

Über das Entstehen des Rechts menschlicher Gemeinschaften

„Die moralische Verfassung der menschlichen Welt, sozial gehärtet mit den Mitteln des positiven Rechts, ist ein von den Menschen gleichberechtigt zu betreibendes Projekt.“ Mit diesem Auftrag schließt Mahlmann sein hervorragendes Werk¹ zu Rechtsphilosophie und Rechtstheorie. Die Suche nach den Grundlagen einer gerechten Ordnung menschlichen Zusammenlebens und der wissenschaftliche Diskurs darüber dauert seit mehr als 2600 Jahren an. Abschließende Antworten sind bisher nicht gefunden.² Die wohl älteste erhaltene schriftliche Rechtssammlung, der Kodex des Königs Hammurabi, stammt aus Babylonien aus der Zeit um 1700 v. Chr. Er enthält u. a. bereits differenzierte Regelungen zum Talionsprinzip („Auge um Auge“, „Zahn um Zahn“) für unterschiedliche Bereiche. Doch wo liegt der Ursprung des Rechts?

Projektleitung
Prof. Dr. Holger Senne

Zeitraum
2010-2011

Förderung
Eigenfinanzierung

Kontakt
Prof. Dr. Holger Senne
Fachbereich Wirtschaft
Fachhochschule
Dortmund
Emil-Figge-Str. 42
44227 Dortmund
Tel.: 0231 755 -4949
E-Mail: holger.senne
@fh-dortmund.de

Die Frage und Suche nach dem „richtigen Recht“ und damit nach der richtigen, menschendienlichen Ordnung ist keine Frage aus dem Elfenbeinturm der Wissenschaft. Es ist eine Frage von elementarer praktischer Bedeutung: Zurzeit leben etwa 7 Mrd. Menschen auf der Erde, von ihnen hungern etwa 1 Mrd. Menschen. In nicht einmal 40 Jahren werden 9 Mrd. Menschen auf der Erde leben. Dies stellt eine ungeheure Herausforderung dar. Unser Planet ist ein Gemeingut, nur eine menschendienliche Ordnung kann Wälder erhalten, Trinkwasserversorgung gewährleisten, beste Ackerböden der Grundnahrungsmittelversorgung vorbehalten, Rohstoffversorgung nachhaltig bereitstellen und Meere als Nahrungsmittelquelle bewahren etc.

Wenn wir nichts über den Ursprung einer menschendienlichen Ordnung wissen, werden wir sie nicht gestalten können. Die Frage nach dem Gegenstand und damit dem „Urgrund des Rechts“ zu stellen, ist damit unverzichtbar.

Gott als „Urgrund des Rechts“?

Unser Grundgesetz beginnt in der Präambel mit den Worten „Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen...“. Staatsgewalt ist damit nicht absolut, sondern leitet seine Berechtigung von einem Schöpfer ab.

Messner führt in seinem Werk „Das Naturrecht“ aus:³

„Die Zwecke, die in der menschlichen Natur vorgezeichnet sind, begründen Verantwortlichkeiten für Einzelmenschen und Gemeinschaften und damit Ansprüche auf die ungehinderte Erfüllung dieser Verantwortlichkeiten sowie auf den Schutz dieser Ansprüche. Da es der Schöpfer ist, der diese Verantwortlichkeiten den Einzelmenschen und Gemeinschaften durch die ihrer Natur vorgezeichneten Zwecke zuweist, hat das Recht seinen Ursprung letztlich in Gott. In diesem Sinne spricht man vom natürlichen und göttlichen Recht als ein und derselben Sache. Eine solche Feststellung überschreitet nicht die Grenze der Rechtsphilosophie, solange das Recht nicht direkt aus dem göttlichen Willen abgeleitet wird. Ja, eine erschöpfende Erforschung des Phänomens des Rechts kann nicht anders als bis zum letzten Grund der Ordnung des Seins und der Zwecke zurückgehen.“ „Nur, wenn ein persönlicher Gott als Schöpfer und Gesetzgeber anerkannt wird, besitzt die Macht des Rechts ihre ganz bestimmte Geltung, sonst besteht kein zwingender Grund, warum nicht das Recht der Macht auf die eine oder andere Weise die Herrschaft beanspruchen sollte. Die Heiligkeit des Rechts, von der wir zu sprechen gewohnt sind, hat keinen wirklichen Sinn ohne die Existenz eines persönlichen Gottes.“

Die Annahme eines Menschen, der mit gottbestimmter Zwecksetzung geschaffen und damit einem „göttlichen Recht“ unterliegt, ist eine weit verbreitete Glaubensannahme⁴, die der wissenschaftlichen Erkenntnis letztlich verschlossen bleibt. In der Welt der Religionen sprechen wir von Offenbarungen, die Gegenstand einer Glaubenslehre sind. Glaube beansprucht nicht, durch Vernunft entscheidbar zu sein. Die Wissenschaft arbeitet auf der Basis von Thesen, mithin von Vermutungen. Diese sind – anders als der Glaube – dem wissenschaftlichen Beweis und der Vernunftentscheidung zugänglich. Der Glaube an ein gottgewolltes Recht ist zu respektieren, darf jedoch nicht an die Stelle eines wissenschaftlichen Diskurses treten; dieses schon deshalb nicht, da die Lebenserfahrung uns zeigt, dass „der Mensch“ nur allzu oft einer „gottlosen“ Herrschaft oder Gewalt ausgesetzt ist, ohne dass göttliche Macht interveniert.

Der Gesellschaftsvertrag als Geltungsgrund des positiven Rechts?

Die Gesellschaftsvertragstheorie hat gegenüber der Annahme eines von Gott gesetzten Rechts zu einer Säkularisierung der Staatslegitimation geführt.

Viele große Denker haben in ihren Überlegungen der Staatsgründung einen sogenannten „Gesellschaftsvertrag“ zugrunde gelegt. Einer der bekanntesten Vertreter ist Jean-Jacques Rousseau.⁵ Den Kern seiner genialen These formuliert Rousseau wie folgt:

„Jeder von uns stellt im Verbund mit allen anderen seine Person und seine ganze Kraft unter die oberste Autorität des Gemeinwillens, und wir, die Körperschaft, nehmen jeden als untrennbar zum Ganzen gehörendes Einzelglied auf. Der Vertragsschluss bewirkt augenblicklich, dass nicht mehr Einzelpersonen handeln, sondern eine moralische Gesamtkörperschaft, die aus ebenso vielen Gliedern besteht, wie die Versammlung Stimmen hat, und die durch diesen Akt Einheit, ein gemeinschaftliches Ich, ein Leben und einen Willen erhält. Jene öffentliche Person, formiert aus der Assoziation aller, hieß früher polis und heißt heute Republik oder Gemeinwesen; wir benutzen die Bezeichnung politische Körperschaft oder schlicht politischer Körper. ...“⁶

Die Idee des Gesellschaftsvertrages ist ein hervorragendes, poetisches Gedankengebäude, ein Ansatz, der uns viele Schlussfolgerungen ermöglicht. Allerdings ist er reine Fiktion, die der Rechtswirklichkeit nicht entspricht⁷, nicht einmal in der Schweiz, in der in manchen Kantonen lange den Frauen in der Landsgemeinde das Stimmrecht versagt blieb, da sie nicht über einen Degen verfügen, mit dessen Erheben der Eidgenosse seine Zustimmung zu einem Abstimmungsgegenstand signalisieren kann.

Selbst als fiktives Erklärungsmodell lässt die Theorie jedoch Fragen offen: Die Bindung zukünftiger Generationen, die am Vertragsschluss nicht beteiligt waren, vermag der Gesellschaftsvertrag nicht zu erklären. Das Vertragsmodell setzt freie, gleiche und mündige Vertragsschließende voraus, eine Ausgangslage, die es in einer menschlichen Gemeinschaft mit Kindern, Pflegebedürftigen und Unmündigen uneingeschränkt nie geben wird.

In der Bundesrepublik Deutschland hat es nicht einmal eine Volksabstimmung über unser Grundgesetz gegeben. Das Grundgesetz wurde nicht durch die Abstimmung im Parlamentarischen Rat in Kraft gesetzt, nicht durch Abstimmungen in den Landesparlamenten der drei westlichen Besatzungszonen, bei der sich Bayern übrigens gegen das Grundgesetz aussprach. Unser Grundgesetz, die beste Verfassung, die wir jemals auf deutschem Boden hatten, die uns Freiheit garantiert, die die Würde des Menschen als obersten Wert verankert, die ursprünglicher Geltungsgrund unserer gesamten Gesetzesordnung ist, wurde rechtsverbindlich durch die Genehmigungsschreiben der drei westlichen Militärgouverneure. Aus Macht entstand ein Rechtsstaat.⁸ Die Vorstellung der Mütter und Väter des Grundgesetzes, die dieses 1948 im Parlamentarischen Rat erarbeiteten, war es, eine Übergangslösung zu schaffen. Der Schlusssatz der Präambel lautete daher ursprünglich: „Das gesamte Deutsche Volk bleibt aufgefordert, in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden.“ Art. 146 GG regelte ergänzend in seiner Ursprungsfassung: „Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“ Eine Volksabstimmung fand

¹Mahlmann, Matthias, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1. Aufl., Baden-Baden 2010, S. 328

²Die Frage, welches Recht ist gerecht?, ist die Grundfrage der Rechtsethik, grundlegend dazu siehe von der Pfordten, Dietmar, *Rechtsethik*, 2. Aufl., München 2011, insbesondere S. 7 ff. m.w.N.

³Messner, Johannes, *Das Naturrecht*, 7. Aufl., Berlin 1984, S. 224 f.

⁴Diese Glaubensannahme beschränkt sich nicht nur auf unseren Kulturkreis. So ist z. B. „Scharia“ im islamischen Recht der „von Gott gebahnte Weg“, vgl. dazu Rohe, Mathias, *Das islamische Recht*, 2. Aufl., München 2009, S. 9 f. In Sure 45, Vers. 20 des Koran lesen wir: „Allah aber ist der Freund der Rechtschaffenden“.

⁵Rousseau, Jean-Jacques (1712 - 1778), *Der Gesellschaftsvertrag oder Prinzipien des Staatsrechts*, im Folgenden zitiert nach der Übersetzung von Ulrich Bossier, Wiesbaden 2006

⁶Rousseau, a.a.O., S. 44; einen vergleichbaren Ansatz hatte bereits John Locke 1679 formuliert, vgl. Zwei Abhandlungen über die Regierung, neu veröffentlicht im Suhrkamp – Verlag, 1977: „Da die Menschen, wie schon gesagt wurde, von Natur aus frei, gleich und unabhängig sind, kann niemand ohne seine Einwilligung aus diesem Zustand verstoßen und der politischen Gewalt eines anderen unterworfen werden. Die einzige Möglichkeit, mit der jemand diese natürliche Freiheit aufgibt und die Fesseln der bürgerlichen Gesellschaft anlegt, liegt in der Übereinkunft mit anderen, sich zusammenzuschließen und in einer Gemeinschaft zu vereinigen, mit dem Ziel eines behaglichen, sicheren und friedlichen Miteinanderlebens, in dem sicheren Genuss ihres Eigentums und in größerer Sicherheit gegenüber allen, die nicht zu dieser Gemeinschaft gehören.“ (Locke, John, *Zweite Abhandlung über die Regierung*). Einflussreichster moderner Vertreter der Theorie des Gesellschaftsvertrages ist der 2002 verstorbene Professor für Philosophie der Harvard University John Rawls, vgl. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1975.

jedoch auch nach der deutsch-deutschen Vereinigung nicht statt. Von einem Gesellschaftsvertrag sind wir demnach sehr weit entfernt. Sicherlich ist es kein Ruhmesblatt, dass das deutsche Volk sich diese Verfassung nicht aus völlig eigener Kraft gegeben hat, die Qualität des Grundgesetzes als Verfassungsgrundlage und damit als Grundlage der Rechtsstaatlichkeit mindert es jedoch nicht.

Nach Mahlmann bildet der Gesellschaftsvertrag „eine packende Metapher einer normativ durch Würde, Autonomie und Gerechtigkeit material begründeten Staatslegitimation“.⁹ Metapher ist ein Wort mit übertragener Bedeutung, eine bildliche Wendung, nicht jedoch empirisch nachweisbare Realität. Die Fiktion erspart uns jedoch nicht die Suche nach der wissenschaftlich nachweisbaren Realität.

„Stammesverfassung“ als Ergebnis einer Notgemeinschaft ?

In der wissenschaftlichen Literatur wurde auch die „menschliche Notgemeinschaft“ als Quelle des Rechts angesehen. Der Begründungsansatz hat heute nur geringe Bedeutung, soll der Vollständigkeit halber jedoch nicht unterschlagen werden. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesem Ansatz wird uns darüber hinaus zu eigenen Schlussfolgerungen führen. Wilutzky führt in seiner Vorgeschichte des Rechts¹⁰ aus:

„Es ist schwer zu sagen, unter welchen Bedingungen Menschen sich zum ersten Mal zu einem Verbands zusammenfanden, den man einigermaßen unter die Begriffe des heutigen Staatsrechts bringen könnte. Vor der letzten uns überkommenen Kunde zurück in die Vergangenheit der Menschheit liegen ungeheure, unaufgedeckte Zeiträume, die durch nichts erhellt werden, so dass wir im wahrsten Sinne des Wortes in das Dunkel sehen. Wie aber tritt uns auf ganz primitiven Kulturstufen, soweit wir sie in der Vorwelt oder unter den heutigen Naturvölkern beobachten können, das von Mensch zum Menschen einigende Band, die erste Betätigung des die späteren Staaten schaffenden Triebs der Menschheit entgegen? Hunger und Not führte die Menschen wohl zuerst zusammen und führte sie auch wieder auseinander. Wie in der Ehe, wie im Vertrags-

recht, war auch die erste politische Einheit, die die Menschen zusammenfasste, weit davon entfernt festgefügt zu sein. Ja, man kann ruhig sagen, dass die Urform politischer Vereinigung ein geradezu chaotischer Zustand war. Denn als die erste gemeinsame Verfassung, die uns bekannt ist, erscheint die Horde oder, wie man sie auch nennt, die lose Familie. Dieser letztere Ausdruck ist wahr oder falsch, wie man ihn versteht; denn an Familie in unserem Sinn als die Gemeinschaft der Blutsverwandten, ist in jenen urzeitlichen, am Anbeginn der Dinge stehenden Zustände füglich noch gar nicht zu denken; ein so festes Gefüge war erst späteren Kulturperioden möglich und denkbar. Hier ist überhaupt von einer Befestigung der Verhältnisse, von einem gegliederten Organismus, ja von einem Zusammenhang, der die Einzelnen dauernd verbindet, zunächst noch gar nicht die Rede. Sie kommen zusammen, wenn die Not sie treibt, um eine drohende Gefahr abzuwenden; denn das Unvermögen des Einzelnen musste gerade am Anbeginn, wo der Mensch noch schwach und wehrlos der Natur wie den Ungeheuern der Vorzeit gegenüberstand, auch dem weniger Einsichtsvollen mit der Sprache, welche die Not vernehmlich redet, deutlich werden.“

Heutige Forschungsergebnisse zeichnen ein völlig anderes Wesen des Menschen: der Mensch ist und war immer auf soziale Resonanz und Kooperation angewiesen. Wir sind alles andere als Nestflüchter, die kaum „dem Ei entschlüpfen“ wie ein Reptil eigenständig einen Lebensweg verfolgen können. Fürsorge, Lernen, Zuwendung, zwischenmenschliche Interaktion, Austausch, Kommunikation sind Grundbedingungen unserer Existenz. Isolation schadet unserer Gesundheit, Anerkennung wirkt lebensverlängernd. Menschen sind von Natur aus kooperativ.¹¹

Menschlicher Fortschritt beruht auf Arbeitsteilung und Kooperation. Archäologische Forschungen belegen, dass bereits in vorstaatlicher Zeit ein vielfältiger Warenaustausch bestand. Der sehr gut untersuchte Fund der Mumie aus den Ötztaler Alpen ist dafür nur ein Beleg.¹² Der Mann der vor etwa 5300 Jahren im Hochgebirge der Ötztaler Alpen einen gewaltsamen Tod erlitt, führte u. a. ein Kupferbeil mit sich, dessen Klinge er mit größter

Seine Arbeit wird u.a. weiterentwickelt von Martha C. Nussbaum, *Die Grenzen der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main 2010, die ihr Werk John Rawls widmet, doch zu Recht darauf hinweist, dass Probleme der Behinderung, Gleichstellung von Frauen und Kindern sowie der Nationalität nicht hinreichend in den bisherigen „Gedankenexperimenten“ berücksichtigt wurden.

⁹Kritisch zum Modell des Gesellschaftsvertrages auch Mahlmann, Matthias, a.a.O. (Fn. 1), S. 79 f.

¹⁰Das erinnert an eine Begründung der Rechtsgeltung, die Thomas Hobbes (1588 – 1679) in seinem Hauptwerk „Leviathan“, 1651, 26. Kap., gegeben hat: „Auctoritas non veritas facit legem.“ (Die Macht, nicht die Wahrheit schafft das Gesetz).

¹¹Mahlmann, a.a.O. (Fn. 1), S. 80

¹²Wilutzky, Paul, *Vorgeschichte des Rechts, Prähistorisches Recht, V. Stammesverfassung und Anfänge des Staatsrechts*, Berlin 1903, S. 3 f.

¹³Für die Neurowissenschaften vgl. dazu Bauer, Joachim, *Prinzip Menschlichkeit*, München 2008; die Wirtschaftswissenschaften tragen diesen Erkenntnissen beispielsweise durch Rahmenmodelle der Identitätsökonomie Rechnung, vgl. Dazu Akerlof, George A. / Kranton, Rachel E., *Identity Economics*, München 2011

Wahrscheinlichkeit nicht selbst gegossen haben wird. Seine „Tätowierungen“ sind Zeugnis einer Schmerztherapie, die die „Dienstleistung“ von Heilkundigen voraussetzt. Handwerkliche Fähigkeiten, Kleidung, Ausrüstungsgegenstände dieses Menschen sind Beleg dafür, dass er Mitglied einer stabilen menschlichen Gemeinschaft war.

Eine auf Kooperation beruhende Sozialgemeinschaft war Voraussetzung für die Entstehung des Menschen, die Gruppe musste stets mehr als eine Notgemeinschaft sein, anders konnten Überlebenschancen für eine Folgegeneration nicht gesichert werden. Die Fähigkeit dazu war ein elementarer Vorteil im Ausleseprozess der Evolution. Nicht im Überlisten, Verdrängen oder Vernichten von Konkurrenten bestand der evolutionäre Fortschritt, sondern in der Fähigkeit, stabile und verlässliche Beziehungen einzugehen, sich aufeinander zu verlassen, Arbeitsteilung zu praktizieren und auf faire Austauschbeziehungen zu vertrauen.

Rechtstheorie und Rechtsphilosophie müssen diese Natur des Menschen berücksichtigen.

„Verfassung der Allmende“ als Entstehungsgrund des Rechts

Stets sind Menschen auf den Austausch von Waren und Dienstleistungen angewiesen gewesen und haben damit privatautonomes Recht geschaffen. Das Entstehen von Vertragsrecht ist verhältnismäßig leicht zu erklären. Viel schwerer fällt die Erklärung der Entstehung von staatlichem Recht, wenn wir den Gesellschaftsvertrag als Fiktion erkennen und die göttliche Einsetzung einer weltlichen Herrschaft als Gegenstand des Glaubens qualifizieren, der wissenschaftlicher Erkenntnis verschlossen bleibt. Eine vertragliche Beziehung ist eine Ordnungsbeziehung zwischen Einzelpersonen. Demgegenüber vollzieht sich auf kollektiver Ebene die Nutzung von Gemeinressourcen und Gemeingütern. Jede menschliche Gemeinschaft war und ist auf solche Gemeingüter angewiesen, denken wir an Acker- oder Weideflächen, Wälder, Trinkwasserressourcen, Jagd- oder Fischereigründe sowie Bodenschätze Gemeinressourcen und Gemeingüter sind nicht herrenlos, kein „Niemandland“, sondern werden von

„legitimen Nutzern“ in Anspruch genommen und zumeist gegen Eindringliche verteidigt. Die lebensdienliche Nutzung von Gemeingütern war und ist Existenzbedingung menschlicher Gemeinschaft.

In der Wissenschaft ist häufig eine „Tragik der Allmende“ („tragedy of the commons“) angenommen worden.¹³ Bereits Aristoteles hat ausgeführt, dass „dem Gut, das der größten Zahl gemeinsam ist, die geringste Fürsorge zuteil wird. Jeder denkt hauptsächlich an sein eigenes, fast nie an das gemeinsame Interesse“. ¹⁴ Der Fisch im Meer hat für den Fischer keinen Wert, er kann nicht sicher sein, ihn oder seine Nachkommenschaft in Zukunft zu fangen, so dass eine Übernutzung der Ressource Meer nahe liegt.

Diese Übernutzung von Gemeingütern hat in der Geschichte vielfach stattgefunden, Menschen haben Lebensgrundlagen zerstört und sind auf „unverbrautes Land“ ausgewichen, soweit dieses möglich war, zuweilen sind sie auch vom Erdboden verschwunden, weil sie ihre Lebensgrundlagen zerstört hatten. In sehr vielen Fällen ist es ihnen jedoch gelungen, Gemeinressourcen lebensdienlich für ihre Gemeinschaft zu nutzen, in dem Sie Holzeinschlag nur zurückhaltend vornahmen, schonend jagten oder für die Sauberkeit ihrer Trinkwassereinzugsbereiche sorgten. Wir sind Nachkommen mehr oder weniger „funktionierender“ Lebensgemeinschaften. Die Überlebensfähigkeit der Gemeinschaften sicherten „Spielregeln“, bei denen es sich im Ausgangspunkt nicht um Recht, sondern zunächst um Kulturnormen handelte, die sich als moralische, religiöse oder soziale „Gebote“ oder „Verbote“ an den Einzelnen richten. Wenn ein Gerber seine Felle in einem Bach wässert, kann ein Brauer unterhalb des Gerberbetriebs aus diesem Gewässer nicht sein Brauwasser schöpfen. Eine arbeitsteilige Gemeinschaft von Bachrainern muss die Bachnutzung regeln und gegebenenfalls den Regelverstoß sanktionieren. In überschaubaren Gemeinschaften sind Kulturnormen ausreichend, um ein weitgehend konfliktfreies Verhalten der Gemeinschaftsangehörigen zu gewährleisten. Menschliche Gemeinschaften zeigen häufig hierarchische Strukturen, die in früheren Zeiten häufig mit

¹²Siehe dazu Spindler, Konrad, *Der Mann im Eis*, München 1995; Fleckinger, Angelika, *Ötzi, der Mann aus dem Eis*, 5. Aufl., Wien, Bozen 2009

¹³Hardins, Garret, 1968 in seinem Artikel: *The Tragedy of the Commons*, *Science* 162: 1243-8; kritisch dazu Ostrom, Elinor, *Die Verfassung der Allmende*, Tübingen 1999, S. 2 ff. mwN.

¹⁴Politika, Buch II, Kap. 3

einer Anerkennung von Lebenserfahrung und Alter verbunden waren. Kulturnormen werden durch Kommunikation (Geschichten, Mythen) und Praxis („Vorleben“) vermittelt, es wird deutlich, was „man“ tut oder zu unterlassen hat. Einzelne Handlungen können mit einem Tabu belegt sein.

Menschen sind jedoch nur mit einer beschränkten Anzahl von Mitmenschen zu einer intensiven zwischenmenschlichen Interaktion in der Lage. Die Grenzzahl liegt vermutlich zwischen 120 und 150 Individuen. In diesen Größenordnungen menschlicher Gemeinschaften sind Kulturnormen hinreichend, die dann durch Rechtsnormen ergänzt werden müssen, wenn die Gruppen größer werden. Die angeführte Grenzzahl wird als sog. Dunbar-Zahl in der Anthropologie diskutiert.¹⁵ Die Gehirnstruktur des Neocortex begrenze die Möglichkeit mit einer größeren Anzahl von Mitmenschen soziale Beziehungen zu unterhalten. 150 sei die typische Gruppengröße in Jäger- und Sammler-Gesellschaften, auch englische Dörfer sowohl im 11. als auch im 18. Jahrhundert seien etwa so groß gewesen, die Hutterer teilten ihre Gemeinden auf, wenn sie mehr als 150 Menschen umfassten, selbst in militärischen Kerngruppen (z. B. Kompaniestärke) sei die Gruppe etwa so groß.

In größeren menschlichen Gemeinschaften ist eine über Vertragsbeziehungen hinausgehende rechtliche Ordnung unverzichtbar. Machen wir uns das am Beispiel des Straßenverkehrs deutlich. Ob ein Rechts- oder ein Linksfahrgebot besteht, ist beliebig. Ein moderner Straßenverkehr setzt jedoch die Ordnungsfunktion eines Straßenverkehrsrechts voraus, anders wären unzählige Unfälle auf Autobahnen unvermeidbar. Für den Luft- und Schiffsverkehr gilt entsprechendes.

Rechtsordnungen beruhen häufig auf Staatsmacht, die sehr häufig nicht umfassend demokratisch legitimiert ist. Die politische Situation in schweizerischen Kantonen, in denen politische Entscheidungen einem Referendum der Eidgenossen unterworfen werden können, ist die absolute Ausnahme. Die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland ist weitgehend demokratisch legitimiert, leidet jedoch daran, dass eine Volksabstimmung über unsere Verfassung nie stattgefunden hat.

Die staatliche, durch Herrschaftsgewalt bestehende Ordnung kann positives Recht schaffen. Eine Rechtfertigung des Rechts besteht vielfach dann, wenn die Rechtsnormen mit Kulturnormen in Einklang stehen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt. Dabei liegt zumeist eine Gesetzeskenntnis bei Nichtjuristen nicht vor, sondern nur eine Normenkenntnis, die das Individuum aus der Kultur, in der er lebt, kennen gelernt hat. Machen wir uns dieses wiederum am Beispiel des Straßenverkehrs deutlich: Kaum ein Verkehrsteilnehmer wird § 37 der deutschen Straßenverkehrsordnung zitieren können, bekannt sind jedoch die Ordnungs- und Schutzfunktion der Norm. Die Bestimmung regelt das Befahren von Kreuzungen durch das Lichtzeichen Grün: „Der Verkehr ist freigegeben“ sowie das Lichtzeichen Rot: „Halt vor der Kreuzung“. Die Effektivität der Regel zeigt sich bei einem Regelverstoß. Wer mit einem Fahrzeug bei „Rot“ eine Kreuzung überquert, begeht eine Regelverletzung, die als Ordnungswidrigkeit nach § 49 StVO mit Bußgeld und zusätzlich nach § 25 StVG mit einem Fahrverbot geahndet wird. Rechtlich unerheblich ist, dass nicht jede Rotfahrt sanktioniert wird, weil etwa ein Vollzugsdefizit besteht, eine höhere Kontrolldichte (z. B. Kameraeinsatz) wird der Normbefolgung förderlich sein.

Die Kulturnorm ist gleichsam die Mutter der Rechtsnorm, sie gibt uns Orientierung. Selbst einem Kleinkind kann ich vermitteln, bei „Rot“ stehen zu bleiben und erst bei „Grün“ zu gehen, auch wenn es des Lesens noch nicht kundig ist.

Eine Eigenschaft des Menschen ist die Anlage zu normativer Verbindlichkeit; sie stellt eine angeborene Statusposition dar, die ihn von anderen Lebewesen grundsätzlich unterscheidet, Grundlage seiner Würde ist und eine unabdingbare Voraussetzung für jegliche Rechtsbegründung darstellt. Abkommen werden nicht nur unter der Gewissheit des Vollzugs äußerer Sanktionen für den Fall des Vertragsbruchs geschlossen. Austauschverhältnisse gab es schon lange bevor der erste Richter auf seinem Stuhl Platz nahm. Menschen verstehen einander als Subjekte möglicher Verantwortung. Dies ist der Grund dafür, dass wir überall auf der Welt Kauf-, Werk-, oder Arbeitsverträge eingehen, Tarifverträge aushandeln, Testamente aufsetzen oder

¹⁵Dunbar, Robin I. M., *Coevolution of neocortical size, group size and language in humans*, in: *Behavioral and Brain Sciences*, 1993, S. 681 ff.

als Abgeordnete Gesetzesentwürfe debattieren. Wir sind nicht naiv oder gutgläubig und wissen, dass nicht alle Versprechen eingelöst oder Verbindlichkeiten erfüllt werden, sie können vielmehr ignoriert oder gebrochen werden. Die Normverletzung löst jedoch typischerweise Empörung oder einen Vorwurf aus, beim „Rechtsbrecher“ entstehen zuweilen Schuldgefühle und Gewissensbisse. Dies zeigt, dass Menschen zumindest eine bindende Wirkung rechtlicher Beziehungen erwarten. Ein vorbehaltloses Leugnen dieser Verbindlichkeit würde menschliche Gemeinschaft ausschließen.

Die Begrenzung staatlichen Rechts durch die Menschenrechte

Staatliche Normsetzung bedarf einer Begrenzung durch angeborene Rechte (Menschenrechte), die nicht zur Disposition des Staates stehen. Dem Gesetzesstaat begegnen wir aufgrund unserer Geschichte zu Recht mit Misstrauen. Besonders deutlich wird dieses durch die Rassengesetzgebung des Deutschen Reichs. Mit ihrer Machtübernahme 1933 standen die Nationalsozialisten vor dem Problem, ihre rassistische Hetzpolitik juristisch begründen zu müssen und sie in einen scheinwissenschaftlichen Mantel zu kleiden. Mit den Nürnberger Gesetzen schufen sie 1935 die Voraussetzungen für den Ausschluss vermeintlich rassistisch Minderwertiger. Bei den drei Gesetzen handelte es sich um das Reichsbürgergesetz, das Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre und das Gesetz zum Schutz der Erbgesundheit des deutschen Volkes. Das Reichsbürgergesetz unterschied zwischen Staats- und Reichsbürgern. Reichsbürger war „nur der Staatsangehörige deutschen oder artverwandten Blutes, der durch sein Verhalten beweist, dass er gewillt und geeignet ist, in Treue dem Deutschen Volk und Reich zu dienen“. Das zweite Gesetz verbot Ehen und Geschlechtsverkehr zwischen Deutschen und Juden. Das Erbgesundheitsgesetz verbot die Ehe zwischen Partnern, von denen einer a) an einer ansteckenden Krankheit leidet, b) entmündigt ist, c) an einer geistigen Störung oder d) an einer Erbkrankheit im Sinne des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses leidet.

Hierbei handelte es sich um Gesetze im formellen Sinn, auch wenn sie großes Unrecht darstellten. Die Antwort des Rechtsstaats besteht darin, dass er sich zu unveräußerlichen Menschenrechten bekennt, die nicht zu seiner Disposition stehen, wie die Bundesrepublik Deutschland in Art. 1 Abs. 2 des Grundgesetzes.

Kant wird der Satz zugeschrieben: „*Jedem Juristen soll jede jetzt vorhandene Verfassung und, wenn diese höheren Ortes abgeändert wird, die nun folgende immer die beste sein.*“¹⁶ Wenn es sich dabei um ein authentisches Kantzitat handelt, müssen wir feststellen, dass Kant hier fatal irrte. Stellen wir uns nur vor, welchen unterschiedlichen Verfassungs- und Rechtsordnungen in kurzem Ablauf Richter und Verwaltungsjuristen der vorangegangenen Generationen unterworfen waren: Juristen haben ihren Eid auf Kaiser und König, dann auf die Weimarer Republik geschworen, kurz darauf Hitler und seinem Unrechtsstaat gedient. Später erklärten sie sich der Verfassungsurkunde der Deutschen Demokratischen Republik verpflichtet. Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland ist dabei ein einziger Lichtblick, den wir nicht hoch genug schätzen können. Den daraus folgenden rechtsethischen Anspruch können wir mit Henry David Thoreau wie folgt formulieren: „... wenn aber das Gesetz so beschaffen ist, dass es notwendigerweise aus dir den Arm des Unrechts an einem anderen macht, dann, sage ich, brich das Gesetz. Mach dein Leben zu einem Gegengewicht, um die Maschine aufzuhalten.“¹⁷

Es gilt also zuweilen das Gesetzesrecht zu brechen, um das Richtige zu tun. Menschen, die dieser Maxime folgten, wie der Polizeikommandant des schweizerischen Kantons St. Gallen Paul Grüninger¹⁸ oder der schwedische Diplomat Raul Wallenberg¹⁹ sind in diesem Zusammenhang vorbildliche Leuchttürme in der Herde der Mitläufer des Unrechts, die zu meist - zumindest auf Erden – die geschuldete Anerkennung für ihre Taten zu Lebzeiten nicht erhalten haben.

Die Natur der Menschenrechte ist in der Wissenschaft bis zum heutigen Tag umstritten. Verdeutlicht werden soll dieses an einem Kriminalfall, der sich 1964 im New Yorker Stadtteil Queens ereignete:

¹⁶Zitiert nach Hannover, Heinrich, Reden vor Gericht, Köln 2010, S. 20

¹⁷Thoreau, Henry David, Über die Pflicht zum Ungehorsam gegen den Staat, Zürich 1996, S. 42 f.

¹⁸Zu Paul Grüninger siehe Keller, Stefan, Grüningers Fall, Geschichten von Flucht und Hilfe, 3. Aufl., Zürich 1994

¹⁹Zu Raoul Wallenberg siehe Gann, Christoph, Raoul Wallenberg, So viele Menschen retten wie möglich, München 1999

Catherine Genovese wird vor den Augen anderer, die aus den Fenstern ihrer Wohnungen zuschauen, zu Tode geprügelt. Die Zuschauer ignorieren ihre Hilferufe. Lediglich einer der Gaffer ruft dem Angreifer vom Fenster aus zu: „Lass die Frau in Ruhe!“, doch außer diesem vereinzelt Bemühen aus sicherer Entfernung gibt es keinen Versuch dem Opfer zu helfen; die Polizei wird erst lange nach dem Überfall gerufen, als Frau Genovese bereits tot ist.

Die vorstehende Schilderung nutzt der Nobelpreisträger für Ökonomie Amartya Sen in seinem hervorragenden Werk „Die Idee der Gerechtigkeit“²⁰ um sein Bewertungssystem der Menschenrechte zu erklären. Es ist lohnend, sich mit seiner Auffassung von Recht und damit auch von Menschenrechten auseinander zu setzen. Zu den Menschenrechten führt Sen aus:

„Menschenrechte existieren offensichtlich weder so, wie etwa der Big Ben mitten in London existiert, noch in der gleichen Weise wie im Gesetzbuch festgeschriebene Rechte. Menschenrechtserklärungen werden zwar der Form nach verfasst als Anerkennung der Existenz von Dingen, die sich Menschenrechte nennen, aber sie sind dem Inhalt nach starke Behauptungen über ethische Gebote. Sie verlangen, dass die Gebote anerkannt werden. Und weisen darauf hin, dass für die Verwirklichung der durch diese Rechte kenntlich gemachten Freiheiten etwas getan werden muss. Sie behaupten jedoch Eines nicht: dass die Menschenrechte bereits gesetzlich bestätigte, durch Legislation oder Gewohnheitsrecht verankerte Rechte seien.“²¹ Jeder zivilisierte Mensch wird das geschilderte Geschehen als rechtswidrig und ethisch verwerflich qualifizieren. Darauf werden sich fast alle Menschen leicht verständigen können. Sen legt dar, das Freiheitsrecht der Frau, nicht überfallen zu werden, sei verletzt worden, der Angreifer habe seine Pflicht verletzt, niemanden zu ermorden (und damit gegen eine „vollkommene Pflicht“ verstoßen), die Pflicht der anderen, einer Person Hilfe zu leisten, wenn ihre Ermordung drohe („unvollkommene Pflicht“), sei ebenfalls verletzt worden.²² Sen setzt Recht und ethischen Anspruch gleich. Abweichend von Sen möchte ich beides trennen und mich zunächst nur der rechtlichen Betrachtung zuwenden:

- Das Recht auf Leben von Frau Genovese wurde verletzt.
- Der Täter hat ein rechtswidriges Tötungsdelikt begangen.
- Die Zuschauer haben einen Tatbestand der „unterlassenen Hilfeleistung“ verwirklicht.

Das Recht auf Leben hatte nicht zur Folge, dass Frau Genoveses Tod verhindert wurde. Justitia hat zuweilen ein stumpfes Schwert. Dennoch vertrete ich die These, dass natürliche Rechte so real existieren wie Big Ben mitten in London steht, unabhängig von staatlicher Gewährung oder Anerkennung.²³ Darin liegt ein gewaltiger Unterschied zu der von Sen vertretenen Auffassung. Recht sind danach keine Gebote oder Verbote, sie setzen keinen Gebietenden, Verbietenden, Gewährenden oder Anerkennenden voraus, weder einen Gott noch einen Staat. Meine Position ist nicht neu. Bereits die erste vollständige Menschenrechtserklärung der Verfassungsgeschichte, die Bill of Rights von Virginia vom 12. Juni 1776, enthielt im Art. 1 die Regelung:

„Alle Menschen sind von Natur aus gleichermaßen frei und unabhängig und besitzen gewisse angeborene Rechte, deren sie, wenn sie den Status einer Gesellschaft annehmen, durch keine Abmachung ihre Nachkommenschaft berauben oder entkleiden können, und zwar den Genuss des Lebens und der Freiheit und dazu die Möglichkeit Eigentum zu erwerben und zu besitzen und Glück und Sicherheit zu erstreben und zu erlangen.“

Dieses Bekenntnis zu unveräußerlichen, natürlichen Menschenrechten geschah zu einer Zeit, als es in Virginia noch Sklaven gab. Recht bedeutete schon zu dieser Zeit nicht notwendig Durchsetzung des Rechts. Das Recht auf Leben als solches verhindert kein Tötungsdelikt. Es wird als natürliches Recht lediglich den Inhalt haben, dass es rechtlich ausgeschlossen ist, den betreffenden Menschen zu töten. Handlungspflichten zur Lebenserhaltung eines Menschen entstehen daraus (noch) nicht, sondern bedürfen eines weitergehenden Entstehungsgrundes, wie wir ihn beispielsweise in der Übernahme einer Garantenstellung erkennen können. Einer solchen besonderen Pflichtigkeit würde ein Polizeibeamter unterliegen, der das Geschehen wahrnimmt und in der Lage ist, den Täter von seiner Tat abzubringen.

²⁰ Sen, Amartya, *Die Idee der Gerechtigkeit*, München 2010, S. 401

²¹ Sen, Amartya, a.a.O., S. 384 f.

²² Sen, Amartya, a.a.O., S. 402

²³ Die Anerkennung der realen Existenz eines Gegenstandes, den wir nicht unmittelbar sehen, fühlen, schmecken oder anfassen können, der damit unserer unmittelbaren Wahrnehmung entzogen ist, bereitet stets Schwierigkeiten. Ein paralleles Problem besteht insofern bei mathematisch - physikalischen Gesetzmäßigkeiten. Die bestehende Gesetzmäßigkeit, die besagt, dass die Anziehungskraft zwischen zwei kugelförmigen Körpern umgekehrt proportional zum Quadrat ihrer Entfernung voneinander ist, existiert, auch wenn kein Mensch diese Gesetzmäßigkeit denkt. Wird ein erdähnlicher Planet von einem mondähnlichen Trabanten umkreist, der allerdings zu seinem Planeten im Vergleich zum Abstand Erde – Mond die dreifache Entfernung einhält, so ist die Gravitation, die der Trabant im Vergleich zum Mond erfährt, nur noch ein Neuntel so groß. Menschen können diese Zusammenhänge entdecken, nicht jedoch erfinden. Die Gesetzmäßigkeit existiert real.

Die rechtlichen Konsequenzen für den Täter können wir dem natürlichen Recht nicht entnehmen. In den meisten Staaten wird die Tötung eines Menschen als Totschlag oder Mord geahndet werden und eine Sanktion nach sich ziehen, wenn der Täter vor ein Gericht gestellt werden kann.

Ob die Zuschauer strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können, hängt davon ab, ob „unterlassene Hilfeleistung“ in dem betreffenden Staat als Straftatbestand geregelt ist, was jedoch nicht zwingend ist. Wir werden das Verhalten der untätigen Gaffer übereinstimmend verurteilen, diese ethische Verwerflichkeit als solche führt jedoch noch nicht zu einer Rechtfertigung für eine strafrechtliche Sanktion in einem Rechtsstaat.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind Menschen Inhaber natürlicher, vorstaatlicher Rechte, die nicht zur Disposition eines Staates stehen. Recht sind die Bedingungen, die gegeben sein müssen, damit Menschen in ihrer besonderen Eigenschaft als Menschen existieren, sich erhalten, entfalten und vermehren können.²⁴ Dazu gehört u. a. ein Recht auf Leben, auf körperliche Unversehrtheit, auf Freiheit und auf (zumindest begrenztes) Eigentum. Ihrem Inhalt nach sind es Ausschlussstatbestände: Es ist rechtlich ausgeschlossen, einen Menschen zu töten, körperlich zu verletzen oder der Freiheit zu berauben. Natürliche Rechte können durch autonome Entscheidung des Rechtsinhabers zur Disposition gestellt werden. Dies geschieht beispielsweise, wenn ein Mensch sich willentlich einem ärztlichen Eingriff unterzieht oder sich von seinem Friseur die Haare schneiden lässt.

Eingriffsmöglichkeiten eines Staates in den Bereich der Menschenrechte sind begrenzt. Denkbar ist beispielweise im Bereich des Eigentums, dass Enteignungen im Gemeinwohlinteresse grundsätzlich möglich sind; dass Zwangsimpfungen zur Bekämpfung lebensbedrohlicher Epidemien zulässig sein können; dass einem Menschen die Freiheit genommen werden kann, da er für andere eine konkrete Gefahr als Straftäter darstellt (Sicherungsverwahrung). Die schwierige Auseinandersetzung mit dieser Thematik bedarf allerdings noch einer Vertiefung.

Zu einem völlig anderen Ergebnis gelangen die Anhänger eines Rechtspositivismus. Danach sind verbindliche Gesetze alle Äußerungen des Staates, die in einem entsprechenden Verfahren als Gesetz zustande gekommen sind; der Inhalt ist sekundär. Ein Vertreter einer auf das positive Recht begrenzten Rechtslehre ist Hans Kelsen (1881 – 1973), der Begründer der „Reinen Rechtslehre“²⁵. Danach ist Geltungsgrund der Rechtsordnung zunächst eine hypothetische „Grundnorm“, die keine Gerechtigkeitsnorm ist. Diese ist Grundlage der Verfassung. Die in der Verfassung begründete Machtstruktur ist Ursprung der Rechtsordnung. Recht und Staat gelten Kelsen zufolge als zwei Aspekte der normativen Wirklichkeit.²⁶ Welche Macht sich auch in einer Gesellschaft etabliert, ist ohne Einschränkung rechtsbegründende Macht.

Die Konsequenz, mit der Kelsen seinen Gedankengang zu Ende führt, ist überraschend. Auf S. 42 seines Werkes „Reine Rechtslehre“ führt er aus:

„Nach dem Recht totalitärer Staaten ist die Regierung ermächtigt, Personen unerwünschter Gesinnung, Religion oder Rasse in Konzentrationslager zu sperren und zu beliebigen Arbeiten zu zwingen, ja zu töten. Solche Maßnahmen mag man moralisch auf das schärfste verurteilen; aber man kann sie nicht als außerhalb der Rechtsordnung dieser Staaten stehend ansehen...“.

Eine erschreckende Feststellung!²⁷ Kelsen war alles andere als ein Nationalsozialist, ganz im Gegenteil. In einer jüdischen Familie in Prag geboren, wuchs er ab 1884 in Wien auf, studierte Rechtswissenschaft an der Wiener Universität, promovierte 1906 in Wien zum Dr. jur. Im selben Jahr konvertierte er zur katholischen Kirche. 1911 habilitierte er und war bis 1930 als Dozent und später als Professor zunächst an der Akademie für Welthandel, dann an der Wiener Universität tätig. Ab 1928 war er „Zielscheibe“ antisemitischer Studenten. 1930 folgte er einem Ruf an die Universität Köln und wurde dort im April 1933 nach Maßgabe der rassistischen Gesetzgebung des NS-Regimes entlassen. 1936 rief Carl Schmitt zum „Kampf der deutschen Rechtswissenschaft gegen den jüdischen Geist“, insbesondere gegen „die Wiener Schule des Juden Kelsen“²⁸ auf. Kelsen

²⁴Ebenso Bickel, Dietrich, *Die Methoden der Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen*, Marburg, 1976, S. 95 ff.

²⁵Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Wien 1960, Nachdruck 2000.

²⁶So erläuternd Voegelin, Eric, *Die Natur des Rechts*, Berlin, 2011; S. 46 f., der bei Kelsen promovierte.

²⁷Im Ergebnis übereinstimmend Zippelius, Reinhold, *Das Wesen des Rechts*, 6. Aufl., Stuttgart, 2012, S. 100 ff., der auf die Möglichkeit zukünftiger Rechtskorrektur verweist: „Was eine spätere Zeit aber tun kann und weitgehend auch tun muss, ist dies: soweit es um die Anwendung des heute geltenden Rechts geht, die Dinge auch von Rechts wegen so zu beurteilen, als ob jenes ungerechte Recht von Anfang an nicht gegolten hätte. Die Fiktion ist eine zulässige rechtliche Konstruktion. Durch sie gewinnt man hier ein juristisches Urteil, das auf Grund eines inzwischen gewandelten garantierten Rechtes abgegeben wird.“ Diese Auffassung hätte jedoch zur Folge, dass Unrechthandlungen eines menschenrechtswidrigen Staatssystems strafrechtlich nicht geahndet werden könnten. Rechtmäßiges Verhalten zur Tatzeit kann in einem Rechtsstaat keine strafrechtliche Sanktion nach sich ziehen. Dem Völkerstrafrecht wäre damit jegliche Grundlage entzogen. Wir wären bei dem Grundsatz angelangt: „Was damals Recht war, kann heute kein Unrecht sein“.

lehrte danach zunächst in Genf und Prag und emigrierte 1940 in die USA. Trotz seiner „Lebenserfahrung“ – im wahrsten Sinne des Wortes – unterlag er einem elementaren Irrtum: vorstaatliche Menschenrechte zu negieren, um eine Trennung von Moral und Recht zu erreichen.²⁹ Im Ergebnis verwechselt Kelsen Macht- und Rechtsverhältnisse. Die Geschehnisse in den Konzentrationslagern der Nationalsozialisten waren niemals Recht. Die Menschenrechte stehen wie ein Türhüter vor dem Tor der Rechtsordnung und lassen nur die Gesetze als Recht passieren, die mit Ihnen in Einklang stehen.³⁰ Das aufgeworfene Scheinproblem „Kann heute Unrecht sein, was damals Recht war?“ stellt sich bei jeder Ablösung eines totalitären Systems. Dazu ein Beispiel aus unserer jüngeren Geschichte: Nach §§ 26, 27 DDR-GrenzG waren Grenzsoldaten der Nationalen Volksarmee der DDR vermeintlich gerechtfertigt, wenn sie auf sog. „Republikflüchtlinge“ geschossen haben. Es wurde sogar von den Grenzsoldaten erwartet, dass Sie Flüchtlinge unter Waffeneinsatz aufhielten. Erst in den sog. „Mauerschützenprozessen“ nach der Wiedervereinigung wurde die Frage „Was war Recht?“ von Gerichten der Bundesrepublik erörtert. Mit vorstaatlichem Recht ist es unvereinbar, gesetzlich zu rechtfertigen, einen Menschen zu verletzen oder zu töten, der sich vom Eichsfeld in Thüringen nach Witzenhausen in Hessen begeben möchte. Das war zu jeder Zeit Unrecht. Menschenrechte sind mehr als ein gedankliches Korrektiv der gesetzlichen Ordnung³¹, sie existieren real und schließen naturrechtswidrige Gesetze aus.

Der Inhalt der Menschenrechte

Über den Inhalt von Menschenrechten bestehen schillernde Vorstellungen. So wird aktuell ein Recht auf Internet-Zugang als Menschenrecht diskutiert.³² Das Internet nehme inzwischen eine Schlüsselstellung für die Wahrnehmung des Rechts auf Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 19 der Allgemeinen Menschenrechts-erklärung ein. Dies erfordere, ein Recht auf Internetzugang offiziell festzuschreiben. Im Ergebnis existiert ein entsprechendes Menschenrecht schon deshalb nicht, da das Internet lediglich ein Mittel („Werkzeug“) darstellt, um Informations- und Meinungsfreiheit zu gewährleisten.³³

Menschenrechte sind keine Programmsätze und beschränken sich nicht auf politische Forderungen, sie müssen einen „einklagbaren Inhalt“ haben. Teilweise sind sie in völkerrechtlichen Verträgen wie der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) oder dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)³⁴ verbrieft. Geltungsgrund und Inhalt dieser Rechte sind in seinen Grundlagen unbestritten. Wie verhält es sich jedoch mit natürlichen (auf Naturrecht beruhenden) Menschenrechten? Machen wir uns diese Frage an dem vielfach geforderten oder angenommenen „Recht auf Arbeit“ deutlich, das beispielsweise in Art. 23 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte verbürgt ist.³⁵ Welchen Inhalt soll es haben? Ein Recht auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses? Ein Recht an einem Arbeitsplatz? Ein Anspruch auf Arbeitsvermittlung? Ein Anspruch auf soziale Absicherung? Ein Recht auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses kann es nur geben, wenn es einen Anspruchsverpflichteten gibt. Es gibt in unserer Rechtsordnung zwar Ausnahmetatbestände, in denen kraft eines gesetzlichen Tatbestands ein Arbeitsverhältnis begründet wird (z. B. § 10 AÜG). Ein umfassendes Recht auf Begründung von Arbeitsverhältnissen würde jedoch einen Staatsmonopolkapitalismus voraussetzen, der letztlich Freiheit (Entschließungsfreiheit und Vertragsfreiheit) beseitigt. Art. 15 Abs. 2 der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik hatte folgenden Inhalt: „Das Recht auf Arbeit wird verbürgt. Der Staat sichert durch Wirtschaftslenkung jedem Bürger Arbeit und Lebensunterhalt. Soweit dem Bürger angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt.“ Hier sollte der „Programmsatz“ „Recht auf Arbeit“ verankert werden. Die Konsequenz war staatliche Wirtschaftslenkung und damit Planwirtschaft. Das Recht auf freiwillige Berufswahl wird damit verneint: Gibt es beispielsweise genügend Architekten, nicht aber genügend landwirtschaftliche Hilfskräfte, wurde entsprechend lenkend eingegriffen. Ein „Recht auf Arbeit“ schränkt damit letztlich Freiheit ein und ist mit einer rechtsstaatlichen Verfassung unvereinbar.³⁶

²⁸DJZ 1936, 1193, 1195

²⁹Vgl. dazu Kelsen, a.a.O. (Fn. 25), S. 71

³⁰Damit wird jegliche rechtspositivistische Lehre abgelehnt, wie sie beispielsweise auch noch nach 1945 von Gustav Radbruch vertreten wurde („Radbruchsche Formel“). Nach 1945 hat Radbruch den Rechtspositivismus für die Wehrlosigkeit der Deutschen gegenüber dem Nationalsozialismus mitverantwortlich gemacht. In einer berühmten Passage der Schrift „Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht“ (1946) führte er S. 89 aus: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen, eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur unrichtiges Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“ Radbruch bemüht die Rechtsethik, um Unrecht zu begrenzen, nach der von mir vertretenen Lehre bestehen rechtsimmanente, vorgegebene Schranken des Rechts.

³¹Es ist deshalb verfehlt, von einem „philosophischen Rechtssetzungsprozess“ zu sprechen, so Voegelin, Eric, Die Natur des Rechts, Berlin, 2011, S. 86 ff. („Daher wird der Philosoph zu einem eigenständigen Gesetzgeber der wahren Ordnung, der mit dem Gesetzgeber der empirischen Gesellschaft mit ihrer zweifelhaften Wahrheit konkurriert.“, ebenda., S. 87)

³²Siehe dazu kritisch Hofmann, Niklas, Ohne Netz keine Partizipation, Süddeutsche Zeitung, 16. Januar 2012, S. 11

Lediglich ein subsidiärer Anspruch auf Grund-sicherung wird als Menschenrecht erkennbar sein, der sich gegen die verfasste menschliche Gemeinschaft richtet, in der ein Mensch lebt. Der Anspruch entsteht, wenn der betreffende Mensch nicht in der Lage ist, sich durch eigene Arbeit zu erhalten.

Überwiegend stellen sich die natürlichen Rechte als Ausschlussverhältnisse dar, so ist es rechtlich ausgeschlossen einen Menschen zu töten, zu verletzen oder seiner Freiheit zu berauben.

Den natürlichen Rechten stehen aber auch natürliche Pflichten gegenüber. Es mag befremdlich klingen, von „Menschenpflichten“ zu sprechen.³⁷ Sie sind jedoch unverzichtbar, um menschendienliche Bedingungen zu gewährleisten. Bestätigt wird dieses durch Art. 29 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte: „Jeder Mensch hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entwicklung seiner Persönlichkeit möglich ist.“ Ein neugeborener Mensch ist niemals in der Lage, sich selbst zu erhalten und seine eigenen Existenzbedingungen zu gewährleisten. Er bedarf notwendig der Fürsorge. Diese Fürsorge zu erhalten, ist ein Menschenrecht, das sich nicht nur auf Nahrung und Pflege beschränkt, sondern zum Inhalt hat, umfassend für das Wohl des betreffenden Kindes zu sorgen. Sind die Eltern nicht in der Lage, dem Anspruch nachzukommen, ist die Gemeinschaft zur Personensorge verpflichtet.

Weiter ist es rechtlich ausgeschlossen (stellt es eine Verpflichtung dar), Gemeingüter nicht zu beeinträchtigen, die Grundlage menschlicher Existenz sind. Unser Lebensraum ist nicht grenzenlos, letztlich ist unsere Erde eine Allmende der Menschheit. 227 000 Menschen werden täglich geboren. 7 013 992 000 lebten Anfang des Jahres auf der Erde. Bei gleichem Wachstumstempo werden es 2050 neun Milliarden Mitbürger sein.³⁸ Ohne „Menschenpflichten“ werden diese Erdenbürger keine menschen-dienlichen Verhältnisse erleben.

Diese Erkenntnis muss zu einem grundlegenden Überdenken einer liberalen Wirtschafts- und Rechtsauffassung führen, wie Sie beispielhaft Adam Smith vertreten hat. Smith hat bekanntlich ausgeführt: „Der Mensch braucht die Hilfe seiner Mitmenschen fast immer, und

würde diese vergeblich von ihrem Wohlwollen allein erwarten. Er wird viel leichter Erfolg haben, wenn er ihre Eigenliebe zu seinen Gunsten interessieren und ihnen zeigen kann, dass es ihr eigener Vorteil ist, für ihn zu tun, was er von ihnen fordert. Wer einem anderen einen Handel irgendeiner Art anträgt, verfährt auf diese Weise. Gib mir dies, was ich brauche, und du sollst das haben, was Du brauchst – ist der Sinn jedes solchen Anerbietens; und auf diese Weise erhalten wir voneinander den bei weitem größten Teil der guten Dienste, deren wir benötigt sind. Nicht vom Wohlwollen des Fleischers, Brauers oder Bäckers erwarten wir unsere Mahlzeit, sondern von ihrer Bedachtnahme auf ihr eigenes Interesse. Wir wenden uns nicht an ihre Humanität, sondern an ihre Eigenliebe, und sprechen nie von unseren Bedürfnissen, sondern stets von ihren Vorteilen.“³⁹ Eine Rechts- und Wirtschaftsordnung, die ihre Grundlegung in der ausschließlichen Verfolgung autonomer Eigeninteressen findet, setzt Akteure voraus, die sich am Markt gleichberechtigt beteiligen können. Jeder Mensch aber erlebt Phasen in seinem Leben, in denen er – beispielsweise als Säugling – auf umfassende Zuwendung angewiesen ist. Die teilweise unvermeidbare Zuwendungsbedürftigkeit sowie Machtungleichgewichte zwischen Menschen werden in der von Smith gezeichneten Ordnungsvision ausgeklammert.⁴⁰ Eine auf „Recht“ gegründete Ordnung muss jedoch für jeden Menschen lebensdienlich sein, auch wenn er aufgrund seines Alters oder einer Behinderung nicht in der Lage ist, Partner bzw. Mitspieler von Austauschverhältnissen zu sein. Grundlage der Ordnungsverhältnisse ist der Anspruch auf Würde des Menschen, wie er beispielhaft in Art. 1 des Grundgesetzes verbürgt ist.

Der Gestaltungs- sowie Bildungsauftrag für eine menschen-dienliche Ordnung („Gemein-pflichtigkeit“)

Erinnern wir uns noch einmal an Art. 29 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte: „Jeder Mensch hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entwicklung seiner Persönlichkeit möglich ist.“ Jede menschliche Gemeinschaft ist auf die

³³Hofmann, a.a.O., weist zu Recht darauf hin, dass unsere Vorfahren auch kein Recht auf ein Pferd hatten, obgleich es über Jahrhunderte ein menschenwürdiges Leben hätte sichern können. „Könnten wir aber heute rechtlich einen solchen Vierbeiner beanspruchen, würde es uns nur wenig nutzen; das Mittel würde nicht mehr zum Ziel verhelfen.“

³⁴Umfassend zum Völker-vertragsrecht der Menschenrechte vgl. Buergenthal, Thomas / Thürer, Daniel, Menschenrechte, Ideale, Instrumente, Institutionen, Zürich, St. Gallen 2010

³⁵Ein „Recht auf Arbeit“ ist ebenso in landesverfassungsrechtlichen Regelungen wie z. B. Art. 24 Abs. 1 S. 3 der Verfassung des Landes Nordrhein - Westfalen vorgesehen.

³⁶Kritisch zum „Recht auf Arbeit“ auch Bobbio, Norberto, Das Zeitalter der Menschenrechte, 2. Aufl., Berlin, 2007, S. 32 f.: „Das Recht auf Arbeit entstand mit der industriellen Revolution und ist aufs engste mit deren Vollendung verknüpft. Es reicht nicht, dieses Recht zu begründen oder zu proklamieren. Es reicht noch nicht einmal, es zu schützen. Seine Umsetzung ist kein philosophisches, moralisches oder juristisches Problem. Es ist ein Problem, dessen Lösung von einer bestimmten gesellschaftlichen Entwicklung abhängt, und daher stellt es auch für die fortschrittlichsten Verfassungen eine Herausforderung dar und bringt auch den perfektesten Mechanismus juristischer Schutzrechte in die Krise.“. Bobbio folgt – anders als der Verfasser – einer von Kelsen beeinflussten rechtspositivistischen Lehre. „Gemessen an den positiven Rechten sind Naturrechte nur Forderungen, die, gestützt auf historische und rationalistische Begründungen, in das effektiv garantierte Rechtssystem eingegliedert werden sollen. Vom Standpunkt der Rechtsordnung aus sind die sogenannten moralischen oder natürlichen Rechte keine wirklichen Rechte: Es sind nur Ansprüche, die geltend gemacht und eventuell in einer neuen normativen Ordnung in Rechte transformiert werden, wo sie dann tatsächlich garantiert werden können.“ (Bobbio, a.a.O., S. 81).

Nutzung von Gemeinressourcen angewiesen, sie sind elementare Lebensgrundlage. Dabei geht es heute nicht nur um Wälder und Weiden, Trinkwasserressourcen, Fischbestände, den öffentlichen Nahverkehr oder den selbstverwalteten Dorfläden, auf der Tagesordnung stehen heute auch das Weltklima oder die Biodiversität unseres Planeten. Die Begrenztheit der „Ressource Erde“ wird uns immer mehr bewusst. Alle, die zu einer bestimmten Gemeinschaft gehören und Ressourcen gemeinsam nutzen, müssen sich darüber verständigen, wie sie das tun. Habe ich einen öffentlichen Straßenverkehr auf öffentlichen Straßen, muss ich entscheiden, ob ein Links- oder Rechtsfahrgebot besteht. Wird keine Entscheidung getroffen, ist eine Vielzahl von Unfällen unvermeidbar.

Wir wissen sehr viel darüber, wie Wettbewerb funktioniert und wie Ressourcen zur Ware werden, aber zu wenig, wie Gemeingüter für die Allgemeinheit zu erhalten sind.

Patentrezepte und Einheitslösungen kann es dabei nicht geben, da die Voraussetzungen jeweils sehr unterschiedlich sind. So kennen wir einen offenen Zugang zum Meer mit einem daraus folgenden möglichen Problem der Überfischung. An Wald und Ackerland werden im Regelfall Eigentumsrechte bestehen, dennoch besteht das Problem des „Landverbrauchs“. Es gibt folglich Gemeingüter, die Eigentumsrechten unterworfen sind und andere, bei denen das nicht der Fall ist.

Vermutlich wird es Menschen leichter fallen, lokal zu agieren als einem Globalprojekt zu dienen. Die Notwendigkeit des Deichbauprojektes wird in dem zu schützenden Hinterland auf Förderung stoßen, die Herausforderung „Weltklima“ ist vermutlich weniger leicht auf die Tagesordnung zu bringen.

Festhalten können wir jedoch, dass dem Gestaltungsauftrag ein Bildungsauftrag zugrunde liegt: Was wir nicht wissen, können wir nicht erkennen. Was wir nicht erkennen, können wir nicht bewahren. Zitieren wir in diesem Zusammenhang wiederum die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Art. 26 Abs. 2 hat zum Inhalt: „Die Ausbildung soll die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und die Stärkung der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten zum Ziel haben.“ Wir haben bereits erfahren, dass zu den Menschenrech-

ten auch „Menschenpflichten“ gehören. Ohne Verpflichtung kein Recht! Hier findet sich eine Grundlegung einer Ethik des Rechts.

Wir erleben in den einschlägigen Fakultäten der Hochschulen eine Minimalisierung der Grundlagenfächer Rechtsethik, Rechtstheorie und Methodenlehre. Wer den Gegenstand Recht nicht kennt, kann mit ihm nicht umgehen. Deshalb sind die Fragen „Was ist Recht?“, „Warum gilt Recht?“, „Wie wird Recht angewandt?“ zum Gegenstand einer forschenden Lehre zu machen. Gerade in unserem Land haben wir eine historische Verpflichtung dazu. Die Weimarer Republik versäumte in ihren Schulen eine Vermittlung des Wissens über Grund- und Menschenrechte. Der Nationalsozialismus wurde zum Teil deshalb möglich, weil zu wenige Rechte verteidigen wollten und konnten, die sie überhaupt nicht kannten. Prüfen wir daraufhin heute Studienordnungen rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Fakultäten, könnte ein Pessimist zu düsteren Prophezeiungen geneigt sein. An dieser Stelle ist eine Korrektur dringend angezeigt. Wir bedürfen einer „Wissensallmende“ der Menschenrechte und -pflichten.

Zu den höchst spannenden, umstrittenen Fragen gehört es dabei, ob ein „Recht auf Bildung“ und damit auch die Pflicht zur Vermittlung des elementaren Wissens über elementare menschliche Ordnungsverhältnisse zu den natürlichen, vorstaatlichen Rechten gehört. Bobbio⁴¹ führt dazu aus: „Es gibt keine aktuelle Menschenrechtscharta, die beispielsweise nicht das Recht auf Bildung einschließen würde, das je nach der gesellschaftlichen Entwicklung umfassender wird und schließlich neben der Grundschule auch die weiterführende Schule und die Universität einschließt. Mir ist aus den bekannten Darstellungen des Naturzustandes nicht bekannt, dass dieses Recht auch nur erwähnt würde. In Wahrheit gründet dieses Recht schlicht deshalb in keinem angenommenen Naturzustand, weil es zu der Zeit, da die naturrechtlichen Theorien entstanden, in der Gesellschaft noch gar nicht erhoben wurde. Die grundlegenden Forderungen, die damals aus der Gesellschaft an die Mächtigen der Welt gerichtet wurden, betrafen im wesentlichen Freiheitsrechte gegenüber Kirche und Staat und keine anderen Rechtsgüter, wie das Recht auf Ausbildung, die erst später in einer

³⁷In den Jahren 1997 und 1998 wurde diskutiert, eine Universal Declaration of Human Responsibilities (Allgemeine Erklärung der Menschenpflichten) von den Vereinten Nationen verabschieden zu lassen. Dieses Projekt, hinter dem ein internationales Gremium ehemaliger Staats- und Regierungschefs stand, ist gescheitert. Die Arbeitsergebnisse sind dokumentiert vom Altkanzler der Bundesrepublik Deutschland Helmut Schmidt (Hg.), *Allgemeine Erklärung der Menschenpflichten, Ein Vorschlag*, München / Zürich, 1997; vgl. dazu auch Bielefeldt, Heiner, *Auslaufmodell Menschenwürde?*, Freiburg im Breisgau, 2011, S. 143 f. m. w. N.

³⁸Zu den Zahlen vgl. Liebrich, Silvia, *Täglich 227 000 Menschen mehr auf der Welt*, Süddeutsche Zeitung, 25. Januar 2012, S. 25

³⁹Smith, Adam, *Der Wohlstand der Nationen, aus dem Englischen übertragen von Franz Stöpel*, Frankfurt am Main 2009, S. 60

⁴⁰Smith war demgegenüber von einer lenkenden göttlichen Vorsehung, einer „unsichtbaren Hand des Ausgleichs“ überzeugt. In welchem Maße sich in dem Werk des Begründers der Nationalökonomie religionstheoretische und metaphysische Vorstellungen auswirken, zeigt eindrucksvoll die nachfolgende Passage aus der *Theorie of Moral Sentiments*: „Man kann also in gewissem Sinne von uns sagen, dass wir Mitarbeiter Gottes sind, und dass wir, soweit es in unserer Macht steht, die Pläne der Vorsehung ihrer Verwirklichung näher bringen. Wenn wir anders handeln, dann scheinen wir dagegen den Plan gewissermaßen zu durchkreuzen, den der Schöpfer der Natur zur Herbeiführung der Glückseligkeit und Vollkommenheit der Welt entworfen hat, und scheinen uns, wenn ich so sagen darf, gewissermaßen als Feinde Gottes zu erklären.“ (Smith, Adam *Theorie der ethischen Gefühle*, Hamburg, 1977, S. 251).

⁴¹Bobbio, a.a.O. (Fn. 36), S. 74

wirtschaftlich und sozial entwickelten Gesellschaft aufkamen.“. - Dem vermag ich nicht zu folgen. Kein Mensch ist in der Lage seinen Lebensweg selbstbestimmt ohne jegliche Anleitung zu gehen. Mensch sein setzt auch die Möglichkeit der Entwicklung in einer menschlichen Gemeinschaft (Sozialgemeinschaft) voraus. Dies ist ohne Erleben und Erlernen von Kultur- und Ordnungsnormen nicht möglich. Ein völlig unangepasstes menschliches Wesen wird im Regelfall isoliert und aus der Sozialgemeinschaft ausgeschlossen. Ausgrenzung ist nicht lebensdienlich. Menschen haben daher eine natürliche Anlage zum Lernen und ein korrespondierendes natürliches „Recht auf Bildung“.

Die menschliche Gemeinschaft als Begründer des Rechts – Das Volk als Gesetzgeber?

Die einleitend dargestellten Fiktionen zur Rechtsbegründung zeichnen ein geradezu poetisches Bild: Der Mensch als Gottes Schöpfung, mit gottgegebenen Menschenrechten ausgestattet, gestaltet in einer Gemeinschaft Gleichberechtigter eine lebensdienliche statuarische Ordnung, der sich alle Kraft ihres freien Willens unterwerfen. Recht und Gerechtigkeit werden vereint.⁴²

Von diesem Idealbild, dieser „Ästhetik des Rechts“, die die „verfasste Gemeinschaft“ („das Volk“) zum originären Rechtsgestalter macht, sind wir jedoch in der Realität der derzeitigen Rechtspolitik noch entfernt, wenn wir uns ihm zuweilen auch in ganz kleinen Schritten annähern mögen.

Machen wir uns dieses an den (unbestritten rechtsstaatlichen) Verhältnissen unseres eigenen Landes deutlich. Wer ist bei uns Autor verbindlicher staatlicher Gesetzgebung? Unsere Landesverfassungen sind an dieser Stelle konsequent. Art. 3 Abs. 1 der Verfassung des Landes Nordrhein–Westfalen (NRW Verf) bestimmt beispielsweise: „Die Gesetzgebung steht dem Volk und der Volksvertretung zu.“ (Man beachte die Reihenfolge!). Art. 2 NRW Verf lautet: „Das Volk bekundet seinen Willen durch Wahl, Volksbegehren und Volksentscheid.“. Entsprechende Elemente einer direkten Demokratie sind in allen sechzehn Landesverfassungen enthalten.⁴³ Volksgesetzgebung und Volksentscheid

sind bei uns allerdings eine nur in Ausnahmefällen wahrgenommene Kompetenz, so dass es uns als bemerkenswert erscheint, wenn ein Stadtoberhaupt der Stadt Duisburg von seinem Wahlvolk abgewählt wird.⁴⁴

Wie sieht es nun auf der Ebene des Grundgesetzes aus? Art. 20 Abs. 2 GG bestimmt: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“. Satz 1 normiert den traditionellen Grundsatz der Volkssouveränität. Satz 2 sieht Wahlen, das heißt, Bestimmung von Personen, die ihrerseits mit Sachentscheidungen betraut sind, und Abstimmungen, somit Sachentscheidungen durch die Bürger selbst, vor. Wahlen und Abstimmungen, repräsentative und direkte Demokratie stehen insoweit gleichberechtigt nebeneinander. Vertiefen wir uns weiter in das Grundgesetz, stellen wir allerdings fest, dass in den weiteren Abschnitten die repräsentative Demokratie in vielfältiger Weise organisatorisch ausgestaltet wird, über eine Ausgestaltung der Volksabstimmungen schweigt die Verfassung, es fehlt jeglicher konkreter Anwendungstatbestand für Abstimmungen im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG.⁴⁵

Das Grundgesetz erwähnt die direkte Demokratie als legitime Form der Volkssouveränität, es finden sich jedoch keine Ausführungsregelungen. Volksgesetzgebung auf Bundesebene könnte nur durch eine Verfassungsänderung geschaffen werden. Die Mütter und Väter unseres Grundgesetzes schufen eine Verfassung für ein (noch) nicht mündiges Volk. Die Struktur ist von dem Bemühen geprägt, Weimarer Erfahrungen Rechnung zu tragen, Radikalisierungen zu vermeiden und komplexe Sachverhalte nicht auf eine Ja/Nein - Frage zu reduzieren. Den endgültigen Untergang der Weimarer Republik bewirkte jedoch ein Akt des Reichstages, das Ermächtigungsgesetz vom März 1933, Radikalisierung und Straßenkämpfe entstanden im Rahmen von Wahlkämpfen und letztlich muss festgehalten werden, dass ein Parlament ebenso irren kann wie ein Volk.

Es ist sicherlich illusorisch, sich das Volk als Autor einer komplexen Gesetzesvorlage vorzustellen, viele Grundsatzentscheidungen sind

⁴²Das damit „gezeichnete Bild“ lässt an ein Zitat von Heinrich Böll denken: „Ein Bereich der Ästhetik, den wir noch nicht entdeckt haben, ist die Schönheit des Rechts. Über die Schönheit der Künste, eines Menschen, der Natur können wir uns halbwegs einigen. Aber – Recht und Gerechtigkeit sind auch schön, wenn sie vollzogen werden.“, zitiert nach Rüthers, Bernd / Fischer, Christian, *Rechtstheorie*, 5. Aufl. München 2010, Vorblatt

⁴³Zur entsprechenden verfassungsrechtlichen Rechtslage in Bayern siehe Dreier, Horst, *Das Volk als Gesetzgeber*, *Süddeutsche Zeitung*, 25./26. Febr. 2012, S. 16, der zu parallelen Schlussfolgerungen gelangt.

⁴⁴Der Oberbürgermeister der Stadt Duisburg, Adolf Sauerland, wurde im Februar 2012 mit großer Mehrheit durch einen Bürgerentscheid abgewählt. Die Amtsenthebung war die politische Konsequenz aus der sog. Loveparade-Katastrophie im Juli 2010, bei der 21 Menschen getötet wurden.

⁴⁵Die Art 29, 118, 118a GG (Neugliederung des Bundesgebietes bzw. einzelner Bundesländer) stellen insoweit keinen Ausnahmetatbestand dar, da hier nur die von der Neugliederungsfrage betroffenen Bevölkerungsteile angesprochen werden, nicht jedoch das Volk an die Stelle des Parlamentes tritt. Es liegen deshalb keine Abstimmungen im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG vor.

jedoch auch für die Gesetzesorgane auf eine Ja/Nein – Entscheidung reduziert, wie beispielsweise die Einführung des Euro oder die Wiederbewaffnung in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts zeigen. Viele aktuelle Fragen lassen sich auf die Ja/Nein – Formel reduzieren: Ausstieg aus der Kernenergie, endgültige Abschaffen der Wehrpflicht, Zustimmung zum EU – Beitritt der Türkei, Gewährung einer weiteren Griechenlandhilfe.

Mündigkeit setzt Mitentscheidungskompetenz voraus. Mitentscheiden bedeutet Übernahme von Verantwortung. Es begründet eine besondere Legitimation. So ist es ein erheblicher Unterschied, ob ein Bundespräsident vom Volk oder von einer Bundesversammlung⁴⁶ gewählt wird. Wir sollten Mut zur direkten Möglichkeit der Einflussnahme zeigen, nur so ist ein „Recht der Menschen“ möglich. Diese Möglichkeit ist in der Verfassung der Schweiz beispielhaft verankert. Art. 136 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft bestimmt: „Sie (die Schweizerinnen und Schweizer)⁴⁷ können an den Nationalratswahlen und den Abstimmungen des Bundes teilnehmen sowie Volksinitiativen und Referenden in Bundesangelegenheiten ergreifen und unterzeichnen.“. Selbst eine „Totalrevision der Bundesverfassung“ aufgrund einer Volksinitiative ist nach Art. 138 ff. der Bundesverfassung der Schweiz möglich. Von einem derartigen Zutrauen zum Volk sind wir diesseits der Grenze noch entfernt.

Die Ungleichheit der Menschen und das Recht

Menschen sind in Ihrer Würde gleich und für den Gläubigen sind sie vor Gott gleich. In einem Rechtsstaat sind sie vor dem Gesetz gleich. Ungleich sind sie jedoch in Ihren Voraussetzungen und Fähigkeiten. Der eine hat in der „Lotterie des Lebens“ das große Los gezogen und ist bei der Verteilung der natürlichen Fähigkeiten mit Gesundheit, Schaffenskraft, Begabung, Kreativität und Durchsetzungskraft reich gesegnet, dem anderen hingegen hat das Schicksal eine „Niete“ ziehen lassen, er muss sich sein ganzes Leben lang mit einer völlig unzureichenden Fähigkeitsausstattung den Herausforderungen des Lebens stellen, geplagt von Krankheit oder

eingeschränkt durch die Narben einer sozialen Verwahrlosung. Existenz und Lebenserfolg der Menschen wird entscheidend durch ihre genetische und soziale Ressourcenausstattung beeinflusst. Darauf muss das Recht der menschlichen Gemeinschaften reagieren.

In einer überschaubaren Gruppe, die lebensdienliche Bedingungen gewährleistet, werden wir eine Kooperationsgemeinschaft vorfinden, die das Wohl des Einzelnen gewährleistet. In größeren menschlichen Gemeinschaften wird das Kooperationsmodell zumindest durch ein Modell der Solidaritätsgemeinschaft ergänzt werden müssen. Eine Solidaritätsgemeinschaft begründet Umverteilungspflichten (z. B. durch Abgaben, Steuern oder Zwangsbeiträgen), um eine Fürsorge der Gemeinschaft für den bedürftigen Einzelnen gewährleisten zu können. Nur auf diese Weise können die Menschenrechte (verstanden als real existierende Rechte) gewährleistet werden. Jeder Mensch ist – zumindest in bestimmten Phasen seines Lebens (als Kleinkind, gegebenenfalls als behinderter oder alter Mensch) zuwendungsbedürftig. In der überschaubaren menschlichen Gemeinschaft werden im Regelfall Kulturnormen vorhanden sein, die besagen, dass Eltern für ihre Kinder sorgen, Kinder die pflegebedürftigen Eltern betreuen, wie die Versorgung der Frau des verstorbenen Bruders erfolgt, etc. Moderne Großgesellschaften bedürfen ergänzend einer gesetzlich begründeten, subsidiären Gemeinpflichtigkeit. Denn ein Recht ohne Anspruchsverpflichteten kann es nicht geben. Es ist bestenfalls ein politischer Programmsatz, der Leben, Freiheit, Gesundheit oder körperliche Unversehrtheit nicht gewährleisten kann. Damit besteht eine Notwendigkeit zur Sozialstaatlichkeit um Rechtsstaatlichkeit zu gewährleisten. Das „Recht auf soziale Sicherheit“ ist damit ein unveräußerliches Menschenrecht und somit mehr als eine politische Forderung. In der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte ist es in Art. 22 verbürgt: „Jeder Mensch hat als Mitglied der Gesellschaft Recht auf soziale Sicherheit; er hat Anspruch darauf, durch innerstaatliche Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Organisation und der Hilfsmittel jedes Staates in den Genuss der für seine Würde und die

⁴⁶Zur Wahl des Bundespräsidenten siehe Art. 54 GG. Die Bundesversammlung ist ein Verfassungs- und oberstes Bundesorgan, ihre Zusammensetzung bestimmt sich nach Art. 54 Abs. 3 GG.

⁴⁷Der Klammerzusatz ist durch den Verfasser zur Erläuterung hinzugefügt.

freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlichen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen.“

Über die Geltung des Rechts

Radbruch führt in seiner Rechtsphilosophie im Kapitel „Die Geltung des Rechts“ aus: „Die Rechtsordnung gilt, die sich faktische Wirksamkeit zu schaffen vermag, sei es, dass sie in langwieriger, überzeugender und gewöhnender Einwirkung die Gesinnung der Rechtsunterworfenen für sich gewonnen hat, sei es, dass sie ihnen durch Zwang und Strafe gewaltsam aufgenötigt worden ist.“⁴⁸

Rechtsgeltung kann danach auf Macht oder Anerkennung beruhen. Diesem Ansatz vermag ich (noch) zu folgen. So gründet die Geltung unseres Grundgesetzes letztlich auf einem Machtakt: den Genehmigungsschreiben der drei westlichen Militärgouverneure. Das abgeleitete Gesetzesrecht unseres Staates beruht auf Anerkennung, die sich auf Abstimmungen und Wahlen gründet.

Leider entfaltet Recht nicht immer „faktische Wirksamkeit“. Hier trennen sich allerdings die Wege des Rechtspositivisten Radbruch und die von mir vertretene Reale Rechtslehre. Besonders deutlich wird dieses, wenn wir uns „der Person“ zuwenden. Radbruch führt aus: „Niemand ist Person von Natur oder von Geburt – das zeigt schon die Rechteinrichtung der Sklaverei. Person zu sein, ist das Ergebnis eines Personifikationsakts der Rechtsordnung. Alle Personen, die physischen wie die juristischen, sind Geschöpfe der Rechtsordnung.“⁴⁹ Rechtsgeltung kann nicht mit Rechtsgewährleistung gleichgesetzt werden. Rechtsgewährleistung ist eine kulturelle, zivilisatorische Errungenschaft, die erarbeitet und zuweilen erkämpft werden muss. Sie ist gegeben, wenn unabhängige Richter einen Streitfall entscheiden können, an Gesetz und Recht gebunden sind und ein Staat dafür Sorge trägt, dass ein unabhängiges Urteil auch durchgesetzt werden kann.

Der Mensch als Träger von Rechten und Pflichten wird nicht zur „Person“ durch Anerkennung einer Rechtsordnung. Der Mensch ist „Person“ kraft Natur. Ein Mensch kann niemals rechtens Eigentum eines anderen Menschen sein,

in Schuldknechtschaft sich befinden oder versklavt werden. Wenn Millionen von Mitbürgern in Konzentrationslagern ermordet werden, wird daraus kein Recht. Wenn Deutschen unter Wafeneinsatz ihr Recht auf Freizügigkeit durch einen deutschen Teilstaat genommen wird, wird dieses ebenfalls nicht zu Recht.

Wird Sklaverei als ein Rechtsinstitut angenommen, ist dieses eine verheerende Fehlvorstellung. Sie erlangt auch dadurch keine Richtigkeit, dass eine Mehrheit von Menschen in einer bestimmten Gesellschaft, dieses als richtig annimmt und sich gewohnheitsgemäß entsprechend dieser Fehlvorstellung verhält. Die Fehlvorstellung widerspricht der empirisch belegbaren Erfahrung. Eine eingeschränkte Wahrnehmung mag Menschen dazu veranlassen, anzunehmen, die Erde sei eine Scheibe. Sie wird allerdings durch den Irrtum nicht zu einer Scheibe. Es bedarf des kritischen Beobachters, der bei der Sichtung eines Schiffes am Horizont des Meeres zu einer anderen (richtigen!) Schlussfolgerung gelangt.

Wir sind nicht Sklaven einer Rechtsordnung, die Verträge schließen können, weil unsere Normen das so vorsehen. Auch ohne anerkennende Rechtsordnung können Austauschverträge begründet werden, aufgrund einer menschenrechtlich vorgegebenen Privatautonomie. Rechtsordnungen setzen vorgegebenes Recht voraus, dass mit den Menschen einer menschlichen Gemeinschaft als Ordnungsverhältnisse untrennbar verbunden ist. Aus einem Nichts kann kein Seiendes entstehen. Das Leugnen vorgegebenen Menschenrechts kann nicht durch eine „Rechtsidee“ ersetzt werden,⁵⁰ da ein geistiges Seiendes nicht unabhängig von einem körperlich Seienden existieren kann.

Durch Macht und/oder Anerkennung begründete Rechtsordnungen „gelten“, wenn sie mit vorgegeben natürlichen rechtlichen Ordnungsverhältnissen in Einklang stehen. Selbstverständlich stellt es dabei eine zivilisatorische Errungenschaft dar, wenn Menschenrechte – z. B. in völkerrechtlichen Verträgen – in einer positiven Ordnung dokumentiert werden. Für eine effektive Rechtsgewährleistung wird dieses sogar eine Bedingung sein. Das Thema „Geltung ungerechten Rechts“ ist auch Gegenstand aktueller Veröffentlichungen, die sich dabei gerne auf Radbruch beziehen.

⁴⁸Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, 2. Aufl., Heidelberg, 2003, Nachdruck der 3. Aufl., Leipzig, 1932, S. 78 ff. (79); die Seitenzahlen weichen von der Originalausgabe ab.

⁴⁹Radbruch, a.a.O. (Fn. 48), S. 125

⁵⁰Vgl. dazu Radbruch, a.a.O. (Fn. 48), S. 34 f.

Zippelius führt dazu aus: „Können wir die Ausnahme Gesetze gegen die Juden rückblickend als einst geltendes Recht ansehen? Oder waren sie nicht nur moralisch verwerflich, sondern von Anfang an ungültiges Recht? Widerspruch der Widerstand der Geschwister Scholl und anderer Märtyrer des Nationalsozialismus einem einst geltenden Recht? Oder waren die Widerstandshandlungen nicht nur moralisch gerechtfertigt, sondern auch nach damals geltendem Recht erlaubt?“ „Heute zu sagen, die antijüdischen Ausnahme Gesetze seien schon damals nicht geltendes, also nicht wirksames Recht gewesen oder die Verurteilungen der Widerstandskämpfer hätten schon dem damals geltenden Recht nicht entsprochen, wäre eine die Entrechteten und die Hingerichteten verhöhnende Illusion.“⁵¹ Dieser Wertung vermag ich mich nicht anzuschließen. Das Recht der Betroffenen war nicht gewährleistet, ihr Recht wurde verletzt. Die heute vorzunehmende zutreffende Würdigung ist jedoch keine Verhöhnung, sondern notwendige Anerkennung ihrer Person. So ist es ein erheblicher Unterschied, ob ein Mensch aufgrund eines „Nichturteils“ als Widerstandskämpfer gerichtet wurde, oder aufgrund des Rechts. Mit dem Problem der im Einzelfall nicht gegebenen „faktischen Wirksamkeit“ des Rechts haben wir es als paralleles Problem auch innerhalb jeder Rechtsordnung zu tun. So ist es in unserer Rechtsordnung rechtlich ausgeschlossen, einen Menschen aus Habgier zu töten. Dennoch geschehen Morde. Recht vermag in diesen Fällen Leben nicht zu bewahren. Wir müssen sogar anerkennen, dass es Morde gibt, die nicht aufgeklärt werden und deren Täter niemals von einem Richter abgeurteilt werden. Aus der mangelnden Rechtsgewährleistung können wir jedoch nicht darauf schließen, Recht existiere in diesen Fällen nicht.

Gibt es eine „Gesetzmäßigkeit der Optimierung des Rechts“?

Zu der aufgeworfenen Frage führt Bobbio⁵² in Auseinandersetzung mit den Schriften Kants folgendes aus: „In einer seiner letzten Schriften wirft Kant die Frage auf, ob die Menschheit sich wirklich kontinuierlich zum Besseren hin bewege. Ein wenig zögernd meint er, eine positive

Antwort geben zu können...“. „Auf der Suche nach einem Ereignis, das als Zeichen für das Streben der Menschen nach Fortschritt angesehen werden kann, verweist er auf die Begeisterung, die die Französische Revolution auf der ganzen Welt auslöste. Die Ursache dafür könne nichts anderes sein als eine moralische Anlage im Menschengeschlecht.“... „Indem Kant das Naturrecht als das Recht eines jeden Menschen definiert, nur dem Gesetz zu gehorchen, über das er selbst befindet, fasst er Freiheit als Autonomie auf, als das Vermögen, sich seine eigenen Gesetze zu geben. Im Übrigen hatte Kant“... „festgestellt,“...“dass der Mensch, sobald er Rechte einmal als moralische Möglichkeit zur Beherrschung anderer verstanden hat, sie als eingeborene und erworbene Rechte betrachtet. Das einzige eingeborene Recht, das dem Menschen von Natur aus, und nicht durch irgendeine Autorität zukommt, ist für Kant aber die Freiheit, also gerade die Unabhängigkeit von jedweden Zwang durch andere, oder, um es noch anders auszudrücken, Freiheit ist Autonomie. Angeregt durch diese außerordentlichen Reflexionen Kants möchte ich hier meine These darlegen: Unter geschichtsphilosophischem Aspekt kann die gegenwärtige Debatte um die Menschenrechte, die sich immer mehr intensiviert und ausweitet und schließlich alle Völker der Erde umfasst hat, als ein *signum prognosticon* des moralischen Fortschritts der Menschheit gedeutet werden.“

Nur zu gern möchte ich dem Verfasser zustimmen, doch fürchte ich, dass unsere geschichtlichen Erfahrungen viel zu kurz sind, um eine zuverlässige Prognose abgeben zu können.⁵³

Quelle aller Menschen- und elementarer Grundrechte ist die Würde des Menschen.⁵⁴ Menschenwürde ist ein janusköpfiger Begriff der Ethik und des Rechts, dessen Gegenstand in Rechtsprechung und Wissenschaft nicht abschließend geklärt ist.⁵⁵ Menschenwürde als Gegenstand des Rechts ist nach der hier vertretenen Auffassung ein real existierender Gegenstand, der allerdings in die gesetzlich normierten Verfassungen erst sehr spät Einzug hielt. Wählen wir zunächst unser eigenes Land als Beispiel: In Art. 151 der Weimarer Reichsverfassung von 1919, die soziale Grundrechte einführt, ist noch von der „Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle“ die Rede.

⁵¹Zippelius, a.a.O. (Fn.27), S. 102

⁵²Bobbio, a.a.O. (Fn. 36), S. 40 ff. mit Verweis auf Kant, *Politische Schriften*, Köln, Opladen, 1965, S. 158

⁵³Der vorstehenden Frage widmet sich insbesondere auch die Rechtssoziologie, vgl. dazu Struck, Gerhard, *Rechtssoziologie*, Baden-Baden 2011, S. 57: „Nach einem in vielen Köpfen tief eingegrabenen Vorverständnis ist der gesamtgesellschaftliche Fortschritt auch ein Aufstieg des Rechts. „Früher“ war der Mensch dem Menschen ein Wolf, „früher“ regierte das bloße Machtwort des Fürsten, „früher“ prügelten Lehrherren die Lehrlinge usw. Die Vollendung des positiven Entwicklungsganges ist nach solchen Makro-Vorstellungen dann die grundgesetzliche Etablierung des Rechtsstaates, in dem auch der Rechtsfeind nach Strafprozessrecht behandelt wird und die Verwaltung durch Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Politik durch Verfassungsgerichtsbarkeit kontrolliert wird. Ist das so?“.

⁵⁴Übereinstimmend mit dieser Aussage lautet Art. 14 Abs. 2 der Verfassung des Freistaates Sachsen aus dem Jahr 1992: „Die Unantastbarkeit der Würde des Menschen ist Quelle aller Grundrechte.“

⁵⁵Siehe dazu Denniger, Erhard, *Der Menschenwürdesatz im Grundgesetz und seine Entwicklung in der Verfassungsrechtsprechung*, in: Peine, Franz-Josef / Wolff, Heinrich Amadeus, *Nachdenken über Eigentum, Festschrift für Alexander v. Brünneck zur Vollendung seines siebenzigsten Lebensjahres*, Baden-Baden, 2011, S. 397 ff.

Hier verbirgt sich der Begriff noch als Prädikat einer umgangssprachlichen Formulierung. Erst im Grundgesetz finden wir die vorbehaltlose Aussage in Art. 1: „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“ Vorangegangen waren ähnliche Formulierungen in drei von fünf zwischen 1946 und 1949 verabschiedeten deutschen Landesverfassungen. Am 10. Dezember 1948 hatten die Vereinten Nationen die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte in Art. 1 mit dem Satz: „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.“ verabschiedet. Erst seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges findet der Begriff der Menschenwürde in Texten des Völkerrechts und nationaler Verfassungen Eingang, davor suchen wir ihn dort vergeblich. Der Rechtsbegriff taucht weder in den klassischen Menschenrechtserklärungen des 18. Jahrhunderts noch in den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts auf, obgleich er bereits in der Antike bekannt war.

Quelle der Motivation für die verfassungs- und gesetzgebende Praxis war die unzählig erlebte Erfahrung der verletzten Würde. Erst im historischen Zusammenhang des Holocaust, des millionenfachen Mordens und Folterns, erlangt der Begriff die Prominenz in den Verfassungstexten, die er heute innehat.

Die Formulierung von „angeborenen“ oder „unveräußerlichen“ Menschenrechten verrät die Herkunft aus religiösen und metaphysischen Lehren. Von der (hier vertretenen) allgemeinen Erkenntnis der realen Existenz dieser Rechte sind wir noch weit entfernt. Das ist nur zu verständlich, denn Rechte, die weitgehend nicht durchsetzbar sind, haben nur „geringen Wert“. Damit sie konkrete Auswirkungen haben, müssen sie in positives Recht umgesetzt werden, das bedeutet demokratisch begründet und in Rechtsordnungen implementiert werden. Den Rechten müssen gesetzlich verankerte Pflichten entsprechen, die einforderbar und (zur Not) einklagbar sind. Recht muss zu „garantiertem Recht“ werden, das in einem Erzwingungsverfahren durchgesetzt werden kann.⁵⁶ Es bedarf der organisierten Rechtsgewährleistung. Habermas führt dazu zu Recht aus: „Dabei ist nicht unwichtig, dass dieser Status nur im Rahmen eines Verfassungsstaates etabliert werden kann, der niemals naturwüchsig entsteht. Dieser muss vielmehr von den Bürgern

selbst mit den Mitteln des positiven Rechts erzeugt und unter historisch wechselnden Umständen geschützt und fortentwickelt werden. Als moderner Rechtsbegriff verbindet sich die Menschenwürde mit dem Status, den Bürger in der selbsterzeugten politischen Ordnung einnehmen. Die Bürger kommen als Adressaten nur in den Genuss von Rechten, die ihre Menschenwürde schützen, wenn sie es gemeinsam schaffen, eine auf Menschenrechte gegründete politische Ordnung zu stiften und zu erhalten.“⁵⁷ Dies gilt nicht nur für Nationalstaaten, sondern auch für die gesamte Völkerrechtsgemeinschaft. Hoffen wir, dass die Einrichtung internationaler Gerichte wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der Internationale Strafgerichtshof⁵⁸ und verschiedene Kriegsverbrechertribunale⁵⁹ ein signum prognosticon des moralischen Fortschritts der Menschheit darstellen, auf dass die moralische Verfassung der menschlichen Welt, sozial gehärtet mit den Mitteln des positiven Rechts Realität wird.

Die Herausforderung bei der Gestaltung der menschenwürdigen Ordnung liegt in der Natur des Menschen selbst: Die Fähigkeit zu wechselseitiger Anerkennung von Gleichheit, Freiheit, Achtung und menschlicher Würde ist uns nicht in die Wiege gelegt.⁶⁰ Die meisten Menschen können das sehr leicht an der eigenen Person feststellen: Es fällt uns im Regelfall schwer, Menschen einer fremden Subspezies zu unterscheiden („Alle Chinesen sehen für uns gleich aus!“⁶¹). Demgegenüber haben wir das Vermögen, sehr differenziert innerhalb unserer eigenen Gruppe zu unterscheiden. Ist beispielsweise Deutsch unsere Muttersprache, können wir leicht zuordnen, ob jemand in der Umgebung von Kiel, Hannover, Leipzig, Stuttgart oder München aufgewachsen ist. Menschen, die Niederdeutsch sprechen, erkennen zumeist an der Sprachfärbung in welchem Nachbardorf sein Gegenüber sozialisiert worden ist.

Immer wieder mache ich als Hochschullehrer die Erfahrung, dass Studierende in einem Hörsaal jeweils die Nähe von Menschen suchen, die eine gleiche Herkunft haben: Schwarzafrikaner sitzen neben Schwarzafrikanern, Asiaten neben Asiaten, etc. Ein „racial melting pot“, ein Schmelztiegel der Ethnien und menschlichen Subspezies entsteht vermutlich nicht von

⁵⁶Zu Recht weist Zippelius, Reinhold, a.a.O. (Fn. 27), S. 17 f. darauf hin, dass die Entstehung garantierter Rechte ein Produkt fortschreitender Zivilisation ist.

⁵⁷Habermas, Jürgen, Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte, in: Zur Verfassung Europas, Berlin, 2011, S. 13 ff., 26 f. Anders als der Verfasser geht Habermas allerdings nicht von einer realen Existenz der Menschenrechte aus.

⁵⁸Am Mittwoch, den 14. März 2012 beendete der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag seinen ersten Prozess: Der kongolesische Milizenchef Thomas Lubanga wurde wegen des Einsatzes von Kindersoldaten schuldig gesprochen. Die Entwicklung des Weltstrafgerichts steht damit erst am Anfang. Das Gericht, das 1998 auf einer Staatenkonferenz in Rom entworfen wurde, steht außerhalb des UN-Gefüges. Er ist eine eigenständige Institution; den Staaten steht es frei, ihm beizutreten. Der Gerichtshof wird nur bei Völkermord, schweren Kriegsverbrechen sowie Verbrechen gegen die Menschlichkeit tätig. Zudem ist er nur dann zuständig, wenn Staaten diese Delikte auf nationaler Ebene nicht verfolgen können oder wollen. Angeklagt werden können Einzelpersonen, sofern das Land, in dem die Verbrechen begangen wurden, dem Gerichtshof beigetreten ist oder wenn das Heimatland des Täters das Statut ratifiziert hat. Zudem kann der UN-Sicherheitsrat dem Gerichtshof per Resolution auftragen, über souveräne Entscheidungen eines Staates hinwegzugehen, dies geschah bereits im Hinblick auf den Sudan und Libyen. - Der Lubanga-Prozess verlief nicht reibungslos, sondern drohte 2009 zweimal zu platzen, da die Ankläger aus Zeugenschutzgründen der Verteidigung vertrauliche Dokumente vorenthalten hatten. (Die vorstehenden Informationen wurden weitgehend der Berichterstattung der Süddeutschen Zeitung, vom 15. März 2012, Seiten 1, 4 und insbesondere 7 entnommen.)

⁵⁹Ein aktuelles Beispiel für die Aburteilung durch ein internationales Strafsondergericht ist das Urteil gegen Charles Taylor, ehemaliger Präsident

allein. „Diversity“ bedarf der Gestaltung. Den Fremden nehmen wir sehr deutlich als Fremden wahr. Unsere Neigung, Menschen in Kategorien einzuordnen, hat im Laufe der Geschichte zu ungeheurem menschlichen Leid beigetragen. Menschen wurden und werden wegen ihrer Hautfarbe oder Augenform verfolgt, versklavt oder ermordet. Viele bewaffnete Konflikte der heutigen Welt finden zwischen Gruppen statt, die ihre Trennung mit biologischen Unterschieden erklären.

In unserer Verfassung (Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz) finden wir, ebenso wie im einfachen Gesetzesrecht (§ 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), das Merkmal „Rasse“, obgleich es Menschenrassen nicht gibt. Für das Tatbestandsmerkmal kann es damit keine Anwendungsfälle geben. Sehr wohl aber gibt es „rassistische Ideologien“, die es zu bekämpfen gilt. Der Gesetzgeber macht dieses nur sehr zurückhaltend deutlich, indem er im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz eine sprachliche Differenzierung vornimmt. Es ist rechtlich ausgeschlossen „wegen“ der ethnischen Herkunft benachteiligt zu werden, demgegenüber darf niemand „aus Gründen der Rasse“ diskriminiert werden. Die sprachlichen Feinheiten der Gesetzessprache wollen erst entdeckt werden. Anthropologen⁶² haben auf die universelle „Außenseiterreaktion“ hingewiesen, die bereits bei Primaten nachgewiesen wurde: Menschen neigen dazu, Mitmenschen, die sich von der Norm abweichend verhalten oder abweichend aussehen, zu verspotten oder zu attackieren. Der Rothaarige, Stotternde, Dicke sind Zielscheibe des Spottes in einer Schulklasse.

In früheren Entwicklungsstadien des Menschen und der menschlichen Gemeinschaft mag die auf den Außenseiter gerichtete Aggression normerhaltende Funktion gehabt haben. Heute gilt das sicher nicht mehr. Unsere Gesellschaft profitiert von Außenseitern, die beispielsweise begabte Kulturträger sein können, ebenso wie von der Vielfalt der Menschen die Kreativität weckt, Impulse gibt und Grundlage eines globalen Austausches ist.

Menschen haben ein Recht darauf, dieses zu erfahren. Es ist Gegenstand ihres Menschenrechts auf Bildung.

Sechs zusammenfassende Thesen:

- Das Recht menschlicher Gemeinschaften folgt aus der Notwendigkeit einer „Verfassung der Allmende“, der notwendigen Ordnung des Umgangs mit Gemeingütern.
- Rechtliche Verhältnisse - seien es natürliche, gesetzliche oder privatautonom begründete Rechte - existieren real und sind damit der wissenschaftlichen Erkenntnis zugänglich.
- Die Menschenrechte begrenzen die Möglichkeit der Setzung staatlichen Rechts („Türhütertheorie“: Die Menschenrechte stehen wie ein Türhüter vor dem Tor der Rechtsordnung und lassen nur die Gesetze als Recht passieren, die mit ihnen in Einklang stehen.).
- Rechtsgeltung ist nicht mit Rechtsgewährleistung gleichzusetzen. Recht existiert, auch wenn im konkreten Fall die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung nicht gegeben ist.
- Gott als „Urgrund des Rechts“ ist eine Glaubensannahme, die der wissenschaftlichen Erkenntnis verschlossen bleibt.
- Die Theorie des Gesellschaftsvertrags ist ein theoretisches Erklärungsmodell, das in der realen Welt keinen Anwendungsfall hat.

Liberias, am 26. April 2012 durch ein UN-Sondertribunal. Taylor wurde für mitschuldig an Gräueltaten während des Bürgerkriegs im Nachbarland Sierra Leone (1991-2003) befunden. Das Sondergericht hat eigentlich seinen Sitz in Freetown, der Hauptstadt von Sierra Leone. Gegen den Hauptangeklagten Charles Taylor wurde seit Juni 2007 aus Sicherheitsgründen auf dem Gelände des Internationalen Strafgerichtshofes in Den Haag verhandelt. Taylor soll nach Verkündung des Strafmaßes nach Großbritannien zur Strafverbüßung verbracht werden. Vgl. dazu auch Süddeutsche Zeitung, 27. April 2012, S. 1 mit einem kritischen Beitrag S. 4. Als Strafe wurde am 30. Mai 2012 ein Freiheitsentzug von 50 Jahren unter Anrechnung von 6 Jahren Gewahrsam festgelegt.

⁶⁰Vgl. dazu bereits unsere grundlegenden Ausführungen: Senne, Petra / Senne, Holger, Das Antidiskriminierungsgesetz – eine rechtsanthropologische Reflexion, in Düwell, Franz Josef / Stückemann, Wolfgang / Wagner, Volker, Bewegtes Arbeitsrecht, Festschrift für Wolfgang Leinemann zum 70. Geburtstag, Neuwied 2006, S. 53 ff.

⁶¹Das Problem besteht wechselseitig, auch Asiaten vermögen Europäer nicht leicht auf den ersten Blick zu unterscheiden.

⁶²Eibl-Eibesfeldt, I., Der vorprogrammierte Mensch, Das Ererbte als bestimmender Faktor im menschlichen Verhalten, Wien, München, Zürich 1973, S. 104