Bandbreite wie bei anderen Rechtsnormen auch.<sup>36</sup> Ein Dogma der Unbestimmtheit ist öfter eine Ausrede dafür, sich über einen recht klaren Wortlaut hinwegzusetzen, als eine treffende spezifische Differenz. Wie weit man mit einer sehr »positivistischen«, dem Wortlaut und der Systematik verpflichteten Auslegung von Grundrechten kommen kann, zeigt eindrücklich das Werk Helmut Ridders.<sup>37</sup> Daran ist wenig auszusetzen. Vermeintlich größere »indeterminacy«<sup>38</sup> darf kein Freibrief für ein kreatives Unterschieben von »Zwecken« sein<sup>39</sup> oder gar Anlass für das Postulat einer neuen Superlegalität oder zweistufigen Legalität<sup>40</sup>, wenn Rechte als verselbstständigtes Vokabular gegeneinander ausgespielt werden.

Zweitens ergibt sich die Eigenständigkeit der Rechte *intern* aus der spezifischen Normstruktur und teils abweichenden Normativität der Grundrechte – Aufhebungsrechte subjektivieren und erhöhen positives Recht als formimmanenter, gleichzeitig rechtlicher und politischer Maßstab der Individualität in der Zeit. Nur eine solche Sonderbehandlung wird dem Charakter dieser Rechtsschicht gerecht, gerade modern-positives »*Aufhebungsrecht*« zu sein, das sich potentiell gegen existente Rechtsbestände richtet, also Recht aufhebt, ohne sich in hierarchischem Vorrang zu erschöpfen.<sup>41</sup> Aufhebungsrecht ist nicht weniger als die Aufhebung des vor-modernen Widerstandsrechts *im* modernen Verfassungsrecht.<sup>42</sup> Es scheint

- 36 Viele Beispiele für die *generell* rechtstypische Vagheitsinzidenz bei Geert Keil/Ralf Poscher (Hg.), *Vagueness and law*, Oxford 2016. Über die Vagheit von Begriffen deutlich hinaus geht die streitbarere, wohl interessantere Unbestimmtheit.
- 37 Insb. Helmut Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen 1975, S. 75 ff.
- 38 Als »thesis« bei den *Critical Legal Studies*, vgl. Robert K. Gordon, *Some critical theories of law and their critics*, in: David Kairys (Hg.), *The politics of law*, New York 1998, S. 647 ff.
- 39 Vgl. Thomas Wischmeyers Postulat der Detranszendentalisierung des Zweckdenkens: Thomas Wischmeyer, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, Tübingen 2015, S. 398 ff.
- 40 Ulrich K. Preuß, *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt a.M. 1973, S. 9 ff., 17 ff. mit Verweis auf Otto Kirchheimer und Carl Schmitt.
- 41 In diese Richtung weist aber die Stufenbau-Theorie von Merkl und Kelsen, detailliert ausgearbeitet in Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. A., Tübingen 2017, S. 398 ff.
- 42 Vgl. zum historischen Zusammenhang Gerald Stourzh, *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, Wien 1989, S. 37 ff., insb. 62 f. (James Iredell:

die spezifische Modernität der *Rechte gegen Recht* zu sein, der man Rechnung tragen muss: nicht einfach ihrer Funktion, Rechtfertigungslasten zu begründen – diese Bestimmung ist en vogue<sup>43</sup> –, sondern vielmehr ihrer Strukturdifferenz zum sonstigen Recht, die sich eben nicht bloß moralisch, sondern auch juristisch widerspiegelt, nicht nur in ihrer subjektiven Immaterialität als moralisches Gut, sondern auch in ihrer objektiven Materialität.<sup>44</sup> Diese Einsicht hat in jüngerer Zeit Christoph Menke in seiner »Kritik der Rechte« wieder ins Bewusstsein gehoben. Die Gesellschaft fordert ihr Recht ein, aber (unter anderem) *im* Staat, nicht gegen den Staat.<sup>45</sup>

## Juristische Philosophie der Rechte – Vorrang der Materialität

Es ist davon auszugehen, dass hier die *positiven, materialen*<sup>46</sup> Rechte das logische Prius, sowohl formalen Ausgang wie formales Ende der Betrachtung bilden,<sup>47</sup> weniger die vermeintliche Moralität der juridisch allererst begründeten Positionen:<sup>48</sup> wie über Rechte ethisch nachgedacht wird,

- Petitionsrecht, Widerstandsrecht, richterliches Prüfungsrecht). Philosophisch vgl. Claude Lefort, *Les droits de l'homme et l'État-providence*, in: *Essais sur le politique*, Paris 1986, S. 31 ff., 43. Der wohl gewichtigste Vertreter der These war der genannte James Iredell, vgl. Somek, *Constitution*, S. 59.
- 43 Rainer Forst, *Das grundlegende Recht auf Rechtfertigung. Zu einer konstruktivistischen Konzeption von Menschenrechten*, in: ders., *Das Recht auf Rechtfertigung*, Frankfurt a. M. 2007, S. 291 ff.; Kumm, *Socratic contestation*.
- 44 Vgl. auch Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015, zum entfremdenden Gehalt dieser Positivität.
- 45 Anders als bei Proudhon, siehe Georges Gurvitch, *L'idée du droit social*, Aalen 1972, S. 362 f.
- 46 Die Bedeutungsvielfalt des Positivitätsbegriffs ist nicht zufällig. Spuren von Affirmation, Herrschaft und Materialität dürfte selbst jede nicht-positive Positivität tragen.
- 47 Sind die Rechte *material-positiv* gegenüber Moralität *logisch* prioritär (mit Cassirer, s. sogleich Fn.), so sind sie als possessive Rechte *herrschend-positiv* zeitlich vorgängig.
- 48 Von einem eng verwandten Grundgedanken geht Ernst Cassirer aus: »Das Faktische der Lebenswelt aber führt durch die ihm zuinnerst zugehörige Normativität des Symbolgebrauchs selbst auf die Moral. (...) so führt Cassirer die universale Moral als logische Konsequenz des Naturrechtsgedankens ein. (...) Die Moral ist der äußerste Punkt, zu dem man in einer regressiven Analyse der praktischen Dimension des objektiven Geistes, in diesem Falle der faktisch realisierten praktischen Normativität, geltungslogisch überhaupt vordringen kann.« Prius bilden somit die tatsächlich vordringbaren Regeln; Moral ist (nur) extrahiertes Regulativ. Vgl. Guido Kreis,

utilitaristisch oder deontologisch zum Beispiel, scheint stärker von juristischen Traditionen abzuhängen, als sich die Mehrheit der Ethiker vergegenwärtigt.<sup>49</sup> Kaum muss man auf die Allgegenwart von Abwägungen in der deutschen angewandten Ethik verweisen, die regelmäßig nur eine strikte Grenze kennen: die Menschenwürde. Insoweit kann die vorgelegte, im Ansatz *juristische* Philosophie der Rechte auch die Ethik der Rechte aufklären, namentlich im Sinne eines neu erwachten philosophischen Realismus, der wieder einen Vorrang der Materialität, allerdings in Form und Inhalt und Deutung, anerkennt. Letztlich gilt es nachzuholen, was Emile Durkheim für die sozialen Tatsachen vorgedacht hat:<sup>50</sup> die Grundrechte als *Entitäten wie andere soziale Tatsachen auch* zu begreifen und zu beschreiben.<sup>51</sup> »Aucune chose n'est réductible à rien« lautet die ontologische Prämisse, um »la chance ontologique de toute chose« zu bewahren.<sup>52</sup>

Es handelt sich bei einer juristischen, primär materialen Philosophie um den Kehraus mit einer modernen Tradition, Rechte in erster Linie als *moralische* Rechte zu begreifen, die gleichsam ins Juridische übersetzt würden.<sup>53</sup> Vielmehr existiert eine juristische Rationalität, die man gleichermaßen vor den Verfechterinnen eines Primats der Moral wie vor denen einer

Cassirer und Rousseau: das Problem eines universellen Gerechtigkeitsprinzips, in: Ernst Cassirer, Über Rousseau, Hg. Guido Kreis, Berlin 2012, S. 151 ff., 173.

49 Mit einer ähnlichen Stoßrichtung allerdings Andrea Sangiovanni, Justice and the priority of politics to morality, *The Journal of Political Philosophy* 36 (2008), S. 137 ff.

50 Emile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris 2009, S. 57: »La première règle et la plus fondamentale est de *considérer les faits sociaux comme des choses*.« Die Denkbewegung scheint diejenige des »neuen Realismus« vorwegzunehmen.

51 Alexy interessiert sich zwar unter anderem auch für das »Grundrecht als Ganzes«, das er als »Bündel definitiver und prima facie-Positionen einschließlich der zwischen ihnen bestehenden Relationen«, namentlich der »Präziserungs-, Zweck-Mittel- und Abwägungsrelation« kennzeichnet. Vgl. Alexy, *Theorie*, S. 227 f. Wie er selbst einräumt, ist diese pointillistische Sichtweise aber mit keinem Erkenntnisgewinn verbunden: Denn im Rahmen der Frage, was zu einem Grundrecht als Ganzem gehört, stellten sich »alle Probleme der Grundrechtsinterpretation« (S. 228). Damit wird sein Unternehmen an jener Stelle offen zirkulär. Alexy kann das Ganze nicht anders als über eine Gesamtbetrachtung der Relationen beschreiben, die von deren Interpretation nicht loszulösen ist.

52 Tristan Garcia, *Forme et objet*, Paris 2011, S. 15, 16, 11.

53 Christoph Möllers, *Jenseits von Naturalisierung und Moralisierung*, Nachwort zu Hart, *Der Begriff des Rechts*, Berlin 2011, S. 366 ff., 382 ff.; eine einflussreiche moralische Theorie der Rechte ist Joseph Raz, *The morality of freedom*, Oxford 1988, S. 165 ff.; außerdem Ronald Dworkin, *Justice for hedgehogs*, Cambridge 2011, S. 405: »Political rights can be distinguished

sterilen Ausdifferenzierung verteidigen muss. Das Juristische hat einen eigenen Legitimationsmodus, in Genesis und Geltung, aber auch in seiner Systematisierung und Fortbildung. Dieser erweist sich als Konglomerat universal-moralischen, partikularethischen, ästhetischen und politischen Denkens. Kennzeichnend ist ein limitierter, da zeitlich-politischen Fortschritt nicht leugnender Primat der Form vor dem Inhalt. Es ist eben nicht belanglos, ob ein Recht universale Ansprüche formuliert wie in der französischen Erklärung von 1789, ob es haarklein für eine ganz spezifische Situation ausbuchstabiert wird wie in der Magna Charta von 1215 und überwiegend in der US-Bill of Rights oder ob es sich um ein Recht handelt, das unter anderem von »allgemeinen Gesetzen« begrenzt wird wie die Meinungsfreiheit nach dem deutschen Grundgesetz. Hier sind formale Unterschiede von der Qualität nicht gering zu achtender Struktur-differenzen. Das lässt sich exemplarisch an der (kommunikativen, intersubjektiv-handlungsorientierten) Religionsausübungsfreiheit veranschaulichen: Diese bietet ausweislich primär positiver Rechtstexte – Verfassungen und Gesetze – und sekundär ihrer autorisierten positiven (herrschenden) Interpretation durch Gerichte und Behörden teils (nahezu) absoluten Schutz vor Gesetzen der Mehrheit, ist teils gesetzlich zu präzisierendes Prinzip, das als inklusive oder exklusive »Laizität« ausbuchstabiert werden mag, und schließlich teilweise relative Abwägungsposition, die sich immer erst gegen vorgeblich bessere Gründe behaupten muss.<sup>54</sup>

Der Formprimat hat verschiedene Grenzen, die an dieser Stelle nicht im Einzelnen zu thematisieren sind.<sup>55</sup> Die wichtigste ergibt sich aus der bis heute wirkenden Kraft der Aufklärungsmoderne, die ohne einen entdifferenzierenden Zug des Politisierens und Moralisierens verschiedener systemischer, vor allem positiv-juristischer Rationalitäten nicht denkbar erscheint. Differenzierende Entdifferenzierung leistet in dieser Moderne aber zuvörderst die Dialektik, die zwischen Seinsanalyse und Erkenntnisweg vermitteln will, indem sie Widersprüche ausmisst.

from personal moral rights only in a community that has developed some version of what Hart called secondary rules (...) Legal rights can sensibly be distinguished from other political rights only if that community has at least an embryonic version of the separation of powers Montesquieu described.« Dworkin verwendet das Bild einer »Baum-Struktur«: »law is a branch, a subdivision, of political morality« (ebd.).

54 Erstere Konzeption ist am ehesten in den USA zu finden – bis hin zur religiös begründeten Schulbefreiung –, die zweite in Frankreich als demokratische Grundsatzdebatte um die Präsenz des Religiösen im öffentlichen Raum und letztere in Deutschland wenigstens seit dem sichtbareren Auftreten religiöser Minderheiten. Individuelle Selbstbestimmung wird je als Rückzugsort, kollektiv zu definierende Lebensart und hierarchisch regulierte, korporativ vermittelte Sphärenintegration dekliniert.

55 Vgl. aber unten insb. Kap. F.

## Dialektik: Jenseits von Ontologie und Methode

*Dialektik ist hier keine Erkenntnismethode, aber auch nicht die Behauptung von »Realwidersprüchen«.*<sup>56</sup> Sie beschreibt die widersprüchliche begriffliche Struktur einer stets im Werden begriffenen wirklichen Tatsächlichkeit. Die uns hier betreffende Tatsachenwelt ist die der rechtsförmig werdenden demokratischen Politik. *Die notwendig idealistische Demokratie arbeitet sich selbst fort, indem sie zwischen ihren idealen Widersprüchen changiert*, die selbst kontingenterweise einen unterschiedlich starken Gang in ihre Extreme erzwingen. Quantitative Differenzen sind ein Produkt gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse, aber der qualitative Widerspruch bleibt als ideal-soziales Faktum im Zwischenraum von bloßer Methode und tatsächlicher Materialität. Denn »eine Dialektik, die ›nicht-spiritualistisch‹ sein will, darf auch nicht materialistisch sein, das heißt: kein absolutes Sein annehmen (›Geist‹, ›Materie‹ oder die von Rechts wegen schon gegebene ›Totalität‹ aller möglichen Bestimmungen). Sie muss auf Geschlossenheit und Vollendung verzichten und die restlose Erfassung der Welt durch ein System zurückweisen. Um der rationalistischen Illusion zu entgehen, muss sie Ernst machen mit dem Gedanken, dass es Unendliches und Unbestimmtes gibt; ohne deshalb vor der Anstrengung zu kapitulieren, hätte sie zuzugeben, dass jede rationale Bestimmung einen unbestimmten und nicht-rationalen Rest übrig lässt.«<sup>57</sup>

Dialektik ruht auf zwei Grunderkenntnissen: *begrifflich-historische Dynamik und Wirklichkeitsbildung durch Gegensatz*. Verwandt damit ist auch die semantische Einsicht der Bedeutungsklä rung durch Gegensatzbildung, die wiederum eine ontologisch deutbare Grundlage in dem eher beiläufigen »omnis determinatio est negatio« Spinozas besitzt.<sup>58</sup> Freilich wird diese Grundeinsicht von Hegel zur doppelten Negation erweitert, der Bewegung der Aufhebung.<sup>59</sup>

Grundrechte haben es an sich, diese Grundbewegung der Wirklichkeit auch in sich selbst – als »innere Dialektik« – zu vollziehen; darin besteht ihre *Reflexivität*.<sup>60</sup> Erst diese macht die Rechte auch zu den Leitplanken

56 Dagegen auch stellvertretend Jürgen Ritsert, *Summa Dialectica*, Weinheim 2017, S. 245 ff.

57 Cornelius Castoriadis, *Gesellschaft als imaginäre Institution*, Frankfurt a.M. 1990, S. 91.

58 Jacobis ontologische Deutung von Spinozas Diktum wird bei Hegel zu Spinozas grundlegender Einsicht (Georg W. F. Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, 3.2.1.A.2., Werke Bd. 18, Frankfurt a.M. 1979, S. 163).

59 Zum Grundschemata der Hegel'schen Dialektik in der »Wissenschaft der Logik« Herbert Marcuse, *Vernunft und Revolution*, Darmstadt 1972, S. 65 ff.

60 Zur zentralen Rolle der Reflexivität in jeder posthegelianischen Dialektik Ritsert, *Summa Dialectica*, S. 44, 49, 70 und passim. Ritsert stützt sich in

und Bewegern des demokratischen Prozesses. Es hebt sich temporal-politisch ein individualistisch-konservativer über einen intersubjektiv-liberalen zu einem kollektiv-progressiven Grundrechtsaspekt auf.

## Methodisches

Hinsichtlich unserer *Methode* lässt sich festhalten: Die Grundrechte sind real und werden pragmatistisch erkannt. Es handelt sich um *abstrakte Gegenstände*<sup>61</sup> von hoher Wandelbarkeit und konstitutiver Relationalität. Diese Merkmale lassen es dennoch nicht angezeigt erscheinen, von einem *realistischen* Zugriff abzusehen. Damit ist nämlich eine ontologische These bloß in einem schwachen Sinne verbunden: Es wird nicht behauptet, Grundrechte seien kleinste Elemente der Wirklichkeit; es wird lediglich für sinnvoll erachtet, diese als Bestandteile der Rechts-Wirklichkeit zu identifizieren.<sup>62</sup> Grundrechte bilden einen »Mikrokosmos« des »Kosmos« Recht, insoweit wohl in charakteristischer teilweiser Überlappung mit dem »Kosmos« der Moral, und zeitigen als solche beobachtbare Wirkungen. Jede Form der Reduktion von Grundrechten auf etwas »Eigentliches« verkennt den Eigenstand dieser Spezies von Gegenständen, die nicht etwa allein Interessen oder Willensmachtbezirke zum Ausdruck bringen. Rechte sind keine Epiphänomene des Politischen oder des Moralischen. Man kann mit Ian Hacking von interaktiven Objekten sprechen<sup>63</sup> oder, präziser, posthegelianisch von *dialektischen* Phänomenen, sofern man Dialektik wie hier nicht auf eine Methode reduzieren will.<sup>64</sup> Auch Bündelbegriffe dürften Rechte darstellen, insofern sie zahlreiche Relationen aufnehmen und sich so anreichern können.

Anlehnung an Thomas Kesselring auf die »strikten« Antinomien in Kants »Kritik der reinen Vernunft« und die in ihnen zum Ausdruck kommende Abkehr vom aristotelisch-probabilistischen Dialektikbegriff. Insbesondere die Freiheitsantinomie weist aber eine spezifische »logisch-syntaktische Tiefenstruktur« auf, die sie zum Modell der Hegel'schen Dialektik macht. Die These enthält in sich schon die gesamte Antithese und umgekehrt. Solches kann man auch für die Rechte zeigen: Beispielsweise benötigen auch inhaltlich kommunikative Rechte substantielle Besitzstände, Eigentum bedarf der (wie auch immer egalitären) Verteilung.

61 Vgl. Wolfgang Künne, *Abstrakte Gegenstände*, Frankfurt a.M. 2007.

62 Anders als etwa bei Charlotte Girard, *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, Paris 2010, S. 42 ff.: Rechte dort als Sprechweisen im juristischen Diskurs.

63 Ian Hacking, *The social construction of what?* Cambridge, MA 1999.

64 Jürgen Ritsert, *Dialektische Argumentationsfiguren in Philosophie und Soziologie*, Münster 2008, S. 26 ff. (»strikte Antinomie als Prinzip der

*Pragmatisch* ist der hiesige Zugang, weil er nicht darauf vertraut, dass reale Gegenstände sich per se erschließen. Sie zeitigen vielmehr Wirkungen auf den teilnehmenden Beobachter.<sup>65</sup> Was die (einzelne) Welt des Einzelnen verändert, auf dem Papier eines gerichtlichen Urteils oder durch eine ersparte Sanktion etwa, ist zu erkennen. Aber auch rechtsdogmatische Einflüsse sind Effekte in diesem Sinne, sobald sie beschrieben und (teilweise) akzeptiert sind. Jede neue Klassifizierung oder Systematisierung kann so ein Schritt sein, den Gegenstand der Rechte von einer anderen Seite zu ertasten. Das Recht wird sich stets in Teilen entziehen, so dass eine weitere Perspektive möglich und nötig wird. »Es geht hier um eine Einkreisung der Thematik; man will sich die Sache von allen Seiten wieder und wieder anschauen.« (Wittgenstein) Zugleich wandelt sich das Recht potentiell durch seine Beschreibung, ohne dass es je vollständig rekursiv auf eine wissenschaftliche »Konstruktion« zurückführbar wäre. Vielmehr ist es konstitutiv zukunfts offen – entsprechend einem weiteren Grundpfeiler pragmatischen Denkens, gar seiner »Hauptpunkte«.<sup>66</sup>

Stattdessen kann man Recht *begrifflich* zu »fassen« suchen. Begriff bezeichnet hier mehr als eine Intension oder eine Extension, mehr als eine Zusammenfassung verschiedener gleicher Elemente zumal. Bereits im Begriff steckt die Art Temporalität, die ein Kernanliegen der folgenden Theorie ausmacht. Sie bezeichnet eine Dialektik, die *weder rein historisch noch rein apriorisch* sein kann. Zwar wird zugestanden, dass sich Geschichte dialektisch, also in Widersprüchen und deren Aufhebung, entfaltet. Die letztlich empirische Frage gilt es jedoch zu überwinden zugunsten der Aufgabe, das Logische an dieser Bewegung zu betonen; und Logik heißt hier eine die klassische formale Logik nochmals einbegreifende Sicht der Wirklichkeit.<sup>67</sup>

Das läuft vor allem auf eine Abgrenzung von wahrer und schlechter Unendlichkeit hinaus, das heißt die Frage, wie man – in produktiver Umkehrung des Münchhausen-Trilemmas (Hans Albert)<sup>68</sup> – einen leeren

Dialektik«); Thomas Kesselring, Die Produktivität der Antinomie, Frankfurt a.M. 1984.

- 65 Charles Sanders Peirce, How to make our ideas clear, Popular Science Monthly vol. 12 (1878), S. 286 ff., 293.
- 66 Ludwig Nagl, Pragmatische Handlungshorizonte, in: Andreas Hetzel et al. (Hg.), Pragmatismus – Philosophie der Zukunft? Weilerswist 2008, S. 189 ff., 189. Radikalisiert wird diese temporalitätstheoretische Einsicht in Derridas Lösung vom »à venir«, des unverfügbar Zukommenden, a. a. O., S. 191.
- 67 Hegels »Ansich«, vgl. zur entsprechenden Charakterisierung der Logik Ernst Bloch, Leipziger Vorlesungen zur Geschichte der Philosophie, Bd. 4, Frankfurt a.M. 1985, S. 324 ff.
- 68 Das Münchhausen-Trilemma benennt die Schwierigkeiten absoluter deduktiver Begründung: Nicht alle innerhalb eines Begründungszusammenhangs

Progress ohne Ziel, ein dogmatisches Ziel einer Entwicklung oder eine endlose Wiederholung bekannter Verlaufsschemata, die ewige Wiederkehr, vermeiden kann.

Neuere Theorien der (demokratischen) *Iteration*<sup>69</sup> versuchen darauf eine weiterführende Antwort, die alle drei Fallen des logischen Denkens der Zukunft umgeht: also eine weiterführende und -entwickelnde Wiederaufnahme einer Allgemeinheit in konkreten Instanzierungen, die Fortschritt ermöglicht, ohne eine Geschichtsteologie zu entwerfen oder bloß Schleifen zu beschreiben. Man kann diesen politischen Gedanken eines »reiterativen Universalismus«<sup>70</sup> durchaus in die Begriffslogik reimportieren: Es gibt dann einerseits einen Prozess der »Bildung« eines Begriffs, seiner anreichernden Fortschreibung, der sich in der Tat retrospektiv als Fortschritt verstehen lässt. Auf der anderen Seite gibt es aber Instanzen, ereignishafte Einbrüche in diesen Prozess, die erst den Begriffen ihre Bewährung im Einzelfall abverlangen und ihnen Kontur verleihen, sie gleichsam mit Material anreichern. Während die Begriffsbildung stets nur zwischen Vergangenheit und Zukunft zu denken ist, keine Gegenwart kennt, sind die Instanzen Gegenwart. Sie werden erfahren.

Wenn die Begriffe nur Schöpfung und *Werden* kennen, aber kein *Dasein*, sind sie nicht Gegenstand der Kommunikation, sondern in die Kommunikation eingeschlossen. Die Gegenwart ist hingegen stets die Gegenwart der Kommunikation. Da die Begriffe nie einfach da sind, liegt darin kein Platonismus. Denn bei Hegel kommt es zur *Prozessualisierung* der platonischen Idee; sie wird als »Begriff« ganz ins *Werden* verlegt.<sup>71</sup> Demokratisch-posthegelianisch gewendet, führen die Begriffe auch kein Eigenleben mehr, sondern haben als rechtliche Begriffe eine politische, demokratisch prozessualisierende *Kehrseite*. Die demokratische Intervention ist so intrikat mit der Idee und dem *Werden* verflochten, so dass nicht mehr wie noch im Ausgangspunkt bei Platon Ideen das Seiende und daher die »Macht« sind;<sup>72</sup> entscheiden muss am Ende immer der Mensch.

auf tretenden Schritte sind begründbar. Stattdessen bleiben nur regressus ad infinitum, circulus vitiosus oder dogmatische Begründungsbasis. Vgl. Hans Albert, Traktat über kritische Vernunft, Tübingen 1968, S. 11 ff., 183 ff.

- 69 Seyla Benhabib, Kosmopolitismus und Demokratie, Frankfurt a.M. 2008, S. 43 ff. Ursprünglich Jacques Derrida, Signatur Ereignis Kontext, in: ders., Randgänge der Philosophie, Wien 1999, S. 325 ff. Die Pointe der Iterationsfigur lautet: Aus authentischen, anreichernden Wiederholungen erwächst allererst die Bedeutung abstrakter Begriffe.
- 70 Michael Walzer, Nation and universe, Tanner Lectures 1989, I. Two kinds of universalism.
- 71 Vgl. Andreas Dorschel, Ideengeschichte, Göttingen 2010, S. 77.
- 72 Dorschel, Ideengeschichte, S. 60.

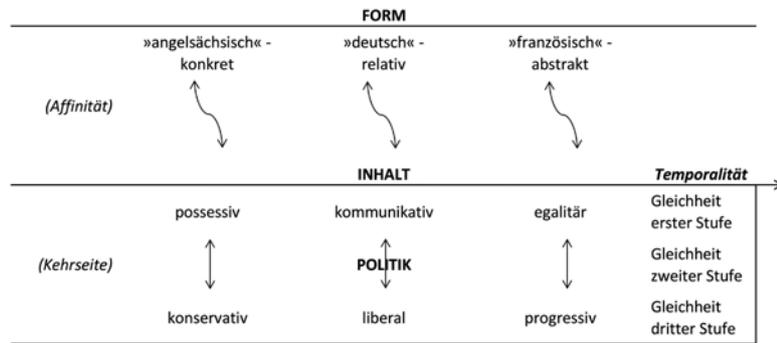


Abb. 1: Das individuelle Recht mit seinen vier Achsen zwischen begrifflichem Recht und demokratischer Politik

## Die Strukturachsen der Rechte

Die Architektur der Untersuchung muss die rechtlich-politische Doppelnatur ihres Gegenstandes in der Gliederung spiegeln. Daher wird auf die Analyse der rechtlichen Struktur (Kapitel C, D und E) die Analyse der politischen Natur der Rechte (Kapitel F) folgen.

Dabei sind vier Achsen auszumachen: Formtypen, Inhaltstypen = Temporalitätstypen, Egalitätsstufen und Politik. Nur die ersten drei betreffen die juristische Seite des Gegenstands Aufhebungsrecht. Wie gesagt ist die politische Achse aber nur die Kehrseite der juristischen Inhaltsachse und »politikontologisch« zwischen »Links und Rechts« ebenso temporal gegliedert. Die demokratisch-politisch geöffnete Begrifflichkeit der Rechte kann Hoffnungen auf einen Fortschritt zur sozialen »Befreiung« erst freisetzen und macht die Rechte damit (in der Rekonstruktion dieses Fortschritts) zu einem Mittel der »erhöhenden« Aufhebung.

Eine Besonderheit sei vorausgeschickt: Sie liegt darin, dass die Gleichheit auf zwei Achsen erscheint; sie bildet eine eigene, die quer zur Temporalitätsachse liegt, aber ist genauso am Zukunftspol der Inhaltsachse anzutreffen. Daran wird schon deutlich, dass die Gleichheit einen Sonderstatus als Konstitutionsbedingung innehat und daher aus dem zeitlichen Werden in einer Hinsicht herausgenommen ist. Dass sie auf der Inhaltsachse einen Pol bildet, bedeutet dabei keineswegs, dass es zur Egalität schlechthin gegenläufige Rechte gäbe. Denn die Inhaltstypen betreffen nicht die Rechte als Ganze (etwa: das Eigentumsrecht oder das Fernmeldegeheimnis), sondern vielmehr nur deren einzelne Aspekte (s.u.). Also: den possessiven, den kommunikativen und den egalitären Aspekt eines beliebigen Rechts. Schwerpunkte kann es geben, aber die Egalität

fehlt nie; so wie es immer ideale Zukünfte gibt, während Vergangenheit vergeht und Gegenwart flüchtig ist. Die Aspekte sind dialektisch, weil jede These schon ihre Antithese in sich enthält.

Rechte zeichnen sich nach dem hier vorgelegten Ansatz strukturell durch abgestufte *Regelhaftigkeit* (Formtypen), *Temporalität* (Modalität, Inhaltstypen) und *Egalität* aus. Sie besitzen eine intern dreistufige *egalitäre Struktur*, die sich nicht komplett von ihnen ablösen lässt, ohne dass ihr Status als Grundrecht entfele. Zwischen verschiedenen Stufen der Form der Rechte und solchen der Temporalität bestehen *Affinitäten*, die sich wiederum aus dem Zusammenhang von Temporalität, Egalität und Regelhaftigkeit erklären lassen.

Gerade die Strukturanalyse der in die Zukunft offenen juristischen Egalität von Verfassungsrechten erweist deren *immanent* fortschrittlichen Charakter, der das objektive Recht auf die der Moderne eigentümliche politische Probe umfassend begriffener Rechtfertigung stellt. »The dimension of the future liberates the emancipatory potential of law (...) as a medium of morally directed transformation.«<sup>73</sup>

## Form

Die Struktur der Rechte zunächst *als juridischer Gegenstand* zerfällt in drei Teile: Form, Temporalität und Gleichheit. Das Kapitel C möchte die Achse der Form beleuchten. Die Form oder »Weise des Gegebenseins« der Rechte ergibt sich aus ihrer historisch und territorial kontingenten textlichen Darstellung in verschiedenen Graden der Regelhaftigkeit. *Auf der Achse der Form ist daher die Bestimmtheit oder Regelhaftigkeit der Rechte abgetragen*. Diese äußerliche Form ist nicht reine Oberflächenstruktur, sondern hat einerseits *institutionelle* Folgen und Bedingungen<sup>74</sup> (etwa bestimmte Vorstellungen von Gewaltengliederung oder des Verhältnisses von »Staat« und »Gesellschaft«) – die in dieser Untersuchung

73 Benedict Vischer, Systematicity to excess, in: Kadelbach, Stefan/Kleinlein, Thomas/Roth-Isigkeit, David (Hg.), System, order, and international law, Oxford 2017, S. 303 ff., 312.

74 Vgl. Christoph Möllers, Die Möglichkeit der Normen, Berlin 2015, S. 300: »Die These, die Norm sei stets etwas anderes als der Normtext, ist institutionell nicht unschuldig.« Daher muss und kann die *Form-Achse* mit ihrer Bezugnahme auf den Normtext und Norm-Kontext (andere Normtexte) eine *minimale demokratisch-institutionelle Rückbindung* leisten, während der Inhalt (inklusive der Egalität) gemäß dem Anspruch dieser Untersuchung *nicht-institutionell* bleiben kann. Damit verbunden ist freilich eine teilweise Abkehr vom »droit politique moderne«, das mindestens seit Bodin die Dimension des Institutionellen im Recht der Politik betont hat, vgl. ausführlich Simone Goyard-Fabre, Les principes philosophiques du droit politique

nicht im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit stehen – und andererseits *Affinitäten zu bestimmten Inhalten* des Rechts, wie sie sich auf der zweiten Achse der Temporalität abgetragen finden.<sup>75</sup> So kann ein sehr stark regelhaft formuliertes Recht typischerweise einfacher temporal konservative, eigentumshafte Rechtsinhalte abbilden als kommunikative oder egalitäre. Denn »der Verweis auf ein konkretes Schutzgut« scheint »eine Bedingung seines (scil.: des konservativen Rechtsaspekts, TW) aporiefreien Funktionierens zu sein, während eine generell-abstrakte Formulierung solcher konservierender Rechte mit der Veränderungsbedürftigkeit und Sozialität jeder Rechtsgarantie in Konflikt gerät.«<sup>76</sup> Gerade egalitär-distributive Aspekte der Rechte benötigen einen breiten gesetzlichen

moderne, Paris 1997, S. 167 ff., insb. S. 168. Der Realismus begrifflicher Rechte ist nur insoweit eine nicht mehr klassisch-moderne Konzeption, als eine Aufhebung objektiven Rechts durch subjektive Rechte sich auch institutionell durch eine Verselbstständigung des souveränitätskritischen Moments politischer Organisationen bemerkbar macht. Man könnte auch sagen: Der Realismus der Rechte hebt die moderne Einheit des Staates durch eine konkurrierende, individualistische Art der organisierten Vergesellschaftung auf. Eine solche »Auflösung« staatlicher Herrschaft durch einen vordringenden Primat staatsunabhängiger Rechte ist bisweilen verfallstheoretisch beschrieben worden; locus classicus: Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Die Verfassung Deutschlands (1801), in: Werke Bd. 1, S. 461 ff.; Kommentar bei Goyard-Fabre, Principes, S. 29 ff.: Das Motiv der Auflösung des Staates in einer »Orgie der Subjektivität« oder einer gemeinwohlversen Dominanz des Privatrechts ist ein staatsrechtlicher Wiedergänger, der auch derzeit wieder eine gewisse Renaissance erfährt. Goyard-Fabre spitzt zu: »La menace est double: ou le goulag, ou l'anarchie.« (S. 274) Die gleichzeitige Gefahr des Totalitarismus staatlicher Allmacht und des »umgekehrten Totalitarismus« libertär freigesetzter Privatheit (Richard Wolin) ist eine unplausible Prognose. Politiktheoretisch überzeugender dürfte die Einschätzung sein, wir hätten es mit einer komplexen Veränderung des »Subjektivierungsmodus« der Einzelnen zu tun; ohne dass irgendeine Anarchie oder Anomie am »neoliberalen« Horizont aufschiene. Denn die Rechte sind untereinander *formal wie inhaltlich zu vielgestaltig*, um über den einen ideologiekritischen Leisten der enthemmten Subjektivität geschlagen zu werden, wie diese Untersuchung erweisen soll. Das bedeutet auf der anderen Seite jedoch auch, dass ein demokratischer Politikmodus um rhetorisch-vernünftige *kontrafaktische Einheitsbildung* bemüht sein sollte, statt die Einheit als gewaltsam wiederherstellbares Faktum misszuverstehen.

75 Diese Affinitäten drücken sich in unserem Modell als eine *annähernde Parallelität* der Achsen der Form und des Inhalts (der Temporalität) aus. So liegt der garantistische Formtyp (C.III.) näher beim possessiven Inhaltstyp (D.I.), der relativistische (C.VI.) beim kommunikativen (D.II.), der idealistische (C.IV.) beim egalitären (E.).

76 So Christoph Möllers in seinem Erstgutachten zur vorliegenden Untersuchung.

Unterbau, etwa bei der Anordnung von Umverteilungsmechanismen. Allerdings beschreiben die Affinitäten keine starren Gesetzmäßigkeiten, sondern lediglich typisierende Erfahrungswerte.

Aus der *Logik des Kontinuums* ist aber auch schon bei der Achsenbildung selbst kein Entkommen. Die drei *Idealtypen* der Form-Gestalt von Rechten, die wir hier unterscheiden, sind daher nur Bezeichnungen für *Abschnitte* der Achse der Form, die nicht völlig trennscharf funktionieren können. Trennschärfe wäre anders als Begriffsschärfe von vornherein ein vermessenes Ziel einer Analyse normativer Gegenstände. Ein besonderer Status der *Trias* der Idealtypen ist daher auch nur insofern von Bedeutung, als ein Dualismus eine klare Polarisierung auf der Achse suggerieren könnte: Diese hätte dann einen klaren Anfang und ein bestimmtes Ende. Das ist aber nicht der Fall. »Regelmäßigkeit« hat keinen bestimmten Anfang und kein klares Ende; es gibt nicht nur »bestimmte« und »unbestimmte« Rechtsnormen. Beide Enden fransen aus, und es gibt ein weites Mittelfeld. Das liegt schon daran, dass die Bestimmtheit eines Rechts sich nicht allein am *Text* der fraglichen Bestimmung ablesen lässt, sondern den *Kontext* der Gesamtordnung der Rechte zu berücksichtigen hat.

Das hiesige Unterfangen beschränkt sich weder auf der Formebene – also hinsichtlich des Problems, in welcher *äußeren Gestalt* Rechte jeweils positiv auftreten – noch auf der Inhaltsebene – bezogen auf die *Temporalität* des Schutzes durch ein Menschen- oder Grundrecht – auf eine Traditionskomparatistik im Sinne vergleichender Historisierung. Die verfassungsphilosophische Aussage, die dem Kern des Vorhabens entspricht, ist als solche durchaus systematisch abgeschlossen.<sup>77</sup> Dieser Abschluss ist dadurch bewerkstelligt, dass *formale Grundtypen* abgeleitet werden, die vom positiven Recht verschiedener Gebiete inspiriert, aber nicht geographisch trennscharf sind. Formale (Ideal- oder »empirische«) *Typen* der Grundrechte sind daher genau das: Begriffe, die typisieren, also keine Kategorien im strengen Sinn, sondern Skalargrößen, die unendliche Abstufungen zulassen, ein Kontinuum lediglich strukturieren helfen. *Formtypen* gewähren uns begrifflich Einsicht in das weite Feld der textualen und kontextualen positiven Oberflächenstruktur von Rechten, die in höchstem Maße historisch kontingent bleibt. Oberflächenstrukturen zu analysieren und zu ordnen, geht daher nicht ohne mehr als rhapsodische Geschichtserzählungen vonstatten, die es erst erlauben, Gestalten zu klassifizieren. Am Ende soll eine überschaubare Zahl von Formtypen stehen, die Platzhalter für verschiedene

77 Im Sinne von Christoph Schönberger: »Verfassungstheorie und Verfassungsvergleichung sind dialektisch aufeinander bezogen.« Vgl. Christoph Schönberger, Verfassungsvergleichung heute: Der schwierige Abschied vom ptolemäischen Weltbild, Verfassung und Recht in Übersee 43 (2010), S. 6 ff., 26.

europäisch-atlantische Traditionen sind, Menschen- und Grundrechte (schriftlich) zu positivieren.

## Inhalt – Temporalität

Die *formalen* Typen werden durch *inhaltliche* Typen ergänzt. Das Kapitel D wendet sich der Temporalität, dem *Inhalt* der Rechte zu. Dabei geht es nicht darum, einzelne Gruppen von Rechten zu unterscheiden, wie wir sie in Verfassungstexten positiv vorfinden: also etwa Rechte des Eigentums, wirtschaftliche Freiheit, kommunikative Freiheiten oder Rechte der Solidarität. An die Stelle solcher eher thematischer, meist lebensbereichsbezogener Sortierungen tritt die strukturelle *Achse der Temporalität*: Welche *Momente* können wir an einzelnen Rechten im Hinblick auf ihre Beziehung zurzeit unterscheiden? Anders als bei der Achse der Form ist die Trias hier nicht allein dem Kontinuum geschuldet, sondern den *drei Zeitstufen* der Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft. Das vergangenheitsorientierte inhaltliche Moment der Rechte fängt das Substanzhafte, *Eigentumshafte* ein, das einen Status quo sichern will. Gegenwartorientierung bedeutet Verflüssigung im Diskurs, in der Kommunikation, auch allgemeiner in der Praxis. Idealtyp scheint hier die *Meinungsfreiheit* zu sein. Zukunftsorientierung bringt in das System der Rechte die *Gleichheit*. Denn sie ist niemals schon verwirklicht, sondern bleibt stets unerfülltes Ziel der Rechte, jedenfalls in der entscheidenden Hinsicht, dass Rechte im System der Aufhebungsrechte niemals *vollständig* egalitär verteilt sein werden.

Im Kapitel D ist ferner in Form eines systematischen *Exkurses* zu begründen, warum die *Würde* als oft genanntes, in Deutschland nach dem Art. 1 I GG sogar dominantes Fundierungsmoment der Rechte temporal über- und daher unbestimmt ist und folglich für die Achse der Temporalität und die Inhaltsbestimmung der Rechte ohne Belang ist. Systematisch ist diese Auseinandersetzung wichtig, weil die Würde fast immer als »Unverfügbares« gehandelt wird und auch international dabei ist, neben Freiheit und Gleichheit (als temporal bestimmten Inhaltsmomenten) ein ernsthafter Rivale für die inhaltlich-prinzipielle Fundierung der Rechte zu werden.

## Gleichheit

Die Gleichheit hat aber, wie sich aus der zweiten Grundsatzprämisse oben ergibt (Rechte sind Anti-Privilegien), nicht ausschließlich die Funktion, die Rechte in die Zukunft zu öffnen. Sie ist *zugleich das wesentliche Konstitutionsmoment* der Rechte, das nicht fehlen kann. Daher soll sie

hier trotz ihrer Position auf der Achse der Temporalität in einem eigenen Kapitel abgehandelt werden (E), und zwar in ihren *drei* Stufen, die eine *dialektische* Struktur variabler *Sichtbarkeit* beschreiben: abstrakt-universal, konkret-partikular und konkret-universal. Denn die Egalität bildet zusätzlich eine *eigene Achse* aus, die zu derjenigen der Temporalität am offenen Ende der Zukunft quer liegt, wie bereits erwähnt.

## Politik – Demokratie

Das Thema des an die Gleichheitsanalyse anschließenden Kapitels F ist die *politische* Natur und Normativität der Rechte, die sich als *Potential der menschlichen politischen Sozialität* beschreiben lässt – dies ist die Kehrseite der *rechtlichen* Zeitlichkeit unseres Gegenstandes mit ihrer begrifflichen Gleichheitsorientierung. Politische Sozialität erweist sich als andere Seite der rechtlichen Gleichheit.

Zugleich ist die *institutionelle Seite* der Politik, die in dieser Untersuchung *kein Thema* ist, andeutungsweise als der politische Umschlag der *Formdimension* der Rechte zu bezeichnen, weil bestimmte Staatsgewalten in einer besonderen Nähe zu diesen verschiedenen Formtypen operieren. So kann man den garantistisch-»angelsächsischen« Typ mit der Rechtsprechung in Verbindung bringen, den relativistisch-»deutschen« mit der Verfassungsrechtsprechung und den idealistisch-»französischen« mit der Gesetzgebung. Daraus ergibt sich auch eine besondere Relevanz der Politik- und *Verfassungsgeschichte* für die *Formtypen*, während sich die Inhaltstypen *begrifflich* entwickeln lassen und die Egalität fast schon *rechtsdogmatisch* zu (re)konstruieren ist.

Es gibt noch eine weitere Verbindung der Form- zur Politikachse: verschiedene politisch-kulturelle Verständnisse der *Individualität* erklären eine besondere Affinität zu bestimmten Formtypen.<sup>78</sup>

Aufhebungsrechte zeigen erst politisch, nicht schon rechtlich das ihnen eigene Hoffnungsmoment der Befreiung zur gelingenden Sozialität. Diese Aufgabe zu *erfüllen*, statt sich ihr juridisch nur »in Trippelschritten« *anzunähern*, bleibt der *demokratischen Politik* überlassen, die allerdings nicht mehr und nicht weniger als *Politik im dreisinnigen temporalen Horizont der Rechte* ist und sich so auch nach dem modernen Gründungsereignis der französischen Revolution zwischen »links« und »rechts« strukturiert. Die *Kollektivität bedarf dazu der Organisation* etwa nach egalitärem Mehrheitsprinzip, nach dem jede Bürgerin gleich zählt, doch bleibt das politische System *inhaltlich* – und das allein ist unsere (nicht-institutionelle) Perspektive – auf die fortschreitende egalitäre Verwirklichung von Rechten orientiert, langsamer (konservativ) oder

<sup>78</sup> S.u. C. I. 2.

geschwinder (progressiv), solange es *inhaltlich-temporal* demokratisch als »Ordnung der Hoffnung«, nicht autoritär als Gehäuse der verlorenen Illusionen und bloße »Ordnung der Ordnung« eines negativen Friedens funktioniert. Jede echte Krise der Menschenrechte ist daher zugleich eine Krise der demokratischen Hoffnungspolitik des positiven Friedens.

### Antipräsentisches Recht und präsentische Politik

Wenden wir uns der von Theorie unabscheidbaren Praxis von Recht und Politik zu. Das dialektische Modell der Begriffe, das notwendig eines der Entwicklung von Begriffen ist, kann nun ein weiteres Mal rückübertragen werden, und zwar auf die Ebene der temporal mehrsinnigen *Verfassung*, die sich dadurch definiert, dass sie *Recht und Politik* analytisch scheidet und real aufeinander bezieht. Das Recht ist dann ein begriffliches Unternehmen, das anti-präsentisch ist. Gleichzeitig wird es politisch stets präsentisch produziert: Gegenwärtige Kommunikation entbirgt in ihrer nur zufälligen Intersubjektivität das *Potential* zur Normativität – also Erzeugung von Recht –, das im bloß tatsächlichen Besitzstatus noch ganz fehlte, ohne so wie egalitäres Recht schon selbst vollkommen normativ zu sein. Bezogen auf die Politik, und ein solcher Bezug ist bedeutungstheoretisch sinnvoll, weil nur Gegensätze Bedeutungen konstituieren,<sup>79</sup> ist *das Recht immer das Andere der Gegenwart*, worum nicht gestritten wird. Dass gerade die Politik als Kontrastfolie dient, begründet sich aus der rechtlich-politischen Doppelnatur (Kehrseitenhaftigkeit) der Rechte. Sobald über durch Rechte aufgehobenes Recht gestritten wird, betreten wir das Feld der Rechtspolitik – dann aber geht es nicht mehr um die Gegenwart, sondern um die Zukunft. Wenn das begrifflich strukturierte Recht immer schon Vergangenheit, namentlich Wille und dessen Kreation, und Zukunft, also Horizont und Folgenzenario, ist,<sup>80</sup> dann ist das Recht allein im Quasi-Nullum des Moments der Erzeugung (»Modulation«)<sup>81</sup> gegenwärtig. Dagegen ist die Politik der Raum der Gegenwart.

Das gilt für alle Gewalten gleichermaßen: die legislative Rechtspolitik, die exekutive Rechtsausführung und die judikative Rechtsanwendung – insoweit hat Kelsen unbestreitbar Recht, wenn er die einzelnen Momente der Rechtserzeugung engführt.<sup>82</sup>

Ein Beispiel: Eine Richterin begründet ihr Urteil mit der abnehmenden Akzeptanz einer Praxis in der Gesellschaft – das wäre dann Politik

79 Ernst Cassirer, *Philosophie der symbolischen Formen*, Erster Teil, Hamburg 2010, S. 55.

80 Zwischen beiden Extremen pendelt juristische Interpretation.

81 Müller-Mall, *Performative Rechtserzeugung*, S. 179 ff.

82 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. A., Tübingen 2017, S. 423 ff.

und nicht Rechtsprechung, weil ein Gericht nicht zur Gegenwartsdiagnose berufen ist.

Anders gelagert ist der Fall, dass die Richterin sich auf die Tendenz des Gleichheitsbegriffs zur Expansion beruft – das ist Rechtsprechung und nicht Politik, weil es gerade die ureigene Aufgabe der Gerichte ist, Begriffe weiterzuentwickeln. Dass die Begriffe des Rechts nicht statisch sind, folgt schon aus der Theorie des Begriffs: Dieser kann nicht stillstehen, weil er immer zwischen ursprünglichem Schöpfer-Willen, der aber nicht bestimmbar ist, und einer spekulativen Folgenbetrachtung oszilliert, so dass sich die Spekulation über die Zukunft des Begriffs durchsetzt. Darin liegt nicht nur ein Antipräsentismus,<sup>83</sup> sondern vor allem eine Programmierung der Rechte auf die Zukunft hin, ein Bekenntnis zur *Sicherung der Kontingenz* statt eines Status quo (ante).

Die oft behauptete Stabilitätsfunktion des Rechts gegenüber der Politik gibt es zwar, aber überwiegend anders als gedacht: *Das Verfassungsrecht* – durchaus im Gegensatz zum einfachen Recht – *sichert mit seinen Grundrechten in erster Linie den Wandel ab*, es ermöglicht erst Politik und bewahrt die Politik vor ihrer Tendenz, das Gegebene, die überkommene Ordnung zu bevorzugen und zu bewahren.<sup>84</sup> Politisch sind Konser-vationsinteressen leichter organisierbar als Reformationsinteressen. *Die Grundrechte sichern die Politik daher in gewissen Grenzen gegen deren Erstarrungstendenz*, gegen den Primat bestehender Ordnung und Hierarchie, der sich praktisch so schwer erschüttern lässt. Verfassungsrechte ermöglichen demokratischen Gesellschaften, sich auf den Fortschritt zu verpflichten, den sie zu ihrem Überleben nötig haben – wenn auch keineswegs allein. Gesellschaftliche Lernprozesse erfordern zahlreiche, nicht nur juristische Beteiligte.<sup>85</sup>

Von der Letztbegründung in normativen Fragen sollte man sich nach dem Scheitern der im letzten Jahrhundert noch einmal mit Bezug

83 Präzise gegen den spätmodernen Präsentismus gerichtet, vgl. zu letzterem Reckwitz, *Gesellschaft der Singularitäten*, S. 43 f., mit hyperbolischer Diagnose.

84 Mit einer sehr ähnlichen Warnung bereits BVerfGE 69, 315, 346 – Brokdorf unter Zitierung von Konrad Hesse, *Grundzüge*, 14. A., Heidelberg 1984, S. 157: Die Versammlungsfreiheit sei geeignet, »den politischen Betrieb vor Erstarrung in geschäftiger Routine zu bewahren«.

85 Wenn Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, dem subjektiven Recht eine viel zu große *negative* gesellschaftliche Bedeutung ansinnt, sollte die hiesige Untersuchung nicht die *positiven* Potentiale der Rechte überzeichnen wollen. Im Blick zu behalten ist die oft genug zweifelhafte Geschichte der Rechte als übermäßig oder einseitig individualistische Machtmittel etwa von Eigentümern, dazu Morton J. Horwitz, *Rights*, *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* 23 (1988), S. 393 ff., der besonders auf die nicht lang zurückliegende Wende des *Carolene Products*-Falles in

insbesondere auf Kant formulierten Versuche einer autoritativen Moralphilosophie verabschieden: Weder wert-<sup>86</sup> noch regel-<sup>87</sup> noch verfahrens-<sup>88</sup> noch anthropo-zentrierte<sup>89</sup> Ansätze zu einer solchen Immunisierung gegen vernunftgegründete Kritik haben sich als stichhaltig erwiesen. Vielmehr ist in dieser Hinsicht wieder ein Blick ins 19. Jahrhundert zu empfehlen – keineswegs als Abschied von Aufklärung und Emanzipation, sondern im Gegenteil als deren beider plausible Verankerung in der *Geschichte*, und das heißt auch in den Formen des Rechts, einer immanent temporalen Institution. Zu oft wurde in einer Art Kurzschluss angenommen, das Recht sei eine konservative Institution. Nachdem die letzten zweieinhalb Jahrhunderte diesen Glauben in politischer Hinsicht erschüttert haben sollten, weil das Recht nicht mehr das »gute alte Recht«, von Gottes oder Herrschers Gnaden ist, sondern sich eine ganz neue Schicht von liberalen und sozialistischen Grundrechtssätzen zugelegt hat, muss es nun darum gehen, diesen Wandel in seiner auch strukturellen Bedeutung zu reflektieren. Nein, das Recht ist nicht mehr nur strukturkonservativ – auch wenn es in manchen Rechtsordnungen traditionell stärker festhält, in anderen mehr infrage stellt, wie die Gegenüberstellung von verschiedenen Typen der Temporalität von Rechten erweisen soll.<sup>90</sup> Wenn man auf die Schicht der Rechte und ihre mittlerweile fundamentale Bedeutung in fast allen Rechtsbereichen schaut,<sup>91</sup> muss man das Gegenteil akzeptieren: Es ist längst auch das Recht, das teils die Funktion übernommen hat, Staat und Gesellschaftsordnung zu *dynamisieren*, zu verändern, ja: zu verbessern. »On est ainsi conduit, par un effet quasi mécanique, à valoriser le changement pour lui-même; cette valorisation est d’autant plus forte que se conjuguent ici deux

der US-Grundrechtsrechtsprechung hinweist (1937). Nicht zu vergessen ist die abermalige, diesmal reaktionäre Wende in *Citizens United*, wo sich die Judikatur wieder zum Instrument der Vermögenden gewandelt hat.

86 Nikolai Hartmann, *Ethik*, Berlin 1925.

87 Richard M. Hare, *The language of morals*, Oxford 1952.

88 Karl-Otto Apel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, in: ders., *Transformation der Philosophie*, Bd. II, S. 358 ff.

89 Ein an Aristoteles und Marx anknüpfender neuer Versuch bei Christoph Henning, *Freiheit, Gleichheit, Entfaltung. Die politische Philosophie des Perfektionismus*, Frankfurt a. M. 2015. Er vermeidet jede Statik in der Anthropologie, polt sie auf Individualität um.

90 Damit ist zum Beispiel die Affinität des angelsächsischen Formtyps zum possessiven Bedeutungstyp angesprochen, s. u. D. I.

91 Das gilt trotz der Kritik von Shklar an Dworkin und Fuller, Verteidigern einer solchen Position, wonach diese einen übersteigerten Idealismus statt einer solchen Position, wonach diese einen übersteigerten Idealismus statt einer empirischen Sicht auf die Funktionsweise des Rechts pflegten (Judith Shklar, *Der Liberalismus der Rechte*, S. 138 ff.).

philosophies convergentes du temps: une conception utilitariste qui accorde la prévalence au futur sur le présent et le passé (la norme nouvelle étant, par principe, censée meilleure que l’ancienne), et un modèle positiviste discontinu de la production juridique (...) Ce qui ainsi s’accrédite, c’est un processus permanent et autolégitimé de création – abrogation des normes juridiques, une mutabilité sans frein de la réglementation, un principe de réversibilité absolu des textes. «<sup>92</sup> Allerdings hat sich die konservative, Vergangenes festhaltende Temporalitätsdimension der Rechte auch nicht völlig erledigt.

Es ist entscheidend, die Einsichten etwa von Habermas<sup>93</sup> und Lefort<sup>94</sup> zu verarbeiten, dass es verschiedene Typen von Recht und Rechten gibt, die sehr unterschiedlich wirken, aber in der Gesamtschau den subjektiven verfassungsmäßigen Rechten ein politisch und strukturell *progressives* Gepräge geben.

Wenn hier eine philosophisch eher bescheidene Theorie eines strukturellen juristischen Progressivismus im Rahmen einer Verortung verschiedener Aspekte von Rechten zueinander entworfen wird, dann ist das Erbe der Aufklärungsphilosophie einschließlich einer als reflexive Moderne verstandenen Kritik an jener entscheidend für die Durchführung eines solchen Programms. Die reflexive Moderne hat sich auch darüber aufgeklärt, dass die Moderne keinen klaren Bruch mit der »Vor-moderne« markiert, sondern in vielen Hinsichten deren Erbe antritt – nicht zuletzt in der Bewegung hin zur Subjektivierung und Individualisierung des Rechts.<sup>95</sup> Insofern teilt die Arbeit gleichsam unter der Hand

92 Ost, *Le temps du droit*, S. 189.

93 Jürgen Habermas, *Naturrecht und Revolution*, in: ders., *Theorie und Praxis*, Frankfurt a. M. 1971, S. 89 ff., 94; ders., *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuaufl., Frankfurt a. M. 1990, S. 153 f. und insb. S. 330 ff. mit Verweis auf Abendroths Teilhaberechtsidee und Ridders Konzeption einer öffentlichen Meinungsfreiheit gegen gesellschaftliche Macht; ders., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1998, S. 155 ff.

94 Claude Lefort, *Menschenrechte und Politik*, in: Ulrich Rödel (Hg.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt a. M. 1990, S. 239 ff.

95 Vgl. stellvertretend Simone Goyard-Fabre, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris 1997, S. 4 ff.; vgl. aber auch das Caveat, die Rolle Wilhelm von Occams (Nominalismus) und Marsilius’ von Padua (Proto-Laizität) müsse mit einer »infinie prudence« (S. 8) beurteilt werden. Die Analyse von Goyard-Fabre sieht in Machiavelli und Hobbes die Epochenmacher der politischen Moderne – eine durchaus französische Perspektive, weil die Säkularität und Positivität der Herrschaft, ihre Lösung von Kirche und Moral, das maßgebende Kriterium bilden, ähnlich wie später in der Revolution von 1789. Brunkhorst, *Critical theory*, S. 90 ff. konzentriert sich hingegen mit Paul Berman auf die Rechtsrevolution des Mittelalters, die Herausforderung des geistlichen durch das profane römische Recht, um

die Hypothese von der Sattelzeit,<sup>96</sup> einer Epochenschwelle zur Moderne, die insbesondere unsere Zeiterfahrung von der Stasis zur Antizipation verändert hat. Für diese Untersuchung vorrangig bedeutsam ist der Übergang vom ewigen, gewissen, stabilen, abgehobenen, unverfügbaren zum befristeten, unbestimmten, dynamischen, immanent-weltlichen, demokratisch verfügbaren Recht. Dabei ist es von minderer Bedeutung, dass eine klare Epochenschwelle für diesen Übergang nicht existiert, ja dass sogar Restbestände des vormodernen Denkens im modernen Recht als Sediment erhalten blieben – ein Beispiel sind vorderhand technische Materien des Privatrechts, die aber zunehmend unter Rechtfertigungsdruck geraten und wie im Arbeits-, Verbraucher- oder Wohnungsmietrecht schon längst dynamisiert worden sind.<sup>97</sup> Insofern will die Untersuchung Tendenzen und Latenzen im bereits Bestehenden nicht übersehen, sondern gerade darauf einen Schwerpunkt legen, weil die Zukunft nach aller Erfahrung am Ende Recht behält. Die hoffnungsvolle Annahme lautet, dass diese Zukunft egalitärer sein wird, weil eine solche Zielrichtung des Fortschritts – gegen Menke – im bestehenden System der Rechte angelegt ist. Darin liegt das Telos seines *strukturellen Progressivismus*.<sup>98</sup>

Wenn die Grundrechte in erster Linie von Begriffen geprägt sind, die unterschiedliche Regelhaftigkeit, Egalität und Temporalität begründen,

erst danach die atlantischen Revolutionen abzuhandeln, die im klassisch-modernen Werk von Habermas die Epochenschwelle anzeigen.

96 Reinhart Koselleck, Einleitung, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 1, Stuttgart 1979, S. XV.

97 »Materialisierung des Privatrechts«, vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967; Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin 1999; einordnend Marietta Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tübingen 2014, S. 1 ff., 130 ff.: Auch ein angeblich neues Sozialmodell (Wieacker) kann an der fehlenden Vollsozialisierung des Eigentums nicht vorbeigehen, wenn auch eine Tendenz erkennbar ist. Die erste und die zweite, reflexive Moderne, also das Autonomieprinzip und dessen Begrenzung, erklären nach Auer als immanente Dialektik des Privatrechts besser als dessen »Publizierung«, warum es zur Materialisierung kommt. Die Aufhebung der Antinomie Staat/Gesellschaft kann vorläufig im (ggf. gesellschaftskonstitutionalisierten) Rechtspluralismus liegen (Auer, S. 73). Auch das sollte aber nur ein Zwischenschritt bleiben.

98 Damit handelt es sich um eine grundrechtsstrukturelle Verallgemeinerung der Kategorie der »aspirational« oder »transformative constitution«; Pius Langa bezeichnet so eine Verfassung, die permanenten Wandel anstrebt, indem sie Diskussion und Kontestation ermöglicht: Pius Langa, *Transformative constitutionalism*, Prestige Lecture, Stellenbosch University 2006. Vgl. schon Richard Bäuml, *Staat, Recht und Geschichte*, Zürich 1961, S. 22: »das Absterben des ›nominalen‹ Moments der Verfassung wäre gleichbedeutend mit ihrem Ende als in Pflicht nehmender Entwurf« (mit Hinw. auf Karl Löwenstein, *Verfassungslehre*, Tübingen 1959, S. 152 ff.: »nominale«

dann wird auch deutlich, dass wir uns hier auf einer abstrakteren Ebene befinden als auf dem notorischen Kampffeld zwischen Recht und Moral. Werden Begriffe dieser Rechte iteriert, dann wird das Verhältnis Recht – Politik virulent: Recht absorbiert Moral ausschließlich über den Umweg der Politik, und damit auch politisch vermittelt. Darin besteht auch das große Versprechen normativ moderner Aufklärungsphilosophie: dass rechtsverbindliche Moral nur im Streit entsteht und gerade nicht präexistiert, dass sie sich stets rechtfertigen muss und vor ein öffentliches Forum gehört, das in demokratischen Gesellschaften als »die Politik« figuriert. Anders formuliert: wenn *Moral* gegen Recht »emotivistisch« etwas Spürbares bezeichnen soll, das einen moralischen Sinn anrührt, dann ist dieser Affekt gegenwärtig und strukturiert *Politik* als das Gegenwärtige, namentlich auch im Alltag als Mikropolitik, oder als Politik des Selbst, wofern diese auch auf Kommunikation angelegt ist.

Dagegen strukturiert Moral gerade nicht das begrifflich werdende Recht. Rechtsbegriffe gehen der moralisch motivierten politischen Debatte vielmehr logisch immer schon voraus. Oft verläuft die politische Diskussion sogar je in den Bahnen dieser Begriffe – dieser Zusammenhang ist aber vordergründig kontingent. Bei genauerem Hinsehen zeichnen die Verfassungsrechte allerdings vor, dass die entscheidenden politischen Fragen als temporal strukturierte Richtungsfragen, und das heißt zwischen konservativ, liberal und progressiv, oder »links« und »rechts«, zu verhandeln sind – freilich ohne Ansehen institutioneller parteipolitischer Konstellationen. Der politische Handlungsraum der Gegenwart wird durch den überzeitlich-zeitlichen rechtlichen Begriffsraum logisch »vor«strukturiert.

Das ergibt sich aus der Konkurrenz der Inhalts-/Temporalitätsdimensionen der Rechte, die vom Recht, ohne Gegenwartsdiagnose, rein begrifflich zu applizieren sind, während die Politik sich gerade über diese Diagnose uneins sein wird. Institutionell betrachtet, sind die Faktenermittlung und ihr Bezug auf die Fallfrage selbstverständlich unabdingbar. Allerdings trägt diese auch sozialwissenschaftliche Aufklärung parlamentarischer, behördlicher und gerichtlicher Verfahren nichts für die Bestimmung der Natur von Rechten aus.

Dabei ist besonders wichtig, dass sich nicht *einzelne Rechte* bestimmten Zeitstufen zuordnen lassen, sondern dass die Rechte verschiedene *Aspekte*

im Gegensatz zu »normativer« (rechtlich gültiger und den politischen Verfahrensrahmen absteckender; eigentlich: tatsächlicher) Verfassung typisch für Entwicklungsländer). Vgl. Michaela Hailbronner, *Transformative constitutionalism: not only in the Global South*, *American Journal of Comparative Law* 65 (2017), S. 1 ff., 7. Vgl. außerdem die Übertragung der Unterscheidung von reactive (insb. USA) und activist law (insb. Südafrika) auf den deutschen Kontext in Michaela Hailbronner, *Traditions and transformations*, Oxford 2015 (zu den Definitionen S. 15 ff.).

offenbaren,<sup>99</sup> was bestätigt, dass wir es hier mit einer strukturellen querschnittshaften Betrachtung, nicht mit einer inhaltlichen Klassifizierung zu tun haben, die unmittelbar bestimmte *politische* Auslesemechanismen begünstigen würde: Rechte sind für Eigentum, Zentristinnen für Redefreiheit, Linke für Gleichheit. *Possessive Aspekte der Rechte sind die rechtliche Kehrseite konservativer Politik, kommunikative die der liberalen, egalitäre die der progressiven*, wodurch sich die strukturelle politische Betrachtung von eingeübten politischen Kategorien in vielen Fällen entfernt.

Um es abschließend an einem *Beispiel* zu verdeutlichen: Das Recht auf Datenschutz lässt sich *formal* kleinteilig-konkret und absolut, schrankenhaft und abgewogen oder prinzipiell und ausgestaltungsbedürftig formulieren. Oft mischen sich diese Formtypen auch. *Inhaltlich* betrachtet lassen sich possessive, kommunikative und egalitäre Momente ausweisen: Man kann Datenschutz im Sinne des *Eigenhabens* als Recht an den eigenen Daten verstehen, die sogar zunehmend handelbar sind. Zweitens kann man im Recht auf Datenschutz den Aspekt der freien Entfaltung und Selbstdarstellung in *Kommunikation* mit anderen hervorheben wollen. Schließlich fällt ein egalitäres Expansionsmoment ins Auge: Zunehmend wird ein Recht auf *Teilhabe* an bestimmten Daten reklamiert, die gegebenenfalls den Status öffentlicher Güter erreichen. Es wird offenbar, dass Transparenz von (politisch und sozial) Mächtigen die notwendige Kehrseite des Datenschutzes darstellt. Die *begriffliche* Dialektik des Grundrechts liegt damit offen. *Politisch* wird deutlich, dass auch begriffsdialektischer Fortschritt unüberschreitbar der Wahl – durch Institutionen – bedarf, um geschichtliche Tatsache zu werden.<sup>100</sup>

## Die politische Seite der Rechte: Demokratischer Fortschritt und Dialektik als Kritik

Die so wählende moderne Demokratie ist eine Form, und sie hat zugleich einen Inhalt. Arthur Rosenberg hat einst beschrieben, wie die Idee der Demokratie untrennbar mit der Emanzipation einer Klasse verbunden war.<sup>101</sup> Heute bedeutet eine solche Emanzipation nicht mehr ausschließlich

99 Dieser Gedanke findet sich bereits in Grundzügen bei Michael Kloepfer, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970, besonders deutlich (in Abgrenzung zu Fikentscher) S. 41, Fn. 147.

100 Zum temporal mehrsinnigen Recht auf Datenschutz vgl. Tim Wihl, Die Entwicklung »neuer« Grundrechte – Die Beispiele des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung und des sog. IT-Grundrechts, in: Dieter Grimm (Hg.), Vorbereiter – Nachbereiter? Tübingen 2019, Kap. 9.

101 Arthur Rosenberg, Demokratie und Sozialismus, Frankfurt a.M. 1988, S. 10, 22, 302.

Klassenpolitik. Man hat unterdes die Grenzen einer zu starken substantiellen Aufladung der Demokratie erkannt.<sup>102</sup> Dennoch gilt weiter: Hat Demokratie das emanzipatorische Ziel des Fortschritts gleicher Freiheit nicht mehr, stirbt sie. Es geht dabei gar nicht um »wirkliche« Demokratie im Gegensatz zur »bloß formalen«, den klassischen Topos sozialistischer Parlamentarismuskritik.<sup>103</sup> Im Gegenteil ist der Ansatzpunkt der Stärkung der Direktdemokratie oder gar einer lokalistischen, rätebasierten Demokratie<sup>104</sup> vergebliches altes Denken, solange nicht erkannt wird, dass Demokratie eine genuin *kämpferische* Regierungsform bezeichnet: Es muss etwas zu erringen oder aber abzuwehren geben. Die vernünftige Variante der Emanzipation besteht in Gleichheitsfortschritten, namentlich *Fortschritten gleicher Freiheit* – die unvernünftige Ausweichreaktion in der Umlenkung innerer Verteilungskonflikte nach außen, der Schmitt'schen Feindschaft als Inbegriff der (Außen-)Politik.<sup>105</sup> Freiheit von Herrschaft (nicht: »Anarchie«) und gleiche Freiheit fallen im (unerreichbaren) Ideal in eins. Doch erfüllen beide nur, sofern demokratisch universalisiert, die Aufklärungsverheißung. Eine republikanische Theorie der Rechte ist daher in entscheidender Hinsicht auch eine liberale und umgekehrt. Einer erneuert »demokratischen Rechtswissenschaft«<sup>106</sup> dienen beide, wenn sie sich in die Linie eines egalitären Liberalismus etwa bei John Stuart Mill stellen.<sup>107</sup> Dann darf die »Mehrheit« herrschen und dabei die »Minderheit« nicht beherrschen. Beider Gleichheit wird so doppelt Genüge getan. Das Gemeinwesen achtet die Individualität seiner Bürgerinnen.<sup>108</sup> Eine demokratischere und eine liberal-»minderheitenschützende« Wissenschaft von den Grundrechten stellen so gerade keine Gegensätze dar.<sup>109</sup>

Die liberal-republikanische Grundrechtstheorie des strukturellen Progressivismus ist gegenüber dem Status quo alles andere als agnostisch; sie operiert in einer anspruchslos konzipierten Hermeneutik des Verdachts (Paul Ricœur). Das hat sie aber mit der modernen Temporalität insgesamt gemein.

102 Eine exemplarische Aufarbeitung im ersten Teil von Cornelius Castoriadis, Gesellschaft als imaginäre Institution, Frankfurt a.M. 1990, S. 19 ff.

103 Wie etwa bei Clara Zetkin, Um Schein oder Sein voller Demokratie, in: Ausgewählte Reden und Schriften, Bd. II, Berlin 1957, S. 61 ff.: Politische Gleichberechtigung setzt wirtschaftliche Gleichheit als Grundlage voraus.

104 Etwa bei Hannah Arendt, On revolution, New York 2006, S. 248 ff.

105 Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen, München 1932.

106 Oliver Lepsius, Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat 52 (2013), Nr. 2, S. 157 ff.

107 John Stuart Mill, On liberty, London 1865.

108 Pierre Rosanvallon, La légitimité démocratique, Paris 2008, S. 30.

109 In diese Richtung nicht zuletzt Theodor W. Adorno, Minima Moralia, Frankfurt a.M. 2003, S. 86.

Dabei ist auch klar, dass es angesichts des welthaltigen Gegenstands um eine bestimmte Art von Normativität geht, die man mit »Gerechtigkeit« nur dann bezeichnen sollte,<sup>110</sup> wenn man die Dialektik von jurisdischer Differenzierung und nicht bloß moralisierender Entdifferenzierung mitdenkt.

## Strukturalismus, Temporalismus, Progressivismus

So gilt es zusammenfassend zu unterstreichen, dass die Untersuchung eine Art Metastruktur aufweist: Diese lässt sich mit den drei Elementen des *Strukturalismus, Temporalismus und Progressivismus* kennzeichnen. Strukturalismus bedeutet hier, dass nicht einzelne Erscheinungsformen interessieren, sondern verbindende, über die Exemplare und bloßen nationalen Traditionen hinausreichende Eigenschaften. Temporalismus bezeichnet die Orientierung an der Eigenzeit der Rechte, ihrer spezifischen, tief in sie eingegrabenen Zeitlichkeit.<sup>111</sup> Progressivismus wiederum weist darauf hin, dass auf der zukunftsgerichteten Dynamik der Rechte ein besonderes Augenmerk liegen soll.

In verschiedener Hinsicht wird es um einen Bruch mit Traditionen gehen: mit dem tradierten *objektiven Recht*, das sich vor den subjektiven

110 Wie bei Jörn Reinhardt, *Der Überschuss der Gerechtigkeit*, Weilerswist 2009, S. 41 ff.: »Autonomie des Rechts«.

111 Diese Temporalität macht Francesca Raimondi als eine Qualität der Demokratie insgesamt aus, vgl. *Die Zeit der Demokratie*, Konstanz 2014. Freiheit und Gleichheit sind im Werden und verwirklichen sich erst in politischer Praxis. So führt Raimondi Schmitts Begriff des politischen Entscheidens und Arendts Idee des politischen Urteilens/Handelns in einer Synthese politischer Tätigkeitsformen zusammen. Die Verzeitlichung von Freiheit und Gleichheit tritt mit Derridas dekonstruktiver Lektüre der US-Unabhängigkeitserklärung auf den Plan. Die Bestimmung der beiden Konstituenten von Demokratie »muss aus der Praxis selbst hervorgehen« (S. 14), weil sie nicht vorgegeben ist. Wie hier lautet Raimondis Befund, dass sich der prozessuale Charakter der Verwirklichung der Demokratie als Idee (also: Freiheit und Gleichheit) in erster Linie in der modernen Verfassung manifestiere (S. 98). »Demokratie ist eine politische Form, (...) die im Prozess ihrer Instituierung verharret.« (S. 99) Dieser Prozess sei rekursiver Natur, insofern er seine eigenen Voraussetzungen verändert. Dabei weist das Modell große Ähnlichkeiten zu Balibars vor der Praxis unbestimmter Gleichfreiheit, Rancières subjektiverer Politik und Leforts »leerem Ort der Macht« auf. Nur die Fortdauer konfliktueller Prozesse kann Freiheit und Gleichheit ohne »terreur« realisieren (S. 104, 121 ff.). Auch auf Gründungsakte kann man immer nur nachträglich zurückkommen (S. 108).

Rechten, die es selbst hervorgebracht hat, immer weniger in seinem hergekommenen Selbststand und seiner früheren Eigenrationalität behaupten kann – wie auch immer man diesen Vorgang bewertet;<sup>112</sup> man wird wohl differenzieren müssen.<sup>113</sup> Aber auch mit der unhinterfragten Normativität von Teilen dieser subjektiven Rechte selbst, und zwar der historisch gesehen ersten Schicht, welche hier als erste Inhaltsdimension der Rechte figurieren wird: Die subjektiven Eigentumsrechte, bis ins Mittelalter verfolgbare, stehen am Beginn einer »Revolution der Menschenrechte«, werden aber unterdes nicht selten (und keineswegs überall) als oft illegitime Kinder von dieser Revolution auch gefressen.

So sehr der Eigenstand des juristischen Arguments erkämpft werden musste, so sehr stehen wir folglich noch immer im Schatten einer erneuerten Legeshierarchie. Dies freilich nicht im Sinne einer Veredelung und Festschreibung des Status quo, sondern im Gegenteil einer Erhaltung der Kontingenz. *Kontingenzsicherung*, die Zurückweisung falscher Notwendigkeit in der Anerkennung des Andershabens, Andersdenkens und Andersseins, ist nach dem Erstarken des demokratischen Voluntarismus im Gefolge der französischen Revolution – für die amerikanische gilt das nicht im gleichen Maße<sup>114</sup> – ein durch die Rechte verbürgter Imperativ des Rechts schlechthin geworden, der diesem anfänglich eher

112 Sehr einseitig kritisch Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015: Moral- und Gerechtigkeitsverlust gegenüber der griechischen Antike, Sieg der egoistisch-zweckrationalen Antriebe (ethische Indifferenz); vgl. auch das Gespräch mit dems. in: *Die Zeit* Nr. 20, 2017. Die von Menke vorgeschlagene Lösung einer an den jungen Marx und Foucault anschließenden Formkritik des subjektiven Rechts liegt nicht in der (athenischen) Demokratisierung, weil er auf dem »Recht auf Passivität« der »Aufständischen« besteht. Die Passiven verdienen aber zumindest Berücksichtigung bei der Nichtteilnahme an Politik. Das, was die Rechte berechtigen, sollten sie nicht zugleich als natürlichen Eigenwillen oder Normalteilhabe, durch Naturalisierung des Sozialen, entpolitizieren. Menke teilt die Absicht, die Berechtigten auf den Inhalt ihrer Rechte stets reflektieren zu lassen. Allerdings bleibt die juristische Lösung bei ihm unklar. »Überraschend ist es (...), dass sich Menke nicht mit dem Versuch der Theorien radikaler Volkssouveränität auseinandersetzt, die subjektiven Rechte als immanentes Moment der demokratischen Selbstgesetzgebung zu bestimmen, die sich niemals durch die Deutungshoheit der Staatsapparate verselbstständigen dürfen«, so Sonja Buckel, *Die Bürde der subjektiven Rechte*, KJ 4/2017, S. 16.

113 Kritik bei Christoph Möllers, *Form der Rechte als Form des Rechts?* DZ-Phil 64 (2016), S. 307 ff.

114 In den USA Dominanz individueller Selbstbestimmung im Gefolge von John Locke und des organisierten Protestantismus, Betonung der Kontinuität mit englischen Freiheitsideen; anders – für Gleichbetrachtung der beiden Revolutionen – »Konstitutionalismus 1.0«, so Alexander Somek, *The cosmopolitan constitution*, Oxford 2014, S. 36 ff., 79.

übergestülpt wurde, dann zunehmend kleidsam schien und schließlich das ehemals stahlharte Gehäuse von innen heraus aufbrach, eben revolutionierte. Abgeschlossen ist dieser Vorgang keineswegs; er wird in vielen kleinen und großen rechtlichen Konflikten in allen drei Staatsgewalten und der demokratischen Öffentlichkeit fortwährend und kleinschrittig ausgetragen. Mit Verweis auf Herbert L.A. Harts »secondary rules« (Regeln über Regelsetzung) und ohne direkten Bezug auf die egalitären Rechte schreibt François Ost: »Il reste que, si une certaine sécurité, au moins formelle, est ainsi garantie, cette métaréglulation juridique du changement n'oppose aucun frein matériel à la mutabilité de la règle. Au contraire même: comme l'a bien observé Kelsen, c'est une structuration ›dynamique‹ de l'ordre juridique qui est rendue pensable par la conception formelle de la validité et de la positivité des normes.«<sup>115</sup>

Wenn Kontingenz erhalten werden soll, wird die vormoderne Ratio des Rechts geradezu vom Kopf auf die Füße gestellt. Die ehemals konservative Struktur des Rechts bleibt von diesem Umsturz der Subjektivierung und Individualisierung nicht unberührt. Darin liegt die demokratisch katalysierte Umstellung eines erhaltenden, um das »notwendige« Eigentum zentrierten (feudalen) Rechts auf ein progressives Recht der Garantie des Andersseins, der Individualität in der Moderne. Alterität statt einer fiktiven Identität der Rechtsträger wird zum Ausgangstatbestand der Rechtsentwicklung. Dabei handelt es sich um ein genuin juristisches Phänomen, das allerdings ohne das angedeutete Maß von Entdifferenzierung respektive Synthese nicht begründbar ist.

### Apriori der Differenz – Das strukturell zentrale Ziel der egalitären Kontingenzsicherung

Alterität bedeutet unhintergebares Anderssein der Rechtspersonen. Inwieweit man dieses Anderssein schätzt oder gefährlich findet, ist eine Frage politischer Einschätzung – dahinter zurück kommt man nicht. Jede tatsächliche Gleichheit im Sinne von Homogenität ist außerhalb der Wirklichkeit und als irrealer Forderung überaus gefährlich.<sup>116</sup> Sie kann in Grenzen eine rechtliche Forderung sein, muss es in mancher Hinsicht sogar, um nicht die moderne Ratio des Rechts aufzugeben. Dennoch wird sich zeigen, dass man die Verfassungsrechte tunlichst auf das *Apriori*

<sup>115</sup> Ost, *Le temps du droit*, S. 191.

<sup>116</sup> Felix Hanschmann, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft*, Berlin 2008, etwa S. 298: »Fiktion«, S. 299: »latent aggressives Konzept der Politik« (zit. Ulrich K. Preuß), S. 300: Exklusivität.

der *Differenz* stützt und nicht auf eine vorgeblich erreichte Gleichheit. Gleichheit ist dasjenige im Recht, das immer erst *im Werden* ist, niemals im Sein.<sup>117</sup>

Daher begründet sich auch das besondere Interesse dieser Untersuchung am sogenannten »Recht auf Gleichheit«. Nicht nur haben wir es dabei mit der stabilen Substanz allen rechtsrevolutionären Strebens zu tun, während die Freiheit oft stärker allegorisch oder symbolisch als substantiell wirkte.<sup>118</sup> Die Freiheit ist viel zu schillernd-vielgestaltig, um stabil zu sein. Sie muss als Präsentisches des Rechts und kehrseitiger Kern demokratischer, per se präsentischer Politik juridisch auf ihren kommunikativen, das heißt oft sog. »positiven« (nicht-negativen), eigentlich aber negativen (Negation und Fortschritt sanktionierenden), politiker-möglichenden Gehalt zurückgeführt werden.

Weit über einen unbedingten rechtlichen Zielwert hinaus ist die Gleichheit hingegen ein *strukturelles Identitätsmerkmal* der Verfassungsrechte modernen Typs, je moderner, desto deutlicher.<sup>119</sup> Diese Eigenschaft als *Strukturbildner* macht die Gleichheit zu einem so relevanten wie interessanten Studienobjekt im Rahmen einer Analyse der Struktur des Korpus der Rechte unter dem Gesichtspunkt seiner (letzthin progressiven) Temporalität.

\*\*\*

Die Strukturanalyse – nicht: Gebrauchsanalyse<sup>120</sup> – des realen Gegenstands der Rechte in seinen Form- und Inhaltsdimensionen erfolgt in

<sup>117</sup> Das gilt sogar, durchaus kontraintuitiv, für die erste, fast »transzendente« Stufe der Egalität, s. u. E. I.

<sup>118</sup> Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt a.M. 1961, S. 189.

<sup>119</sup> Zur näheren Explikation des hier verwendeten posthegelianischen Moderne-Begriffs vgl. Jürgen Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt a.M. 1985, S. 34 ff. (Hegels »Entzweiung«); zur globalen Kontextualisierung Paul Gilroy, *The Black Atlantic*, London 1993, S. 41 ff.

<sup>120</sup> Im Verhältnis der Grundrechtstheorie zur Grundrechtsdogmatik gilt, was Gertrude Lübke-Wolff zu Häberles Kritik des »Eingriffs- und Schranken-denkens« bemerkt hat: »Die mögliche Relevanz der Grundrechtstheorie für die Grundrechtsdogmatik soll damit selbstverständlich nicht geleugnet werden; wichtig ist nur, dass diese Relevanz sinnvollerweise keine *unmittelbare* sein kann. Die Anliegen und Erkenntnisse der Grundrechtstheorie bedürfen der *Transformation* in dogmatische Regeln und Begriffe, die sich in den vorhandenen dogmatischen Bestand sinnvoll einfügen oder diesen in größerem oder geringerem Umfang wirkungsbewusst ersetzen müssen, und für den Sinn oder Unsinn solcher Transformationen sind, zumindest *auch*, andere Gesichtspunkte leitend als die, die für die Formulierung einer Grundrechtstheorie oder Grundrechtsanschauung von Bedeutung sein

vier großen Schritten, denen eine Kritik dreier gegenwärtig verbreiteter Klassifikationen vorausgeht – Generationen, Status und Funktionen von Rechten (B). Im ersten konstruktiven Teil werden drei strukturelle Formtypen (»angelsächsisch«, »französisch« und »deutsch«) verglichen, die dem Grundrecht Positivität verleihen, also seine Weise des Gegebenseins in der Verschriftlichung und Explikation auf den Begriff bringen (C). Entgegen der zutreffenden Beobachtung, dass im zeitgenössischen Konstitutionalismus Rechte jede formale Kontur zu verlieren drohen und wie moralische »Güter« erscheinen, deren Auslegung aufgrund ihrer »prinzipiellen« Natur fast müßig erscheint,<sup>121</sup> schickt sich die hiesige Strukturanalyse an, auf der primär *formalen* Charakteristik eines Rechts zu beharren – seiner Positivität in Text und Kontext. Diese ist Vorbedingung seines *demokratischen* Gehalts, weil die Demokratie eine *explizite* Form der Konstitution und Begrenzung von Herrschaft voraussetzt.<sup>122</sup> Der *Inhalt* eines Rechts spiegelt sich *strukturell* in seiner spezifischen Zeitlichkeit zwischen proprietärer Substanz und kommunikativer Auflösung, der die Kategorie der Würde nichts Entscheidendes hinzuzufügen weiß (D). Vielmehr macht eine mehrstufige egalitäre Struktur das Recht erst zu einem Recht im modernen Sinne (E). Im vierten Schritt muss die strukturelle Politizität der Rechte Thema sein, der Konnex zwischen Rechten als *Begriffen* mit einem überschießenden Idealgehalt und ihrer progressiven politisch-moralischen Verwirklichung (F). Dass die Rechte eine besondere Art von verfassungsimmanenter kritischer Normativität auszeichnet, hebt sie als Aufhebungsrechte vom sonstigen, objektiven Recht strukturell ab. Mit der Einordnung in aktuelle Tendenzen der Rechtskulturentwicklung schließt sich der Kreis (G).

mögen.« (Gertrude Lübke-Wolff, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988, S. 64)

121 Somek, *The cosmopolitan constitution*, S. 106 ff.

122 Christoph Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, Berlin 2008, S. 21 f. Demokratie ist nach Möllers egalitäre, explizite und (da freiheitlich) expressive und voluntaristische Herrschaft (S. 16, 21, 28, 42).