

Title:

Grundrechtsräte und Demokratieförderung

Author(s):

L. Huthmann

Document type: Preprint

Terms of Use: Copyright applies. A non-exclusive, non-transferable and limited right to use is granted. This document is intended solely for personal, non-commercial use.

Citation:

"L. Huthmann, 2024, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP). 57/2 ,57-60"
Archiviert unter <http://dx.doi.org/10.17169/refubium-42313>

Grundrechtsräte – Wegbereiter für ein demokratisches Grundrechtsverständnis?

Fundamental Rights Councils – Facilitating a Democratic Understanding of
Fundamental Rights?

Erweiterte Fassung eines Beitrages in der *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 2024, S. 57 ff.

Lukas Huthmann

2024

Otto-Suhr-Institut für Politikwissenschaft

Freie Universität Berlin

Abstract

Gesellschaftlich umstrittene Fragen werden häufig in der Form von Grundrechtskonflikten verhandelt. Um sicherzustellen, dass diese Fragen nicht ausschließlich juristisch beantwortet werden, ist es wichtig, auch die politische Dimension dieser Fragen anzuerkennen und geeignete Foren für deren Aushandlung bereitzustellen. Inspiriert durch Ideen aus der Frühphase der Konstitutionalisierung in Frankreich und den USA geht der Beitrag der Frage nach, inwiefern die Einführung von „Grundrechtsräten“ ein Weg sein könnte, ein demokratischeres Verständnis von Grundrechten zu fördern.

Controversial societal issues are often negotiated in the form of conflicts between fundamental rights. To ensure that these questions are not solely addressed through a legal lens, it is crucial to acknowledge the political dimension of these issues and provide appropriate forums for their negotiation. Drawing inspiration from ideas in the early phases of constitutionalization in France and the USA, this paper explores the potential introduction of "fundamental rights councils" as a means to promote a more democratic understanding of fundamental rights.

Gliederung

1. Einleitung	1
2. Grundrechte zwischen Politik und Recht.....	3
a) Grundrechte und Menschenrechte.....	3
b) Ebenen der Grundrechte: Existenz, Interpretation und Anwendung im Einzelfall	4
c) Interpretation der Grundrechte – (k)eine rein rechtliche Aufgabe?	6
aa) Offene und abstrakte Formulierungen	6
bb) Erschwerte Korrekturmöglichkeiten	10
3. „Grundrechtsräte“ – eine mögliche Lösung?	11
a) Das Modell der Grundrechtsräte	12
b) Potenziale der Grundrechtsräte.....	14
c) Potenzielle Risiken (und deren Entkräftung).....	17
4. Ausblick: „Grundrechtsräte“ in einem europäisierten Grundrechtsverständnis.....	17

1. Einleitung¹

Darf ein Staat das Tragen von Kopftüchern verbieten? Existiert ein Recht auf Abtreibung? Wie weit darf der Protest gegen Maßnahmen zur Eindämmung des Corona-Virus gehen? Haben jüngere Generationen ein „Recht auf Zukunft“? Spannungsgeladene und kontrovers diskutierte gesellschaftliche Fragen lassen sich oft als Konflikte widerstreitender Grundrechte formulieren. Doch was impliziert die Form der Artikulation als *Grundrechte* für die Entscheidungsfindung? Handelt es sich tatsächlich im Kern um *rechtliche* Fragen? Können aus dem Recht überhaupt Antworten auf Problemstellungen gezogen werden, die womöglich bei der Setzung eben dieses Rechts kaum mitbedacht werden konnten? Welche Vorteile aber auch welche Risiken bieten rechtliche Lösung gerade in Abgrenzung zu anderen Möglichkeiten der Entscheidungsfindung? Untrennbar mit diesen Fragen ist die institutionelle Frage verknüpft, *wer* diese gesellschaftlich so bedeutsamen Entscheidungen treffen sollte. Insbesondere die Rolle von Verfassungsgerichten wird hierbei kontrovers diskutiert. Das eine Ende des Spektrums ist gekennzeichnet von einem tiefen Vertrauen in die (verfassungs-)gerichtliche Handhabung der Spannungslagen. So könne Recht, interpretiert durch weitsichtige Richterinnen und Richter als Korrektiv zu populistischen, die Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gefährdenden Tendenzen fungieren, effektiv Minderheiten vor „Tyrannei“ schützen und so ein friedvolles Zusammenleben gewährleisten. Das andere Ende des Spektrums sieht eine (verfassungs-)gerichtliche Lösung kritischer. Die „Letztentscheidung“ gesellschaftlicher Streitfragen durch selbst nur schwach legitimierte Richterinnen und Richter sei im Kern undemokratisch; von daher sollte der Wille der Bürgerschaft – in der Regel artikuliert durch Parlamente – respektiert werden. Die Reichweite (verfassungs-)gerichtlicher Kompetenz stellt somit einen neuralgischen Punkt demokratischer Systeme dar.

Betrachtet man die bundesdeutsche Entwicklung der vergangenen Jahrzehnte, scheint sich eine Tendenz in Richtung einer verfassungsgerichtlicheren Lösung ausmachen zu lassen. Vom Schwangerschaftsabbruch² über den Regelsatz von Hartz IV³, die Ausgestaltung der europäischen Integration⁴, Die Zulässigkeit eines Mietendeckels⁵ oder zuletzt der Klimabeschluss⁶ – kaum ein gesellschaftlicher Bereich ist von der Einflussnahme des Bundesverfassungsgerichts frei geblieben. Nicht minder imposant als die Spannweite der behandelten Fragen ist die Wirkmächtigkeit der Entscheidungen. Die über die Jahre getroffenen Festsetzungen zu den Gewährleistungen der Grundrechte werden in den juristischen Fakultäten der Universitäten

¹ Der folgende Text ist eine erweiterte Fassung eines Beitrags in der ZRP 2024, 57 ff.

² *BVerfG*, Urteil v. 25.2.1975 – 1 BvF 1-6/74 (Schwangerschaftsabbruch I); *BVerfG*, Urteil v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92 (Schwangerschaftsabbruch II)

³ *BVerfG*, Urteil v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 (Hartz IV)

⁴ u.a. *BVerfG*, Urteil v. 31.3.1998 – 2 BvR 1877/97 (Maastricht), *BVerfG*, Urteil v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon)

⁵ *BVerfG*, Beschluss v. 25.3.2021 – 2 BvF 1/20

⁶ *BVerfG*, Beschluss v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18

unterrichtet, als stünden sie selbst in der Verfassung; und die Institution des Bundesverfassungsgerichts genießt in der Bevölkerung einen exzellenten Ruf.⁷ Die gestiegene Bedeutung (verfassungs-)gerichtlicher Lösungen lässt sich auch über den deutschen Kontext hinaus beobachten. Gerade im europäischen Raum sind mit dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zwei wirkmächtige Akteure der Judikative auf den Plan getreten, deren Grundrechtsjudikatur erheblichen Einfluss auf gesellschaftliche Streitfragen innerhalb der Mitglieds- bzw. Vertragsstaaten hat. Die Koinzidenz zunehmender Transnationalisierung und steigender judikativer Entscheidungsfindung ist dabei nicht zufällig. Auf europäischer (und sogar noch gravierender auf globaler) Ebene bleibt die Repräsentanz der Bürgerinnen und Bürger durch Parlamente hinter der im nationalen Kontext zurück.⁸ Das Fehlen einer starken legislativen Institution als Pendant zur äußerst präsenten Judikative führt zu einer im Vergleich zur klassischen nationalstaatlichen Konzeptionen á la *Montesquieu* veränderten Gewaltenteilung: Gerichte wie der EuGH und EGMR nehmen eine zentrale Stellung ein. Die „alte“ Streitfrage hat dadurch eine neue *vertikale* Dimension hinzubekommen.

Aus demokratiethoretischer Sicht werfen diese Entwicklungen Fragen auf. Bis zu welchem Grad ist es vertretbar, dass nationale und überstaatliche Gerichte mit teils nur entfernter demokratischer Legitimation über Grundrechtsfragen Festlegungen treffen und dabei teilweise sogar parlamentarische Entscheidungen aufheben? Kann schlüssig begründet werden, dass die gerichtliche Klärung beim Ausgleich widerstreitender Interessen „besser“ funktioniert als die Politische? Insbesondere Staaten ohne eine lange verfassungsrechtliche Tradition wie die Niederlande und Großbritannien tun sich mit dieser Vorstellung seit jeher schwer.⁹ Und doch fehlt es oft an einer (überzeugenden) Gegenvision für den europäischen Kontext, die sich nicht darin erschöpft, die nationalen parlamentarischen Entscheidungen zu verabsolutierten und externe gerichtliche Überprüfung abzuweisen. Wie also lassen sich die Förderung demokratischer Entscheidungsfindung über gesellschaftlich umstrittene Fragen und die effektive Garantie von Grundrechten in Einklang bringen?

Im Kontext dieser übergeordneten Problemstellung ist Ziel dieses Beitrags, einen möglichen Lösungsweg zu präsentieren. Die leitende These ist, dass Grundrechte und Grundrechtskonflikte neben einer *rechtlichen* auch eine *politische* Seite haben und dass für beide Dimensionen ein Forum existieren muss. Konkret wird der Vorschlag unterbreitet, in Ergänzung zu

⁷ Vorländer/Schaal, in: Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, 2002, S. 357–364.

⁸ Im Vergleich zur Parlamentarischen Versammlung des Europarates kann das EU-Parlament zwar noch mehr für sich beanspruchen, die Bürgerinnen und Bürger der EU zu vertreten; mit Verweis auf das Fehlen gewisser Vorbedingungen für eine voll funktionsfähige Demokratie (u.a. ein *demos*, eine europäische Öffentlichkeit und europäische Wahlen) wird dem Parlament aber oft eine nur eingeschränkte Eigenschaft zur Repräsentation attestiert, vgl. dazu Grimm, Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, S. 117 ff.

⁹ Vgl. u.a. Hoffmann, Judicial Studies Board Annual Lecture 2009, 416 ff.; Anderson, London Review of Books, Vol. 42, No. 24 (2020).

Verfassungsgerichten sogenannte „Grundrechtsräte“ zu bilden. Diese Grundrechtsräte sollen ein Forum für die politische Diskussion und zeitgemäße Interpretation von Grundrechten bieten. Die Ergebnisse können und sollen von Gerichten bei ihren Entscheidungen miteinbezogen werden. Der Vorschlag basiert auf mehreren Prämissen, die im Anschluss an diese Einleitung offengelegt und begründet werden (dazu 2.): Unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechtsentwicklung in Deutschland durch das Bundesverfassungsgericht wird dargelegt, warum ein zu stark rechtliches Verständnis von Grundrechten problematisch ist. Anschließend folgt die Darstellung einer möglichen Alternative (dazu 3.). Im Kern geht es darum, aufzuzeigen, wie der politischen Seite der Grundrechte durch die Förderung von Demokratisierung bei ihrer Interpretation Rechnung getragen werden kann. Dazu soll eine Idee, die schon aus der Frühphase der Konstitutionalisierung in Frankreich und den USA stammt, in abgewandelter Form fruchtbar gemacht werden: regelmäßige Konvente über Grundrechte („Grundrechtsräte“). Der Beitrag endet mit einem Ausblick, warum der vorgeschlagene Weg auch für Europa, gerade angesichts der angestoßenen Entwicklung in Richtung eines europäisierten Grundrechtsverständnisses gewinnbringend sein könnte (dazu 4.).

2. Grundrechte zwischen Politik und Recht

Bevor man sich der institutionellen Ausgestaltung widmet, muss eine vorgelagerte Frage geklärt werden: Wie oder als was versteht man Grundrechte überhaupt? Dafür spielt die Positionierung von Grundrechten zwischen den Sphären des Rechts und der Politik eine entscheidende Rolle. Im Folgenden wird darlegt, wo und warum eine zu stark rechtliche Handhabung problematisch ist. Dafür wird zunächst das diesem Beitrag zugrunde gelegte Verständnis von Grundrechten als einer im Vergleich zu Menschenrechten selbstständigen Form von Rechten vorgestellt (dazu a)). Um zu zeigen, wo die Handhabung zu rechtlich verläuft, wird anschließend zwischen drei Ebenen der Grundrechtswirkung differenziert: Existenz, Interpretation und Anwendung im Einzelfall (dazu b)). Auf diesen Differenzierungen aufbauend wird drittens das Argument gemacht, dass die *Interpretation* der Grundrechte nicht als rein rechtliche Aufgabe verstanden werden sollte und folglich nicht ausschließlich mit Mitteln und Institutionen des Rechts zu lösen ist (dazu c)).

a) Grundrechte und Menschenrechte

Die Idee der Menschenrechte wird in der westlichen Ideengeschichte oft unter Rekurs auf *Locke*, *Rousseau* und *Kant* so verstanden, dass jedem Menschen aufgrund seines Menschseins gewisse Rechte zustehen.¹⁰ Die Herleitung dieser subjektiven Rechte erfolgt moralisch und ist mit einem universalistischen Anspruch verknüpft. Wie man zu diesem Anspruch steht, was genau diese Rechte sind und wie sie sich global definieren lassen, ist nicht Ziel dieses Beitrages.¹¹ Stattdessen geht es hier darum zu zeigen, dass die Vorstellung grundlegender Normen und Rechte nicht auf

¹⁰ Vgl. dazu *Koenig*, Menschenrechte, 2005, S. 8 ff.

¹¹ Vgl. dazu aber z. B. *Sen*, Philosophy & Public Affairs 2004, 315–356.

die Idee universeller Menschenrechte begrenzt sein muss. Als konzeptionell eigenständige Kategorie handelt dieser Beitrag von *Grundrechten*.¹² Grundrechte erheben im Gegensatz zu Menschenrechten keinen universellen Anspruch, sondern sind kontextabhängig und entfalten primär Relevanz für die Gesellschaften, in denen sie entstehen.¹³ Ihr Ursprung ist weniger moralisch, sondern vielmehr sozial begründet;¹⁴ und ihr genauer Gehalt ist wandlungsfähig und abhängig von der jeweiligen Zeit und Gesellschaft.¹⁵

Diese Konzeption von Grundrechten als eigenständig, sozial begründet und kontextspezifisch hat Implikationen für deren inhaltliche Bestimmung. *Menschenrechte* gründen auf der Idee, dass jedem Menschen ein gewisser Kern subjektiver Rechte unabhängig von den gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen zusteht. Welche Rechte dies sind, wird daher nicht primär unter Rückgriff auf gesellschaftliche Übereinkünfte bestimmt, sondern aus darüberstehenden Gründen abgeleitet. Im Gegensatz dazu haben *Grundrechte* ihren Ursprung in der gegenseitigen Zuerkennung innerhalb einer Gemeinschaft. Sie stellen insofern kein gesellschaftliches *a priori* dar, sondern gehen aus der wechselseitigen Anerkennung innerhalb der Gesellschaft hervor. Welche Rechte als wesentlichste anerkannt und geschützt werden ist verglichen mit den absoluten Menschenrechten flexibler. Die nicht-metaphysische Herleitung führt zudem dazu, dass die Festlegung der Rechte nicht in den Kategorien richtig/falsch gedacht werden kann. Grundrechte können ihre Legitimität nicht daraus ziehen, im *Ergebnis* die einzig wahren oder richtigen zu sein. Durch die Vielfältigkeit an Möglichkeit verschiebt sich der Fokus der Legitimation auf das Verfahren.

b) Ebenen der Grundrechte: Existenz, Interpretation und Anwendung im Einzelfall

Die zweite vorliegend wichtige Differenzierung ist zwischen drei Ebenen der Wirkung von Grundrechten. Grundrechte haben zunächst eine *Existenz* (erste Ebene), die sich meist in Form geschriebener Normen ausdrückt, die innerhalb einer Rechtsordnung einer erhöhten Hierarchiestufe zugeordnet werden.¹⁶ Allein die Existenz genügt jedoch nicht, um dem formulierten Anspruch in der Wirklichkeit Ausdruck zu verleihen. Für Grundrechte ist es charakteristisch, dass sie in einer offenen und abstrakten Weise formuliert sind. Diese wenig konkreten textlichen Formulierungen bedürfen daher der weiteren Konturierung – oder anders

¹² Beide Konzepte schließen sich nicht aus, sondern können parallel existieren; vgl. gegen eine Herabstufung von (anthropologisch begründeten) Menschenrechten zu Grundrechten, *Höffe*, Rechtshistorisches Journal 1993, 70.

¹³ Vgl. zu dieser Unterscheidung auch *Huthmann*, Grundzüge eines EU-Strafverfassungsrechts, 2023, S. 106 ff.

¹⁴ Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 7. Aufl. 2019, S. 671 ff.

¹⁵ vgl. in diese Richtung auch *Palombella*, ARSP 2007, 396 ff.

¹⁶ In der Regel sind Grundrechte Teil der staatlichen Verfassung (z. B. Art. 1-19 GG in Deutschland). Im europäischen Kontext ist die Grundrechte-Charta zwar nicht Teil des Primärrechts, diesem aber seit dem Vertrag von Lissabon „gleichrangig“ gestellt (vgl. Art. 6 EUV). Die Europäische Menschenrechtskonvention ist rechtlich betrachtet ein völkerrechtlicher Vertrag, der allerdings beim Schutz der Menschenrechte eine verfassungsähnliche Funktion erfüllt, weswegen der Begriff der ‚constitutional nature‘ existiert, vgl. *Letsas*, in: *Føllesdal/Peters/Ulfstein* (Hrsg.), Constituting Europe, S. 106, 107.

ausgedrückt der *Interpretation* (zweite Ebene). Bei der Konkretisierung des spezifischen Gewährleistungsgehaltes kommt eine wesentliche Bedeutung dem Austarieren verschiedener Grundrechtspositionen zu, insbesondere wenn diese zueinander im Konflikt stehen. Erst ein sich so entwickelnder Rahmen eignet sich, um konkrete Lebenssachverhalte grundrechtlich zu bewerten. Die Bewertung und Entscheidung konkreter Fälle lassen sich als *Anwendung im Einzelfall* (dritte Ebene) bezeichnen.

Folgendes Beispiel kann die drei Ebenen veranschaulichen: Ein Satz wie „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei“, wie er in Art. 5 Abs. 3 des GG formuliert ist, ist für sich genommen zunächst ein klares Bekenntnis zur Bedeutung freier Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre. Er sagt aber wenig aus, was unter diesen Begriffen konkret zu verstehen ist, wer sich darauf berufen kann und wie sich die geschützten Konzepte zu anderen Grundrechten verhalten. Könnte sich beispielsweise die Verlegerin eines Buches, in dem eine fiktive Romanfigur einer bereits verstorbenen echten Person ähnelt, auf die Kunstfreiheit berufen, wenn sich Nachkommen an der Romandarstellung stören und aus diesem Grund die weitere Verbreitung verhindern wollen? Allein aus der Existenz des Art. 5 Abs. 3 GG ließe sich die Frage schwerlich beantworten. Erst die Interpretation der Norm mit Festlegung ihres persönlichen wie sachlichen Schutzbereiches sowie der Bestimmung des Konfliktverhaltens mit dem entgegenstehenden Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I iVm 2 I GG erlaubten es, den Sachverhalt grundrechtlich zu entscheiden – der in ähnlicher Form der berühmten *Mephisto*-Entscheidung¹⁷ des Bundesverfassungsgerichts aus 1971 zugrunde lag.

Was folgt aus dieser Differenzierung für die Positionierung von Grundrechten zwischen Recht und Politik? Gerade wenn man Grundrechte als nicht-metaphysisch oder moralisch sondern als sozial begründet versteht, ist die „Setzung“¹⁸ von Grundrechten ein *politischer* Akt (erste Ebene der Existenz). In einer Demokratie fällt diese Aufgabe grundsätzlich der verfassungsgebenden Gewalt, also den Bürgerinnen und Bürgern einer Gesellschaft zu. Aus theoretischer Perspektive ist dabei allerdings eine wichtige Einschränkung zu beachten. Damit die Setzung der Grundrechte demokratisch ist (und somit Legitimität beanspruchen kann), müssen bereits gewisse Rechte existieren, die allen die effektive Teilhabe an eben jenem Prozess ermöglichen.¹⁹ Demokratie und Rechtsstaatlichkeit stehen insofern in einem komplizierten reflexiven Verhältnis, in dem sie sich wechselseitig bedingen.²⁰ Die effektive Garantie gewisser Grundrechte ist unabdingbar dafür, dass der demokratische Prozess überhaupt stattfinden und Legitimität vermitteln kann.²¹

¹⁷ BVerfG, Beschluss v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68 (Mephisto)

¹⁸ Mit „Setzung“ ist nicht nur der originäre Begründungsakt, sondern auch jede darauffolgende Änderung gemeint.

¹⁹ Vgl. insbesondere *Habermas* (Fn. 14), S. 155 ff.; vgl. auch *Habermas*, *The Journal of Philosophy* 1995, 109; *Tully*, *The Modern Law Review* 2002, 204–228.

²⁰ Vgl. dazu *Rosanvallon*, *Demokratische Legitimität: Unparteilichkeit, Reflexivität, Nähe*, 2010, S. 171 ff.

²¹ Vgl. insoweit auch das Modell von *Ely*, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980.

Umgekehrt bilden die Grundrechte aber auch ein Produkt, das *aus* diesem demokratischen Prozess hervorgeht.

Dass die Setzung der Grundrechte politisch ist, sollte allerdings nicht dazu führen, dass man die Bedeutung des *Rechts* in der Verfassungspraxis unterschätzt. Die beiden anderen Ebenen – *Interpretation* und *Anwendung im Einzelfall* – werden nämlich primär judikativ wahrgenommen. Für die Entscheidung von Einzelfällen ist die Zuständigkeit von Gerichten plausibel zu begründen. Dort Gerechtigkeit herzustellen, erfordert ein Forum, in dem primär die von der Entscheidung Betroffenen (rechtliches) Gehör finden. Ein Gerichtsverfahren unter Anwendung juristischer Methodik erlaubt es insoweit, zu prüfen, wie die abstrakt gefassten Regeln in dem spezifischen Fall wirken. Bei der *Interpretation* der Grundrechte ist es hingegen weniger eindeutig, warum es sich um eine ausschließlich der Judikative vorbehaltene Aufgabe handeln sollte. Es stimmt zwar, dass die inhaltliche Festlegung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Entwicklung einer kohärenten Dogmatik aus den vielen Einzelfällen *grundsätzlich* eine der Kernaufgaben der Rechtsanwendung darstellt. Gerade der Bereich der Grundrechte ist allerdings von einigen Besonderheiten geprägt, die eine differenziertere Betrachtung notwendig machen.

c) Interpretation der Grundrechte – (k)eine rein rechtliche Aufgabe?

Warum nun könnte es bei Grundrechten problematisch sein, wenn die Interpretation allein durch Methoden und Institutionen des *Rechts* erfolgt? Zwei miteinander zusammenhängende, für Grundrechte spezifische Faktoren sind dafür verantwortlich: ihre offene und abstrakte Formulierung sowie die Reichweite und hohe Bestandskraft einmal getroffener Wertungen.

aa) Offene und abstrakte Formulierungen

Die für Grundrechte charakteristisch offenen Formulierungen führen zu einer Verschiebung der Balance zwischen Rechtssetzung und Rechtsprechung. In den meisten Rechtsbereichen ist die Aufgabenteilung so ausgestaltet, dass die Legislative in Form von Gesetzen versucht, eine bestimmte Sachfrage zwar abstrakt-generell, aber dennoch möglichst genau zu regeln. Gerichte wenden diese demokratisch zustande gekommenen Gesetze dann auf Streitigkeiten im Einzelfall an. Da Normen allerdings meist nicht so formuliert sind, dass sie sich unmittelbar auf Einzelfälle anwenden lassen, müssen Richterinnen und Richter sie durch Auslegung näher konkretisieren.²² Methodisch folgen sie dabei einem bestimmten Auslegungskanon, der in Deutschland im Anschluss an *Carl Friedrich von Savigny* Wortlaut, Systematik, Geschichte und Telos der zu interpretierenden Norm berücksichtigt.²³ Aus den vielen Einzelfällen versuchen Richterinnen und Richter (oft im Austausch mit der Rechtswissenschaft) eine kohärente Dogmatik zu entwickeln. Damit gemeint ist ein Interpretationsangebot, das die demokratisch gesetzten Normen und

²² Es existiert keine „mechanical jurisprudence“, vgl. dazu *Pound*, *Columbia Law Review* 1908, 605, 605–623.

²³ Vgl. *von Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band I, 1840, S. 213 ff.

dahinterstehenden Wertungen möglichst umfassend berücksichtigt und einen Rahmen für die Entscheidung zukünftiger Einzelfälle liefert. Dogmatik soll somit zur Rechtssicherheit beitragen. Welcher dogmatische Zugang von den Höchstgerichten aufgenommen wird und somit die Rechtspraxis bestimmt, ist nicht von vornherein festgelegt und kann sich mit der Zeit ändern.

Auch Grundrechte sind demokratische gesetzte Normen. Verglichen mit anderen, teils sehr eng und genau regulierten Rechtsbereichen, sind Grundrechte äußerst offen formuliert. Ihrer Interpretation kommt daher ein besonders großes Gewicht zu. Zum einen muss konkretisiert werden, welche Verhaltensweise eine Grundrechtsnorm schützt (was z. B., ist als „Kunst“ anzusehen?). Noch wichtiger ist aber zum anderen festzulegen, wie Grundrechte sich verhalten, wenn sie im Konflikt zueinanderstehen. Hat eines der Rechte dann *per se* Vorrang? Oder gilt der Vorrang nur in bestimmten Situationen? (Wie) lassen sich zwei Grundrechtspositionen gegebenenfalls in einen angemessenen Ausgleich bringen?²⁴ Nicht nur das oben genannte Beispiel des Konflikts zwischen Kunstfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verdeutlicht, welche große praktische Relevanz dem Austarieren widerstreitender Grundrechtspositionen zukommt. Auch bei anderen gesellschaftlich umstrittenen Fragen wie dem Kopftuchtragen von Beamtinnen, dem Recht auf Schwangerschaftsabbruch, Mieten- oder Umweltpolitik geht es im Kern weniger darum, *ob* bestimmte Interessen prinzipiell grundrechtlich schutzwürdig sind (Existenz); im Zentrum steht eher, *wie genau* die Grundrechte zu verstehen sind und wie sie sich zueinander verhalten (Interpretation). Von der Interpretation der charakteristisch offenen Grundrechtsformulierungen hängt somit ab, wie in einer Gesellschaft kontroverse Fragen entschieden werden.

Dass die Interpretation besonders wichtig ist, sagt noch nichts darüber aus, wer oder wie sie wahrgenommen werden sollte. Die gemeinhin als Erfolg betrachtete justizielle Grundrechtsentwicklung in den letzten 70 Jahren scheint zunächst dafür zu sprechen, eine rechtliche Verarbeitung auch zukünftig zu befürworten. Sowohl in Deutschland durch das Bundesverfassungsgericht als auch auf europäischer Ebene durch den EuGH und EGMR waren es Gerichte, die durch ihre Rechtsprechung in beeindruckender Manier ein kohärentes System des Grundrechtsschutzes ausdifferenziert haben.²⁵ Also „[why] change a winning team [or system]“?

²⁴ Ein wichtiger Anhaltspunkt für das Verhältnis der Grundrechte zueinander sind die sog. Schrankenregelungen, die angeben, unter welchen Bedingungen ein Grundrecht eingeschränkt werden kann. Für den Versuch daraus eine schlüssige Dogmatik für die Grundrechte des Grundgesetzes zu entwickeln, siehe *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 9. Aufl. 2020.

²⁵ Vgl. *Alexy* (Fn. 24), S. 2 ff.; besonders eindrucksvoll ist im Fall des EuGH dabei, dass der EuGH selbst *ohne* einen schriftlichen Grundrechtskatalog spezifische Unionsgrundrechte herausbildete, vgl. dazu *EuGH*, Urteil v. 17.12.1970 – C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114 und *EuGH*, Urteil v. 12.11.1969 – C-29/69, *Stauder*, ECLI:EU:C:1969:57. Diese richterlich entwickelten Unionsgrundrechte wurden mittlerweile in der Grundrechtecharta kodifiziert und sind seit dem Vertrag von Lissabon rechtlich verbindlich. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner berühmten *Solange II*-Entscheidung festgehalten, dass das Grundrechtssystem der Union dem Standard des Grundgesetzes „im wesentlichen gleichzuachten“ sei, siehe *BVerfG*, Beschluss v. 22. Oktober 1986 – 2 BvR 197/83 (*Solange II*), Rn. 107ff.); zum Erfolg des Bundesverfassungsgerichts vgl. *Schönberger*, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz

Für die Zukunft scheint die Beibehaltung des in der Vergangenheit als erfolgreich wahrgenommenen Systems indes nur gerechtfertigt, wenn die hinter dem Erfolg stehenden Gründe auch weiterhin tragfähig sind. Man kann den Erfolg so deuten, dass er primär in den gefundenen *Ergebnissen* der (verfassungs-)gerichtlichen Verarbeitung liegt. Allein gute Ergebnisse sagen jedoch nichts darüber aus, ob auch das dahin führende Verfahren sinnvoll (oder legitim) war. Die hohe (Output)-Legitimität guter Entscheidungen ließe sich potenziell noch weiter steigern, wenn zusätzlich Gesichtspunkte der Input- und Throughput-Legitimität beim Verfahren Berücksichtigung fänden.²⁶ Komplizierter wird es, wenn man den Erfolg in Form der guten Ergebnisse gerade auf das justizielle Verfahren zurückführt. Hierhinter verbergen sich Annahmen wie, dass das Recht eine rationalisierende Kraft habe und dass die Behandlung der strittigen Fragen durch spezialisierte, für Grundrechtsthemen besonders sensibilisierte und mit juristischer Methodik geschulte Richterinnen und Richter einen geeigneten Rahmen schaffen. Unter der Annahme einer funktionierenden demokratischen Gesellschaft²⁷ und des hier zugrunde gelegten Verständnisses von Grundrechten sprechen jedoch gewichtige Gründe gegen diese Sicht und eine daraus abgeleitete *ausschließlich* rechtliche Handhabung.

Die Erkenntniskraft rechtlicher Methodik ist bei Grundrechten begrenzt. Der Grund hierfür liegt darin, dass Grundrechtskataloge keine letztverbindlichen Antworten auf konkrete Gewährleistungsgehalte und Konflikte widerstreitender Grundrechte beinhalten (können). Neben den durch die offenen Formulierungen begrenzten Möglichkeiten der grammatikalischen und systematischen Auslegung stoßen auch historische und teleologische Interpretationsversuche an Grenzen. Historisch ist das hohe Maß an Interpretationsoffenheit kein Zufall oder Versehen, sondern liegt im Wesen und der Entstehungsgeschichte von Grundrechten begründet. Verfassungs- oder Grundrechtstexte sind historisch Dokumente, die die Vielfalt vorhandener Positionen zu einem Zeitpunkt „unter einen Hut“ bringen mussten. Abstrakte Formulierungen ohne konkrete Festlegungen zu bestimmten – oft gesellschaftlich und politisch hochkontroversen – Streitfragen ermöglichen erst die Zustimmung aller am Prozess Beteiligten.²⁸ Grundrechtskataloge können insofern als historische Kompromisse gesehen werden, die *bewusst* konkretere Festlegungen vermeiden und denen Spannungen inhärent sind. Folglich gibt es für die konkrete Lösung grundrechtlicher Spannungslagen häufig kein in der Verfassung oder dem Grundrechtskatalog angelegtes „richtig“ oder „falsch“.

nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011; *Vorländer/Schaal*, in: *Vorländer* (Fn. 7), S. 343 ff.; für die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für die EU siehe *Busch*, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für den Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, 2003; und für Deutschland: *Hoffmeister*, Der Staat 2001, 349.

²⁶ zu den Legitimitätsformen vgl. *Scharpf*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970; siehe auch *Schmidt*, Political Studies 2013, 2–22.

²⁷ Vgl. dazu *Waldron*, Yale L.J. 2006, 1346 (1359 ff.); ähnlich dem Konzept einer „well ordered society“ bei *Rawls*, Political Liberalism, 1993; *Rawls*, A Theory of Justice, 1971.

²⁸ vgl. schon *Schmitt*, Verfassungslehre, 11. Aufl. 2017 (1. Aufl. 1928), S. 20 ff.; dazu auch *Sunstein*, Social Research 2007, 1–24; *Koutnatzis*, Columbia Journal of Transnational Law 2005, 74 (75–94).

Selbst wenn sich ein einheitlicher Wille der „Gründungsväter“, also beispielsweise beim GG des Parlamentarischen Rats ermitteln ließe: Warum sollte diese angedachte Interpretation die „Richtige“ für alle Zeit sein? Schon beim mehr als 70 Jahre alten Grundgesetz stellt sich diese Frage. Noch eklatanter wird sie allerdings bei älteren Grundrechtskatalogen wie in Frankreich oder den USA. Inwiefern der ursprüngliche Wille berücksichtigt werden muss oder ob nicht gesellschaftliche und politische Veränderungen immer wieder neue Interpretationen erfordern, ist eine lang umstrittene Frage der (Theorie der) Verfassungsinterpretation, die in Amerika unter der Überschrift ‚originalist vs. living constitutionalism‘ diskutiert wird.²⁹ Beide Sichtweisen lassen sich mit Rückgriff auf politische Theorie bzw. Philosophie mehr oder weniger schlüssig begründen. Das Recht und die rechtliche Methodik liefern allerdings keine abschließende Antwort, welche Auslegungsmethode den Vorzug verdient.³⁰

Auch eine nicht am Willen des historischen Verfassungsgebers klammernde teleologische Auslegung weist bei Grundrechten Probleme auf. Was der „Sinn“ oder das „Ziel“ einer offen formulierten Grundrechtsnorm ist, kann sehr häufig nur unter Rückgriff auf außerrechtliche Grundüberzeugungen beantwortet werden.³¹ Das trifft schon auf die Inhaltsbestimmung zu, wird aber noch deutlicher, wenn es um das Ausbalancieren widerstreitender Belange geht. So wird beispielsweise die konkret vorgenommene Abwägung zwischen zwei Freiheitsrechten – oder weiter gesteigert zwischen einem Freiheits- und einem Gleichheitsrecht – davon abhängen, ob man Freiheit liberal oder kommunitaristisch versteht. Bedenkt man, wie viele Konzeptionen in der politischen Philosophie allein von Freiheit existieren,³² wird deutlich, welche große Bandbreite an divergierenden Vorverständnissen in die Entscheidung eines Einzelfalls hineinspielen können.

Problematisch ist dies im Hinblick auf eine ausschließlich gerichtliche Grundrechtsinterpretation in zweierlei Hinsicht. Zum einen besteht ein gewisser Widerspruch zwischen der hier vertretenen sozialen Begründung der Grundrechte und einer Inhaltsbestimmung durch Rückgriff auf außerrechtliche Konzepte. Dort nach „richtigen“ Lösungen zu suchen, suggeriert, dass es eine rationale Antwort bzw. einen rationalen Konsens über Grundfragen des Zusammenlebens gäbe, die/den man nur entdecken müsste. *Richard Bellamy* stellt aber genau das für demokratischen Grundprinzipien verpflichteten Gesellschaften infrage.³³ *Bellamys* Argument darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass nie ein (rationaler) Konsens möglich wäre. Überzeugend ist es, wenn man den Fokus darauflegt, dass sich nicht *jede* Spannungslage zu *jeder* Zeit rational auflösen lässt, sondern dass eine funktionierende demokratische Gesellschaft auch

²⁹ Vgl. dazu *Solum*, *Northwestern University Law Review* 2019, 1243–1296; vgl. auch *Fallon Jr*, *Harvard Law Review* 1987, 1189–1286; *Young*, *North Carolina Law Review* 1993, 619–724.

³⁰ Vgl. dazu *Hassemer*, *ZRP* 2007, 213, 216.

³¹ Vgl. grundlegend zu der Problematik, dass positive Normen nur einen Rahmen statuieren, innerhalb dessen aber verschiedene Entscheidungen möglich sind *Kelsen*, in: *Jestadt* (Hrsg.), *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (Studienausgabe der 1. Auflage 1934), 2008, S. 104–109.

³² vgl. dazu z. B. jüngst *Möllers*, *Freiheitsgrade. Elemente einer liberalen politischen Mechanik*, 2020.

³³ *Bellamy*, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, 2007, S. 3 ff.

gerade von widerstreitenden und sich über die Zeit ändernden Interessen und Positionen lebt.³⁴ Zum anderen stellt sich die Frage, warum Gerichte die geeignetste Institution sein sollten, Sinn oder Ziel offengehaltener Grundrechte festzulegen.³⁵ Wenn rechtliche Methodik keine abschließenden Lösungen bereit hält, sondern außerhalb des Rechts liegende individuelle Vorverständnisse eine nicht unwichtige Bedeutung für die konkrete Entscheidung haben, gerät zumindest die *ausschließliche* Wahrnehmung dieser Aufgabe durch nicht-gewählte Richterinnen und Richter unter Druck.

bb) Erschwerte Korrekturmöglichkeiten

Das geschilderte Problem wird durch zwei Faktoren verstärkt. Der erste betrifft Reichweite und Bestandskraft einer einmal erfolgten Konkretisierung durch die Judikative selbst. *Oliver Lepsius* legt für das Bundesverfassungsgericht überzeugend dar, dass die Interpretation der Grundrechte nicht nur der Entscheidung eines konkreten Einzelfalls dient, sondern dass sie darüber hinaus allgemeine Gültigkeit beanspruchen.³⁶ Die abstrakt entwickelten „Maßstäbe“ erscheinen somit nicht nur als in einem bestimmten Zeitpunkt erfolgte Interpretation, sondern wirken wie zeitunabhängige Konkretisierungen des Grundgesetzes selbst. Der Begründungsstil des Bundesverfassungsgerichts trägt zu diesem Eindruck bei. In den Entscheidungen verweisen die Richter und Richterinnen auf lang entwickelte Rechtsprechungslinien, in die sich die neue Entscheidung nahtlos einfügt. Brüche mit früheren Interpretationen werden weitestgehend vermieden und wenn doch nur selten explizit gemacht. Der dadurch vermittelte Eindruck von Kontinuität in der Rechtsauslegung trägt dazu bei, dass man die Interpretationen als „richtig“ begreift – ein für die Überzeugungskraft (und davon abhängig der Akzeptanz) der verfassungsgerichtlichen Urteile eminenten Faktor. Eben hierin liegt aber auch ein Problem: Aus Sicht des Verfassungsgerichts sind offene Brüche und Korrekturen der eigens entwickelten Maßstäbe mit dem Risiko behaftet, dass es die Überzeugungskraft schwächt. „Selbstkorrekturen“ einmal entwickelter Maßstäbe durch Interpretation sind daher selten.

Der zweite Faktor betrifft die Korrekturmöglichkeiten *außerhalb* der Gerichte. In anderen Rechtsbereichen kann der Gesetzgeber als Reaktion auf eine nicht seinen Vorstellungen entsprechende Interpretation der Gerichte verhältnismäßig einfach den Rahmen (das demokratische Gesetz) ändern. Diese Möglichkeit existiert zwar prinzipiell auch bei Grundrechten; sie ist für die Legislative aber in zweierlei Hinsicht erschwert. Zunächst steht die

³⁴ Entgegenstehende, konfligierende und nicht immer ideal auflösbare Interessen nicht als Defizit, sondern als Charakteristikum einer lebendigen Demokratie zu begreifen, findet sich besonders prononciert bei Vertretern und Vertreterinnen der radikalen Demokratietheorie (z.B. *Laclau/Mouffe*, *Hegemony and Socialist Strategy*, 1985 oder auch *Mouffe*, *Über das Politische: Wider die kosmopolitische Illusion*, 2007. Losgelöst von den divergierenden Ansichten zur institutionellen Ausgestaltung ist die Vorstellung von Demokratie als Artikulieren, Verhandeln und Aushandeln unterschiedlicher Positionen aber auch in liberalen, deliberativen (z. B. bei *Habermas* (Fn. 14) und (abgeschwächt) republikanischen Demokratietheorien präsent, vgl. dazu *Meyer*, *Was ist Demokratie?*, S. 74 ff.

³⁵ *Bellamy* (Fn. 33), S. 4–5.

³⁶ *Lepsius*, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger* (Fn. 25), S. 159 (161 ff.) spricht von „Maßstabsbildung“.

Änderung von Grundrechten im Vergleich zu anderen Gesetzen unter höheren prozeduralen Anforderungen (in Deutschland einer 2/3 Mehrheit in Bundestag und Bundesrat, Art. 79 II GG). Im europäischen Kontext sind die Voraussetzungen sogar noch höher. *Dieter Grimm* hat dieses Phänomen überzeugend in seiner These der Überkonstitutionalisierung der EU-Verträge thematisiert: Nicht nur sind im System der EU deutlich mehr Sachfragen dem „Verfassungsrecht“ zugeordnet; das Erfordernis von *Einstimmigkeit* im Rat zu Änderungen des Primärrechts erschwert Änderungen im Vergleich zu Nationalstaaten erheblich.³⁷ Zu diesen prozeduralen Anforderungen stellt sich darüber hinaus die Herausforderung, wie eine der Legislative unliebsame spezifische Interpretation in einer Grundrechtsbestimmung rein *textlich* richtig gestellt werden kann. Die charakteristisch offenen Formulierungen der Grundrechte vertragen sich schwerlich mit spezifischen Detailregelungen, wie genau sie zu verstehen sind.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Die *Interpretation* von Grundrechten sollte aufgrund der aufgezeigten Schwächen keine ausschließlich den (Verfassungs-)Gerichten vorbehaltene Aufgabe sein. Grundrechtskataloge liefern häufig keine abschließenden Antworten zur „richtigen“ Interpretation. Gibt es keine „richtigen“ Antworten, verschiebt sich der Fokus auf das Verfahren. Rein rechtliche Verfahren scheinen aus mehreren Gründen nicht auszureichen. Zusätzlich zu dem Risiko der (ungerechtfertigten) Überrepräsentation der grundlegenden außerrechtlichen Überzeugungen der Richterinnen und Richter und den ungleichmäßig verteilten Chancen des Zugangs zu Gericht schafft das Recht eine spezifische Rahmung, in dem sich bestimmte Interessen nicht – oder zumindest schlechter – abbilden lassen. Aus dieser Kritik abgeleitet ergibt sich die Forderung, die politische Dimension grundrechtlicher Fragen mehr zu berücksichtigen und ein Forum dafür zu schaffen.

3. „Grundrechtsräte“ – eine mögliche Lösung?

Wie lässt sich nun institutionell der politische Charakter stärker zu berücksichtigen? Wie soeben gezeigt, sind die Möglichkeiten der Legislative auf der Ebene der Rechtssetzung an der inhaltlichen Ausgestaltung der Grundrechte mitzuwirken, begrenzt. Das führt zu der Schlussfolgerung, dass es darunter eine *weitere* Möglichkeit zur politischen Mitbestimmung geben muss: die *Grundrechtsinterpretation*. Die von Lepsius als *Maßstabsbildung* bezeichnete Aufgabe,³⁸ abstrakt ein grundrechtliches Gesamtkonzept mit Ausdifferenzierung einzelner Rechte und Präferenzen der Spannungsauflösung zu entwickeln, sollte nicht exklusiv den Gerichten vorbehalten sein, sondern als *gemischt rechtlich-politische* wahrgenommen werden.³⁹

Zur Umsetzung dessen könnte es sinnvoll sein, mit den „Grundrechtsräten“ eine schon aus der Frühphase der Konstitutionalisierung in Frankreich und Amerika stammende Idee aufzugreifen.

³⁷ Vgl. dazu *Grimm* (Fn. 8), S. 211–214); siehe auch *Grimm*, Merkur 2014, 1045 ff..

³⁸ *Lepsius*, (Fn. 36), S. 159, 161 ff.

³⁹ In eine ähnliche Richtung geht *Häberles* Vorschlag einer „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“, siehe dazu *Häberle*, JZ 1975, 297–305.

Verglichen mit dem historischen Vorbild soll das Mandat der neuen Grundrechtsräte aber beschränkter sein. Ihre Aufgabe sollte nicht primär darin liegen, neue Grundrechte zu entwerfen und festzulegen, sondern sie sollten ein Forum zur politischen Deliberation und Artikulation zeitgemäßer Einschätzungen zu Grundrechtsfragen bilden. Die Letztentscheidung von Grundrechtsfragen wäre weiterhin den dazu legitimierten Verfassungsgerichten vorbehalten. Der Gewinn eines solchen Ansatzes wäre zum einen, dass es einen Anreiz für eine offene und inklusive gesamtgesellschaftliche Auseinandersetzung mit Grundrechtsfragen schafft, was zu einer Stärkung der demokratischen Input-Legitimation führen würde. Zum anderen würde es die Überzeugungskraft gerichtlicher Entscheidungen verbessern. Gerichte hätten so die Möglichkeit, Einschätzungen und Präferenzen aus den Grundrechtsräten in ihre Entscheidungsfindung einzubeziehen und somit eine kontextsensible und zeitgemäße Grundrechtsinterpretation zu gewährleisten. Dies würde idealerweise zu einer Erhöhung demokratischer Output-Legitimation führen.

a) Das Modell der Grundrechtsräte

Geschichtlich findet sich die Idee eines Forums, das über Verbesserungen der Verfassung nachdenkt, schon zurzeit der Französischen Revolution. Der französische Verfassungstheoretiker *Emmanuel-Joseph Sieyès* sah die Erarbeitung von Reformvorschlägen („atelier de proposition“) als eine von drei Aufgaben des von ihm favorisierten Modells einer *Verfassungsjurys* vor.⁴⁰ Die Notwendigkeit dazu begründete *Sieyès* damit, dass eine Verfassung wie jeder Organismus ein „vitales Prinzip“ in sich tragen müsse.⁴¹ Um den Erkenntniszuwachs und das Recht neuer Generationen, über wesentliche Fragen selbst zu entscheiden, berücksichtigen zu können, bedürfe eine Verfassung daher einer gewissen Offenheit. Gleichzeitig war für *Sieyès* aber zentral, dass Verfassungen auch etwas Dauerhaftes, nicht an eine bestimmte Generation Gebundenes in sich tragen. Statt einer periodisch stattfindenden vollkommenen Neusetzung befürwortet er daher ein Modell der *Verfassungsüberarbeitung*. In regelmäßigen Abständen von 10 Jahren sollte danach die Verfassungsjury der verfassungsgebenden Primärversammlung Änderungen *vorschlagen*. Radikaler wurde der Generationsaspekt in Frankreich von *Nicolas de Condorcet* und in Amerika von *Thomas Paine* hervorgehoben.⁴² *Condorcet* zufolge verlöre eine Verfassung ihre Legitimität, wenn sich die ursprünglich verfassungsgebende Mehrheit demographisch aufgelöst hätte.⁴³ Eine Gemeinschaft habe nämlich nichts das Recht, künftige Generationen ihren Rechten zu unterwerfen. Es bedürfe daher der erneuten Zustimmung jeder Generation, die nicht schlicht stillschweigend angenommen werden könne.⁴⁴

⁴⁰ Vgl. hierzu und zum Folgenden: *Sieyès*, in: *Lembcke/Weber* (Hrsg.), Was ist der Dritte Stand? Ausgewählte Schriften, S. 339–341.

⁴¹ *Sieyès*, in: *Lembcke/Weber* (Fn. 40), S. 339.

⁴² Zu *Condorcet* und zu seiner Biografie vgl. Jung, JZ 2023, 895, 896 ff.

⁴³ Vgl. *Condorcet*, Des Conventions Nationales (Rede vom 1. April 1791), S. 193 (zitiert nach *Rosanvallon* (Fn. 20), S. 177).

⁴⁴ vgl. dazu *Paine*, Die Rechte des Menschen, 1791, S. 129 (zitiert nach *Rosanvallon* (Fn. 20), 177 f.).

Was lässt sich aus diesen mehr als 200 Jahre alten Ideen noch für die Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes im 21. Jahrhundert gewinnen? Zunächst scheinen die Aspekte radikaler Zeitlichkeit von Entscheidungen und des Rechts einer jeden Generation selbst über ihr Zusammenleben zu entscheiden, interessant. Unter dem Stichwort intergenerativer (oder Generationen-) Gerechtigkeit lassen sich viele aktuelle gesellschaftspolitische Fragen vom Klimaschutz über Renten, der weiteren Entwicklung der europäischen Union bis hin zum Umgang mit der Corona-Pandemie fassen.⁴⁵ Grundrechte so zu verstehen, dass sie die Mitbestimmung der von den Entscheidungen Betroffenen fördern und nicht behindern sollten, erscheint insofern grundsätzlich wert, in die Gegenwart übertragen zu werden. „Zeitlichkeit“ kommt dabei eine zentrale Bedeutung zu: Für die inhaltliche Bestimmung der Grundrechte sollte daher primär nicht eine einmal getroffene (gerichtliche) Interpretation maßgeblich sein, sondern Erkenntniszuwachs, der aktuelle zeitliche Kontext und die Präferenzen der von den Entscheidungen Betroffenen.

Bei der Übertragung sind allerdings Einschränkungen zu beachten. Die von *Sieyès* favorisierte Beständigkeit von Verfassungen und die daraus abgeleitete Forderung, dass sich nicht jede Generation eine neue Verfassung geben (oder die alte formal bestätigen) müsse, hat aus heutiger demokratietheoretischer Perspektive Vorteile. In Übereinstimmung mit *Habermas*, *Tully*, *Ely* und auch *Rosanvallon* spricht das komplexe Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit dafür, Grundrechten einen besonderen Schutz zuzuerkennen.⁴⁶ Die hohen Anforderungen an eine Änderung ihrer verfassungsrechtlichen *Existenz* fungiert insofern als stabilisierender Faktor, um die Grundbedingungen eines demokratischen Verfahrens zu gewährleisten. Statt regelmäßiger neuer Konstitutionalisierung sollte daher die Suche nach schrittweiser Verbesserung durch Aktualisierung im Mittelpunkt stehen.

Grundrechtsräten im 21. Jahrhundert sollte daher nicht die Aufgabe zukommen, für jede Generation einen vollkommen neuen Grundrechtskatalog zu entwerfen. Stattdessen wäre ihre Funktion über die bestehenden Grundrechte und ihre zeitgemäße Interpretation in einem offenen und pluralistischen Rahmen zu *diskutieren*. In regelmäßigen Abständen von zwei bis drei Jahren sollten ihre Mitglieder zusammentreten und sich dann in einem Plenum mit jedem Grundrecht einzeln auseinandersetzen. Dabei geht es in erster Linie darum, ein Forum für den Austausch von Einschätzungen zum konkreten Gewährleistungsbereich der Grundrechte und ihres Verhältnisses zueinander zu bieten. Ein besonders wichtiger Aspekt wird dabei die Diskussionen aktueller Entwicklungen sein. Dies kann gesellschaftliche, technische oder wissenschaftliche Neuerungen betreffen, die potenziell Auswirkungen auf die Grundrechte und ihre Interpretation haben (sollten). Es können aber auch Entwicklungen innerhalb des Rechts, beispielsweise durch

⁴⁵ Vgl. zum Aspekt der Generationengerechtigkeit und ihrer Verankerung in der Verfassung z. B. *Tremmel*, Eine Theorie der Generationengerechtigkeit, 2012; *Tremmel* ZRP 1999, S. 432–438.

⁴⁶ *Rosanvallon*, (Fn. 20), S. 178 ff., vgl. zu den anderen unter 2., b).

richtungsweisende Grundrechtsurteile von Gerichten, besprochen werden. Schließlich können Vorschläge für die Schaffung neuer Grundrechte eingebracht werden.⁴⁷

Bei der Zusammensetzung der Grundrechtsräte sind verschiedene Möglichkeiten vorstellbar. In einer repräsentativen Demokratie kann sich der Grundrechtsrat aus den Mitgliedern des Parlamentes bilden. Zusätzlich zu den regulären Sitzungswochen und ihrer „klassisch“ legislativen Tätigkeit würden sich die Abgeordneten in einem festen Zeitraum konzentriert und ausschließlich mit den Grundrechten befassen. Die Grundrechtsräte in einer bereits etablierten und institutionell mit eigenen Rechten ausgestatteten Verfassungsorgan anzusiedeln, hat sicher Vorteile, insb. im Hinblick auf Fähigkeit zur Repräsentanz, rechtliche Verbindlichkeit und Wahrnehmbarkeit. Grundsätzlich denkbar erschiene es aber auch, die Mitglieder auf andere Weise zu bestimmen. Das Modell ist insofern nicht festgelegt auf ein bestimmtes politisches System (und zugrunde liegendes Demokratieverständnis). Von der konkreten Ausgestaltung und Zusammensetzung hängen die formalen Kompetenzen ab. Da aber ein ganz wesentlicher Gedanke hinter den Grundrechtsräten ist, eine Diskussion auch *unter* der Schwelle einer formellen Grundrechtsänderung zu fördern, sollte die Bedeutung formaler Kompetenzen nicht überbetont werden. Für den Erfolg wichtiger erscheint es, dass in einem offenen Rahmen unterschiedliche Standpunkte geäußert und gehört werden und dass eine (konstruktive) Auseinandersetzung stattfindet. Essenziell ist, dass die Ergebnisse – Konsense, Dissense und die Pluralität der Sichtweisen – sichtbar (und so festgehalten) werden. Auch wenn im Einzelfall möglich, liegt die primäre Funktion der Grundrechtsräte demnach nicht darin, die Grundrechte in ihrer Existenz zu ändern. Ziel ist es, die Aufgabe der Interpretation offener, pluralistischer und unter größerer Anerkennung ihres *auch*-politischen Charakters zu fassen. Dem Vorschlag zufolge kann die verbindliche *Letztentscheidung* bei der Interpretation von Grundrechtsfragen aber weiterhin bei den Verfassungs-/Höchstgerichten liegen. Sie müssen sich dabei jedoch mit den Positionen der Grundrechtsräte auseinandersetzen.

b) Potenziale der Grundrechtsräte

Grundrechtsräte würden eine Möglichkeit bieten, den inhärent politischen Charakter grundrechtlicher Entscheidungen auch institutionell wiederzugeben. Im Gegensatz zu Gerichten ist das Verfahren in den Grundrechtsräten nicht justiziell geformt, sondern nach demokratischen Grundsätzen strukturiert. Das betrifft zum einen die Zusammensetzung, die sich nach Gesichtspunkten der Repräsentanz richtet. Dem Prinzip ‚one person one vote‘ wird dadurch Rechnung getragen.⁴⁸ Sieht man Grundrechtsfragen und -konflikte als nicht immer rational auflösbar, sondern auch als kontextgebundene Wertentscheidungen, scheint dieser Modus der Entscheidung sinnvoll. Je weniger das Recht definitive Antworten liefern kann, desto mehr gerät

⁴⁷ So jüngst bei *Schirach*, Jeder Mensch, 2021.

⁴⁸ *Bellamy* (Fn. 33), S. 5.

die privilegierte Interpretation durch Richterinnen und Richter unter Druck. Das bedeutet nicht, dass die Entscheidung gänzlich von den Gerichten weggenommen werden müsste. Das sieht das hier entwickelte Modell der Grundrechtsräte auch nicht vor. Eine Relativierung des gerichtlichen Interpretationsmonopols dadurch, dass sich die Gerichte zumindest mit der Haltung der Grundrechtsräte auseinandersetzen müssen, würde der komplexen Natur grundrechtlicher Fragestellung aber besser gerecht. Zum anderen betrifft es die Form der Argumente. Die Grundrechtsinterpretation sollte nicht von vornherein auf rechtlich artikulierbare Interessen beschränkt, sondern für andere offen sein. Grundrechtsräte bieten insofern in Ergänzung zu den Gerichten ein politisches Grundrechtsforum.

Wichtig wäre diese Ergänzung vor dem Hintergrund, dass Recht und Politik mit anderen Funktionslogiken operieren. Wie dargelegt, ist für die Akzeptanz der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zentral, dass die getroffenen Entscheidungen für „richtig“ gehalten werden. Daher spielen Überzeugungskraft, Begründung, Unparteilichkeit und Beständigkeit eine große Rolle. Die Politik hingegen muss nicht aus neutraler Position unter Anwendung einer bestimmten Methode „richtige“ Ergebnisse finden, sondern kann sich darauf stützen, Bürgerinnen und Bürger zu vertreten. Gemessen wird sie daran, ob ihr diese Vertretung gelingt. Die Interessen sind dabei nicht darauf beschränkt, (schon) durch Gesetze geschützt zu werden. Die Anerkennung eines Interesses *als* Recht ist oft erst Ergebnis politischer Durchsetzung. Im Vergleich zu den rechtlichen Verfahren wären die Grundrechtsräte also von einer Repräsentationslogik charakterisiert. Sie wären besser in der Lage, neue Interessen und Perspektiven – wie beispielsweise die von zukünftigen Generationen, von Kindern oder von Tieren, Interessen im Umgang mit neuen Technologien usw. – abzubilden und in den grundrechtlichen Diskurs einzubringen. Zudem würden politische Formen der Konfliktlösung wie der Kompromiss zur Anwendung kommen können.

Gerichte sind nicht prinzipiell außerstande, Artikulationswege für neue Interessen zu finden. Über durchaus weite richterliche Interpretationsleistungen wie „intertemporale Freiheitssicherung“⁴⁹ beim Klimabeschluss oder ein aus den Wahlrechtsgrundsätzen folgenden individuellen Rechts darauf, Schritte der europäischen Integration zu überprüfen,⁵⁰ hat das Bundesverfassungsgericht Einzelpersonen schon grundrechtlichen Schutz gewährt, auch wenn das Grundgesetz dies nicht explizit vorsah. Man kann dies positiv als Indiz deuten, dass Gerichte in der Lage sind, mit neuen Interessen umzugehen. Sicher ist die Anerkennung des Rechtsschutzes allerdings nicht. Ob und welche Argumentationsstränge Gerichte aufnehmen und wessen Interessen somit gehört und berücksichtigt werden, bleibt letztlich der gerichtlichen Interpretation der Grundrechte überlassen. Grundrechtsräte wären von der Notwendigkeit der *rechtlichen* Formulierung eines Interesses befreit. Dadurch wäre sichergestellt, dass auch nicht rechtlich fassbare Interessen Teil eines

⁴⁹ BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 (Klimabeschluss), Rn. 116 ff.

⁵⁰ BVerfG, Urteil v. 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08 (Lissabon), Rn. 256

grundrechtlichen Diskurses würden. Ob und wie Gerichte diese Interessen dann in rechtliche Verfahren und Argumente übersetzen, wäre eine nachgelagerte und dennoch wichtige Frage. Die Vergangenheit hat aber gezeigt, dass insoweit durchaus (kreative) Möglichkeiten existieren.

Ein zweiter, schon angedeuteter Vorteil der Grundrechtsräte wäre, die Stärken politischer Verfahren zum Vorschein zu bringen. Eine dieser Stärken ist es, gesellschaftliche relevante Fragen in das Zentrum einer gesamtgesellschaftlichen Deliberation zu holen. Sichtbare Grundrechtsräte könnten dazu einen signifikanten Beitrag leisten. Das Gefühl, bei der Entscheidung von Grundrechtsfragen „eine Stimme zu haben“, gemeinsam darüber zu diskutieren, wie Grundrechte verstanden werden sollten und nach Kompromissen bei der Auflösung von Spannungslagen zu suchen, würden im Idealfall zur Erhöhung der Identifikation mit den Ergebnissen beitragen. Gerade für die hier zugrunde gelegte soziale Begründung der Grundrechte stellt die wechselseitige Anerkennung einen entscheidenden Legitimationsfaktor dar.

Ein dritter positiver Effekt von Grundrechtsräten betrifft die Gerichte. Grundrechtsräte sollten für Gerichte nämlich nicht lediglich als Konkurrenten wahrgenommen werden. Im Gegenteil: Das institutionelle Zusammenspiel könnte die gerichtlichen Entscheidungen verbessern. Wie erläutert, ist für Gerichte die Überzeugungskraft ihrer Urteile entscheidend. Diese hängt neben innerer Schlüssigkeit davon ab, dass möglichst alle relevanten Belange in die Entscheidungsfindung einbezogen werden und der spezifische Kontext berücksichtigt wird. Dass das Bundesverfassungsgericht in aktuellen Debatten eine so exponierte Stellung einnimmt, hat sicher damit zu tun, dass es Wege gefunden hat, in der Gesellschaft vorhandene Interessen – sei es zur Frage des Klimaschutzes oder der europäischen Integration – als grundrechtliche Positionen zu fassen. Auch für den EGMR ist charakteristisch, dass er die Rechte der EMRK möglichst zeit- und kontextsensibel interpretiert.⁵¹ Die Möglichkeit, aktuelle und dokumentierte Vorstellungen der Grundrechtsräte einzubeziehen, würde es den Gerichten erlauben, die Entwicklung eines dem Zeitgeist entsprechenden Grundrechtsverständnisses auf konkrete Anhaltspunkte der Repräsentanz der Bürgerinnen und Bürger zu stützen. So entstünde eine demokratischere „living-Instrument“-Ausgestaltung, in der die Institutionen zusammenwirken und somit insgesamt die Rückbindung an die sie legitimierende Bürgerschaft herstellen. Dabei kommt die beschriebene andere Funktionslogik der Politik auch innerhalb des Rechts zum Tragen: Grundrechtsentscheidungen könnten sich nicht *nur* auf innere Schlüssigkeit stützen; die Möglichkeit direkt Bezug auf Grundrechtsratsdebatten zu nehmen, erlaubt es Gerichten, mehr Mut zu Diskontinuität zu entwickeln.

⁵¹ Vgl. zur „living instrument“-Doktrin *Letsas*, in: *Føllesdal/Peters/Ulfstein* (Fn. 16), S. 106 ff.

c) Potenzielle Risiken (und deren Entkräftung)

Grundrechtsräte bergen auch Risiken. Diese vermögen jedoch nicht die Vorteile zu überwiegen. Ein mögliches Risiko besteht darin, dass die offene Anerkennung der politischen Dimension die rechtliche Überzeugungskraft von Urteilen schwächen könnte. Sie liefen Gefahr, nicht mehr als Ergebnis eines „politisch neutralen“ Prozesses der Rechtsfindung gesehen zu werden. Die Komplexität der Realität lässt sich allerdings nicht einfach leugnen: Rechtsfindung ist gerade beim Thema der Grundrechte kein schlicht „neutraler“ Prozess, bei dem juristische Methodik zu eindeutigen, rational richtigen Antworten führt. Die inhärente politische Dimension sollte daher nicht verschleiert werden. Stattdessen muss das Ziel sein, einen transparenten Umgang damit zu finden. In dem hier vorgestellten Vorschlag der Grundrechtsräte würde die rechtliche Begründung gerichtlicher Entscheidungen unter der Anerkennung der politischen Seite nicht leiden. Die Grundrechtsräte würden identifizierbare Bausteine für die verfassungsgerichtliche Verarbeitung liefern. Die Einbeziehung der Perspektiven der Grundrechtsräte soll die rechtliche Auseinandersetzung nicht ersetzen, sondern sie komplementieren. Rechtliche Argumentation und deren innere Überzeugungskraft würden weiter eine zentrale Rolle spielen.

Ein zweites mögliches Risiko könnte in der Relativierung von Grundrechten gesehen werden. Sorge könnte bestehen, dass die „Politisierung“ Grundrechte plötzlich wieder als etwas Verhandelbares erscheinen ließe. Die Unverhandelbarkeit bestimmter Rechte wird insbesondere aus liberaler Sicht aber gerade als große Errungenschaft eines Rechtsstaates gesehen. Insoweit könnte eine Angst vor autoritären Tendenzen oder einer „Diktatur der Massen“ dem hier unterbreiteten Vorschlag entgegenstehen. Die prinzipielle Sorge ist gerade vor dem Hintergrund jüngerer Entwicklungen in Europa nachvollziehbar. Unter der (theoretischen) Annahme einer funktionierenden demokratischen Gesellschaft, in der die Existenz und Bedeutung von Grundrechten an sich nicht infrage gestellt werden, sind Meinungsverschiedenheiten über ihren konkreten Inhalt und ihr Konfliktverhalten aber nicht problematisch.⁵² Im Gegenteil: Die regelmäßige Auseinandersetzung und Einbindung unterschiedlicher Akteure kann Grundrechte stärken. Wenn die Annahme einer funktionierenden demokratischen Gesellschaft empirisch nicht mehr zutrifft, besteht in der Tat ein Problem. Dann ist allerdings auch unklar, inwiefern andere Schutzmechanismen liberaler Demokratien noch „Lösungen“ bereithalten.

4. Ausblick: „Grundrechtsräte“ in einem europäisierten Grundrechtsverständnis

Abschließend soll noch ein kurzer Blick auf die Bedeutung des Modells der Grundrechtsräte für die übergeordnete Herausforderung geworfen werden: Grundrechtsschutzes in Europa. Die These ist, dass die hier angestellten Überlegungen angesichts des spürbaren Bedeutungszuwachses der europäischen Ebene in Grundrechtsfragen auch für diesen Kontext nützlich sind. Der EGMR

⁵² Waldron, Yale L.J. 2006, 1346 (1367 f.).

nimmt schon lange eine wichtige Position für den Grundrechtsschutz in Europa ein. Mit den zunehmenden Kompetenzen gerade in grundrechtssensiblen Bereichen wie dem Strafrecht stellt sich aber auch für die Europäische Union immer drängender die Frage, wie ein System multidimensionalen Grundrechtsschutzes zwischen den Polen von Einheit und Vielfalt organisiert werden kann.⁵³ Sicher ist, dass die zunehmende Verlagerung von Politikentscheidungen auf die transnationale Ebene nicht damit einhergehen darf, dass grundrechtliche Standards sinken. Umgekehrt ist das Beharren auf den eigenen national entwickelten Grundrechtsinterpretationen jedoch auch keine valide Alternative. Viele Herausforderungen der Zukunft erfordern daher eine transnationale Antwort.

Die jüngst ergangenen Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts in *Recht auf Vergessen I* und *II* deuten einen möglichen Weg für ein pluralistisches, europäisches Grundrechtsverständnis.⁵⁴ Bei der Entwicklung eines komplexen Systems, das versucht, Einheit und Vielfalt in Einklang miteinander zu bringen, erscheint die Einbindung unterschiedlicher Akteure sowie die Verankerung von Kommunikationsstrukturen essenziell. Das hier vorgeschlagene Modell würde dabei um eine vertikale Dimension erweitert werden. Auf der Ebene der EU könnte in der institutionalisierten Form des EU-Parlaments eine weitere Volksvertretung ihre Grundrechtsinterpretation diskutieren. Dass zudem in 27 Mitgliedsstaaten parlamentarische Grundrechtsräte tagen, erweitert die Perspektive jedes einzelnen Mitgliedsstaates, der Union und der Gerichte. Der EGMR könnte seine oft mehr auf Vermutungen beruhende Consensus-Analyse auf solidere Grundlage stellen.⁵⁵ Einfach wird es nicht – doch vermutlich bringt die Komplexität der Aufgabe auch eine gewisse Komplexität bei der Lösung mit sich.

⁵³ Vgl. dazu bereits *Huthmann* (Fn. 13), speziell mit Blick auf das Potenzial der Grundrechtsräte siehe S. 279 ff.

⁵⁴ *BVerfG*, 6. November 2019, 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I) und 1 BvR 276/16 (Recht auf Vergessen II), vgl. dazu *Heger/Huthmann ZStW* 2021, S. 777 ff.

⁵⁵ Vgl. zur Consensus-Analyse und einer Kritik daran *Wildhaber/Hjaratson/Donnelly*, *Human Rights Law Journal* 2013, 248–263.