

Dieter Grimm  
Anne Peters  
Dan Wielsch

# Grundrechts- funktionen jenseits des Staates



*Future Concepts of Law 1*

**Mohr Siebeck**

# Future Concepts of Law

herausgegeben von  
Dan Wielsch

1





Dieter Grimm / Anne Peters /  
Dan Wielsch

# Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates

Mohr Siebeck

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

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

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

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

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

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

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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

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

Printed in Germany.

# Inhaltsverzeichnis

*Dan Wielsch*

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

*Dieter Grimm*

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

*Anne Peters*

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



# Die Zukunft des Rechts

„Future Concepts of Law“  
zur Einführung

*Dan Wielsch*

„Das Künftige im Jetzt“  
*Shakespeare, Macbeth I 5*

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

## I.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

<sup>4</sup> *Kant*, Fn. 2, 19.

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

<sup>6</sup> *Kant*, Fn. 2, 22 und 30.

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

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

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

---

<sup>8</sup> Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl., Opladen 1987, 201, 203, 207 ff.

<sup>9</sup> Luhmann, Fn. 8, 340.

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

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

---

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

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

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

---

<sup>11</sup> Jürgen Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuaufl., Frankfurt a. M. 1990, 226.

<sup>12</sup> Wiethölter, Fn. 10, 41.

Rechtsaufklärung verbraucht sich freilich nicht in der Kritik des bürgerlichen Formalrechts. Da bestimmte Rechtsformen mit Vorrangregeln und Argumentationslasten einhergehen und hierdurch bestimmte soziale Praktiken und Institutionen gegenüber anderen privilegiert werden, handelt es sich um eine Daueraufgabe: es gilt, die Parteilichkeit von Rechtsstrukturen in gesellschaftlichen Kontexten zu ermitteln. Erst durch die umfassende Kritik seiner einzelnen Formen und der durch sie repräsentierten gesellschaftlichen Partikularitäten lässt sich der Anspruch – aus gesamtgesellschaftlicher Sicht: die Funktion – des Rechts auf unparteiliche Entscheidung normativer Konflikte einlösen.

Es ist die Verpflichtung praktischer Urteile auf Unparteilichkeit, die ihre Korrigierbarkeit nach sich zieht. Hierin liegt die Möglichkeit von normativen Lernprozessen sowohl in der Moral wie im Recht begründet. Denn unparteiisch urteilen heißt, alle betroffenen Autonomien gleichermaßen zu berücksichtigen. Stellt sich heraus, dass ein relevanter Aspekt nicht berücksichtigt oder das Handlungsproblem nicht allseitig, sondern einseitig beurteilt wurde, dann verlangt das Unparteilichkeitsprinzip eine Wiederholung des praktischen Urteils unter Einbeziehung der bisher nicht berücksichtigten Aspekte.<sup>13</sup> Das Unparteilichkeitsprinzip besitzt eine vorwärts weisende Dynamik, weil sein Universalismus der Perspektive wie auch immer begründete normative Aussagen mit Allgemeinheitsanspruch entrelativiert.<sup>14</sup> Wenn

---

<sup>13</sup> *Ernst Tugendhat*, Drei Vorlesungen über Probleme der Ethik – 2. Kann man aus der Erfahrung moralisch lernen?, in: ders., Probleme der Ethik, Stuttgart 1984, 102.

<sup>14</sup> Vgl. *Tugendhat*, Fn. 13, 103.

aufgrund von Erfahrung deutlich wird, dass eine Rechtspraxis relativ zu bestimmten Bedingungen ist, weil die zugrunde gelegten Rechtsformen oder ihre Interpretation die Interessen einer bestimmten gesellschaftlichen Klasse oder eine bestimmte Handlungsrationalität strukturell privilegieren, dann erzwingt das Unparteilichkeitsprinzip eine Anreicherung der Perspektive und andere, neue Urteile, in denen die entsprechende Beschränkung überwunden ist.<sup>15</sup> In der Konsequenz ist dem Recht eine Reflexivität seiner Formen abverlangt, mit denen es die von seinen Urteilen betroffenen Autonomien und sozialen Praktiken zur Darstellung bringt. In dieser normativen Anforderung an die Reflexivität der eigenen Darstellungsform seiner sozialen Umwelt unterscheidet sich das Recht von anderen sozialen Systemen.

Modernes Recht gewährleistet mit seinen Formen eine immer weiter gehende Differenzierung von sozialen Autonomien, deren normative Geltungsansprüche im gleichen Zuge immer häufiger miteinander kollidieren. Infolge der rechtsförmigen Institutionalisierung und Sicherung von sozialer Autonomie hängt noch die Möglichkeit der Etablierung einer neuartigen, alternativen sozialen Praxis von deren rechtlicher Ermächtigung ab. Die Zukunft der Gesellschaft kann daher nicht ohne eine Rechtsformkritik beginnen. Weil die Formen des alten Rechts die Zulässigkeitsbedingungen des Neuen und noch die gesellschaftliche und politische Auseinandersetzung darüber bestimmen, wird die Rechtsformkritik regelmäßig in eine

---

<sup>15</sup> Zum Gerechtigkeitsgebot der Multiplizierung sozialer Referenzen im Recht vgl. *Dan Wielsch, Relational Justice, Law and Contemporary Problems* 76 (2013), 191 (204 f.)

Fortbildung von Kategorien des jeweiligen Rechtsgebietes münden, mit denen sich auch die Maßstäbe für die Zulässigkeit des Neuen ändern.<sup>16</sup> Die Möglichkeit normativen Lernens im Recht – auf die Gesellschaft angewiesen ist, ohne sie herbeizwingen zu können – betrifft also stets das Verhältnis von Struktur und Prozess, anders gewendet: das Verhältnis von rechtlichen Produktionsverhältnissen und rechtlichen Produktivkräften.

Im Nationalstaat wird dieses Verhältnis durch die Kopplung des Rechts an die Politik in der Verfassung moderiert, so dass sich eine Gesellschaft die erforderliche Fortbildung des Rechts scheinbar selbst garantieren kann. Die durch die Verfassung bewirkte Kopplung unparteilicher Normreflexion an das Demokratieprinzip soll die rechtlichen Produktionsverhältnisse bis in die privatrechtlichen Grundbegriffe hinein regenerieren können. Hier sollen öffentliche und private Autonomie als miteinander „verschränkt“ gedacht werden, insbesondere, um sicherzustellen, dass Bürger „nur dann zu einer konsensfähigen Regelung ihrer privaten Autonomie gelangen können, wenn sie als Staatsbürger von ihrer politischen Autonomie einen angemessenen Gebrauch machen“.<sup>17</sup> Rechtliche Produktionsverhältnisse, die sich in privatrechtlichen Grundformen wie Eigentum und Vertrag nebst ihrer Dogmatik niederschlagen, sollen auf diese Weise zurückgebunden werden an die Produktivkräfte politischer Deliberationsprozesse. Abgesehen davon, dass

---

<sup>16</sup> *Dan Wielsch*, Rechtsformveränderungsrecht – Die Zulässigkeit des Neuen, KJ 2019, 639 (641/655).

<sup>17</sup> *Jürgen Habermas*, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: *Philosophische Texte*, Band 4, Frankfurt a. M. 2009, 140 (149).

eine solche Sicht das beschriebene Paradoxon der Entwicklung von „Recht durch Recht gegen Recht“ und das damit verbundene Beharrungsvermögen der von bestehendem Recht geschützten Interessen unterschätzt,<sup>18</sup> leistet die Konzentration reflexiver Kapazität auf den demokratisch-parlamentarischen Prozess spiegelbildlich einer Entlastung des Rechts – zumal des Privatrechts – von der Reflexion auf die politische Dimension der Ausübung privater Rechte Vorschub.<sup>19</sup> Die Wirklichkeit subjektiver Rechte, ihre Funktion für soziale Institutionen, wird dann im Recht nur unzureichend berücksichtigt. Das war im bürgerlichen Recht des 19. Jahrhunderts der Fall, weil es seinem Selbstverständnis nach durch die Abgrenzung individueller Handlungssphären auf die Konstituierung von privater Autonomie gerichtet war und damit letztlich auf die unreflektierte Förderung der Ausdifferenzierung von daraus entstehenden sozialen Funktionssystemen, nicht aber auf deren Limitierung oder

---

<sup>18</sup> Einen „Rechtssatz oder die Einrichtung in Frage stellen, heißt allen diesen Interessen den Krieg erklären, einen Polypen losreißen, der sich mit tausend Armen festgeklammert hat“, wie *Rudolf von Jhering*, *Der Kampf ums Recht* (1872), hrsg. v. Hollerbach, Frankfurt a. M. 2003, 9 schreibt und fortsetzt: „wo das bestehende Recht diesen Rückhalt am Interesse findet, gilt es einen Kampf, den das Neue zu bestehen hat, um sich den Eingang zu erzwingen, ein Kampf, der sich oft über ganze Jahrhunderte hinzieht“.

<sup>19</sup> Gegen eine Überordnung öffentlicher Rationalität im Vergleich zur distribuierten „relationalen Rationalität“ von gesellschaftlichen Beziehungsnetzwerken, die vor allem auch mit Hilfe des Privatrechts verfasst werden, vgl. *Karl-Heinz Ladeur*, *Postmoderne Rechtstheorie*, 2. Aufl., Berlin 1995, 33 und 67f. Eine Präferenz für die Institutionalisierung von öffentlicher Deliberation läuft Gefahr, die „Bürger von den Zwängen zur Beobachtung der durch die Gesellschaft erzeugten Zwänge und Möglichkeiten“ zu entlasten, vgl. *Ladeur*, ebd., 70.