

ANTON WILHELM AMO LECTURES

EDITED

BY

MATTHIAS KAUFMANN, RICHARD ROTTENBURG

AND REINHOLD SACKMANN

MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

HALLE (SAALE)

2016

ANTON WILHELM AMO LECTURES

VOLUME 2

EDITED

BY

MATTHIAS KAUFMANN, RICHARD ROTTENBURG

AND REINHOLD SACKMANN

MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

HALLE (SAALE)

2016

Gedruckt mit finanzieller Unterstützung des Ministeriums für Wissenschaft und Wirtschaft des Landes Sachsen-Anhalt.



SACHSEN-ANHALT

Ministerium für
Wissenschaft und Wirtschaft



MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT
HALLE-WITTENBERG



Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2016 Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle (Saale)

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg urheberrechtswidrig und strafbar. Das gilt auch für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und für die Verarbeitung mit elektronischen Systemen.

Das Foto auf dem Umschlag zeigt einen Ausschnitt aus dem Eintrag Anton Wilhelm Amos in das Stammbuch eines anonymen Studenten, Jena, 2. März 1746, Thüringer Universitäts- und Landesbibliothek (ThULB), St. 83, Bl. 110v. Der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung der ThULB Jena und mit freundlicher Unterstützung von Monika Firla (Stuttgart).

Umschlaggestaltung: Débora Ledesma-Buchenhorst

Satz und Lektorat: Oliver-Pierre Rudolph M.A.

Printed in Germany

ISBN 978-3-86829-798-0

Druck: DRUCKWERK, Halle (Saale)

RECHT, STAAT UND DEMOKRATIE
IN MENSCHENRECHTLICHER PERSPEKTIVE

VON
HANS JÖRG SANDKÜHLER
UNIVERSITÄT BREMEN

MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

HALLE (SAALE)
2016

Inhalt

Vorwort

Matthias Kaufmann, Richard Rottenburg, Reinhold Sackmann | 9

Recht, Staat und Demokratie
in menschenrechtlicher Perspektive

Hans Jörg Sandkühler | 13

Über den Verfasser | 57

Vorwort

In der Schriftenreihe „Anton Wilhelm Amo Lectures“ des Forschungsschwerpunkts „Gesellschaft und Kultur in Bewegung“ werden seit 2013 an der Martin-Luther-Universität gehaltene Gastvorlesungen bedeutender Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler publiziert, die unter diesem Titel von den beiden Forschungsschwerpunkten „Gesellschaft und Kultur in Bewegung“ und „Aufklärung, Religion, Wissen“ gemeinsam veranstaltet werden und Anton Wilhelm Amo gewidmet sind.

Im Jahr 1727 kam Anton Wilhelm Amo – als Kind im heutigen Ghana versklavt, dann 1707 von der Holländisch-Westindischen Gesellschaft an den Wolfenbüttler Hof Herzogs Anton Ulrich von Braunschweig und Lüneburg-Wolfenbüttel verschenkt – nach einer umfassenden Ausbildung an die Universität Halle zum Studium der Philosophie und der Rechtswissenschaften. 1729 verfasste Amo die Disputation „De iure Maurorum in Europa“, in der er die Frage erörterte, inwieweit die Freiheit oder Dienstbarkeit der von Christen gekauften „Mohren“ in Europa nach dem damals geltenden Recht gerechtfertigt sei. (Diese Schrift gilt als verschollen.)

In Wittenberg wurde Amo im Jahr 1734 mit der Inauguraldissertation „De humanae mentis apatheia. Die Apatheia der menschlichen Seele“ zum philosophiae ac liberalium artium Magister promoviert und wurde als Magister legens zugelassen. Anders als der im stoischen Umfeld prominent gewordene Terminus „Apatheia“ vermuten lässt, geht es dabei nicht um Gelassenheit oder Gleichmut der Seele. Mit dieser Schrift leistete Amo vielmehr einen eigenständigen Beitrag zur Debatte zu dem, was man im 20. Jahrhundert das Leib-Seele-Problem nannte, indem er der menschlichen Seele Empfindungen und überhaupt die Fähigkeit des Empfindens aufgrund ihrer Immaterialität radikal abspricht. Wie wir im gleich anzuspreekenden Hauptwerk erfahren, befasst sich die Seele mit intentionalen Repräsentationen der vom Körper sinnlich erfassten Dinge. In ausdrückli-

cher Wendung gegen Descartes, der ja den „*Passions de l'âme*“ ein ganzes Werk gewidmet hatte, betont er, dass die Seele nicht leiden könne, was bei lebendigen Dingen dasselbe wie empfinden sei (*pati et sentire in rebus vivis sunt synonyma*) und stellt sich in seiner Psychologie somit eher in eine scholastische, wolffianische Tradition (zu den lokalen Kontroversen, die aufgegriffen werden vgl. Edeh 2003, 53f.).

Dass er indessen keineswegs ein schlichter Gefolgsmann Wolffs ist, zeigt sich in der wesentlich umfangreicheren Schrift „*De arte sobrie et accurate philosophandi. Traktat von der Kunst, nüchtern und sorgfältig zu philosophieren*“ von 1738 (vgl. u.a. Edeh 2003, 57ff.). Dort entfaltet Amo nach einem Überblick über die traditionellen Felder des Wissens, wie Jurisprudenz, Theologie und Mathematik und einer Warnung vor Pedanterie sowohl als Vielwisserei, v.a. soweit es sich um Unnützes handelt (er bezieht sich dabei auf Thomasius), seine Lehre, die der Philosophie die Aufgabe des kontinuierlichen Erkennens der Dinge und der Vervollkommnung des Menschen auf allen Gebieten, von der natürlichen Existenz bis hin zur ewigen Glückseligkeit, zuweist (*Partis Generalis Cap. II, Membrum II §§ 4-6*) und kritisiert diejenigen, die in ihr „heutzutage“ nur einen Verstandesakt ohne Verbindung zu ihrer pragmatischen Seite sehen. Philosophie ist Weisheit als Tugend und diese beweist ihren Wert in der Handlung (ebd. § 1). Nicht nur durch die Bezugnahme auf Ciceros „*De Officiis*“ in diesem Kontext zeigt sich eine Nähe zu stoischen Prinzipien (vgl. auch *Partis Generalis Cap. V Membrum I § 11*, wo als gute Wirkungsweise der Seele die Mäßigung der natürlichen Instinkte und des sinnlichen Begehrens identifiziert wird). Im umfangreicheren speziellen Teil des Werkes erläutert der „schwarze Philosoph in Halle“ seine Auffassung von den Aktivitäten der menschlichen Seele beim Vorgang des Erkennens, von der Begriffsbildung über die Reflexion, bis hin zur Logik mit samt den Regeln der Syllogistik, der Kritik und Hermeneutik. Er befindet sich dabei trotz einiger deutlicher Abweichungen – etwa seiner religiösen Fundierung der Ethik – im Umfeld der Wolffschen Schule (Edeh 2003, S. 164).

Nach einigen Jahren der Lehre als Magister legens der Philosophie und der freien Künste in Halle und Jena sah sich Anton Wilhelm Amo von seinen Gönnern verlassen (Ludewig war gestorben) und rassistischen Repressalien ausgesetzt, die ihn dazu veranlassten, im Jahr 1747 nach Afrika zurückzukehren. 1747 wird er noch als Bürger Jenas erwähnt, doch dann verschwindet seine Spur, bis auf den Bericht eines schweizer Schiffsarztes, der im Dienst der niederländischen Westafrika Compagnie den „*beroemden Heer Anthonius Guilielmus Amo Guinea Afer, Philosophiae Dr. et Artium Liberalium Magister*“ 1753 in Axim im

heutigen Ghana besuchen ging (vgl. Brentjes 1976, S. 66 u. 69, Firla 2012, Dokumente, Halle 1968, 297).

Anton Wilhelm Amo hat sich mit seiner Kritik an dunklen, rational nicht zu begründenden Gesetzen, an Rechtsauslegungen, die sich allein am Wohl der Gesetzgeber ausrichten, und der Mahnung zur Humanität in der Jurisprudenz, die im Zweifelsfall immer Vorrang vor dem strengen Recht haben soll, als ein Humanist und früher Verfechter der Menschenrechte erwiesen.

Literatur

- Amo, Anton Wilhelm. 1968a. „De humanae mentis apatheia“ In *Antonius Guil-elmus Amo Afer, aus Axim in Ghana: Student, Doktor der Philosophie, Magister legens an den Universitäten Halle, Wittenberg, Jena, 1727-1747, Dokumente, Autographe, Belege*. Halle (Saale): Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 12-50.
- ders. 1968b. „Tractatus de arte sobrie et accurate philosophandi“. In *loc. cit.*, 60-275.
- ders. 1971. „Tractatus de arte sobrie et accurate philosophandi“, Nachdruck der Ausgabe Halle 1738. Nendeln/Liechtenstein/Schweiz: Kraus Reprint.
- Amo, Antoine Guillaume. 2010. *De Humanae mentis apatheia – Tractatus de arte sobrie et accurate philosophandi*, textes originaux traduits par Simon Mognol. Paris: L’Harmattan.
- Brentjes, Burchard. 1976. *Anton Wilhelm Amo: Der schwarze Philosoph in Halle*. Leipzig: Koehler und Amelang.
- Edeh, Yawovi Emmanuel. 2003. *Die Grundlagen der philosophischen Schriften von Amo: In welchem Verhältnis steht Amo zu Christian Wolff, daß man ihn als „einen führenden Wolffianer“ bezeichnen kann?* Essen: Die blaue Eule.
- Ette, Ottmar. 2014. *Anton Wilhelm Amo – philosophieren ohne festen Wohnsitz: Eine Philosophie der Aufklärung zwischen Europa und Afrika*. Berlin: Kulturverlag Kadmos.
- Firla, Monika. 2012. *Ein Stammbucheintrag des schwarzen Philosophen Anton Wilhelm Amo aus dem Jahr 1746*. Stuttgart: AfriTüDe.

RECHT, STAAT UND DEMOKRATIE
IN MENSCHENRECHTLICHER PERSPEKTIVE

VON

HANS JÖRG SANDKÜHLER

UNIVERSITÄT BREMEN

Abstract

Law, State, and Democracy from a Human Rights Perspective

The question has been often posed concerning the post-1945 human rights, which developed out of the experience of injustice, whether these rights are in need of an “ethical foundation”. Moral claims, which are directed against the violation of human rights, and which owing to moral intuition are held to be good and just, have further contributed to their emergence. Yet, “the” legitimate and universally valid morality does not exist in a pluralistic society, beyond perhaps the general form of legal equality. Thus, the positively conceived human rights have come to have their meaning as a universally binding commitment grounded in the protection of human dignity. Their legal validity is grounded in what has been negotiated in the Covenants on Human Rights, as well as in the universal principle of *ius cogens*, which is considered “compelling law” in all states. Moral claims are politically transformed in the sphere of neutrally-bound states into positive law, to the extent that they are generalizable. The “charging” of constitutional law with specific ethical opinions or philosophical speculations along the lines of natural law must be avoided in constitutional democracy.

1. Moralische Intuitionen und positives Recht

Bedürfen die Menschenrechte einer *ethischen Begründung*? Diese Frage wird immer wieder aufgeworfen, vor allem in philosophischen und theologischen Kontexten. In dieser allgemeinen Form ist die Frage irreführend gestellt, denn es müssen zunächst zwei Dimensionen unterschieden werden, die der *Genesis* und die der *Geltung* der Menschenrechte. (i) Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass sie hinsichtlich ihrer Entstehung Gründe in moralischen Ansprüchen haben, die gegen die Verletzung dessen gerichtet sind, was aufgrund moralischer Intuitionen für das Gute und für Gerechtigkeit gehalten wird. (ii) Weil es in soziokulturellen und politischen Kontexten Konflikte zwischen moralischen Intuitionen gibt und es *die Moral* mit legitimem allgemeinen Geltungsanspruch in pluralistischen Gesellschaften nicht gibt, *wenn nicht in Gestalt allgemeinen gleichen Rechts*, kommt den Menschenrechten als *System positiver Rechte* mit universeller Verbindlichkeit eine immer größere Bedeutung zu.

In pluralistischen demokratisch verfassten Gesellschaften kann die Geltung von Normen, die für alle verbindlich sind und Gleichheit, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit garantieren, nicht aus privaten moralischen, religiös oder weltanschaulich gestützten Intuitionen begründet werden. Deren allgemeine Akzeptanz kann weder erwartet werden noch darf sie mit Zwang durchgesetzt werden. Moralische Ansprüche der Menschen werden in der Sphäre des *Staates* politisch in positives Recht transformiert, *sofern* sie verallgemeinerbar sind. Diese Einschränkung entspricht einer für die politische Theorie der Neuzeit maßgeblichen skeptischen Einsicht: Menschen handeln nicht prinzipiell nach Maßstäben des Guten und der Gerechtigkeit, und deshalb müssen sie sich durch das Recht vor einander schützen. Der Mensch ist Abel *und* Kain, David *und* Goliath, Widerstandskämpfer *und* Hitler.

Der Grund für die mit den Ideen der Gleichheit, Freiheit und Gerechtigkeit unmittelbar verbundene Forderung nach Freiheitsbegrenzung durch das Recht ist

seit den politischen und philosophischen Theorien des 18. Jahrhunderts immer wieder thematisiert worden. Der Grund war und ist, dass hinsichtlich der moralischen Vollkommenheit der menschlichen Gattung kein Anlass zu Optimismus besteht. Diese Ernüchterung prägt die Rechts- und Staatstheorie der Moderne. Zur Zeit der Gründung der Vereinigten Staaten schrieb James Madison 1788 in den in der Phase der Gründung der Vereinigten Staaten von Amerika wegweisenden *Federalist Papers*:

„Das persönliche Interesse des einzelnen muss mit den verfassungsmäßigen Rechten [...] verbunden sein. Es mag ein Ausdruck des Mangels der menschlichen Natur sein, dass solche Kniffe notwendig sein sollen [...] Aber was ist die Tatsache, dass Menschen eine Regierung brauchen, anders als der deutlichste Ausdruck des Mangels der menschlichen Natur?“¹

Nicht anders hat Kant argumentiert. In seiner Schrift *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* aus dem Jahre 1784 heißt es:

„[A]us so krummem Holze, als woraus der Mensch gemacht ist, kann nichts ganz Gerades gezimmert werden“.² Kant hat den ‚Gang der Menschengattung‘ in ständiger Gefahr gesehen, ‚in die alte Rohigkeit zurückzufallen‘. Seine Lösung des Problems lautet: „Die Menschen bedürfen bei ihrer natürlichen Bösartigkeit und in ihrer darum sich unter einander drängenden Lage einer Macht, die jeden größeren Haufen derselben unter dem *Zwange öffentlicher Gesetze* halte und dadurch jedem sein Recht sichere“.³

In dieser realistischen Sicht auf den Menschen ist die *Verrechtlichung* der Freiheitsansprüche die Folge moralischer Defizite. Eine entlastende Konsequenz, auf die Jürgen Habermas aufmerksam gemacht hat, ist, dass wir nicht in jeder Situation moralisch neu beurteilen müssen, was Recht und was Unrecht ist: Gesetze nehmen uns in weiten Bereichen unseres Lebens diese Last ab. Rechtsnormen verschieben „die normativen Zumutungen vom moralisch entlasteten Einzelnen auf die Gesetze, die die Kompatibilität der Handlungsfreiheiten sichern“; sie

¹ James Madison, *Independent Journal* Wednesday, February 6, 1788. In Hamilton et al. 1993, S. 320.

² Kant, AA VIII, S. 23.

³ Kant, Ein Reinschriftfragment zu Kants ‚Streit der Fakultäten‘ (aus dem Nachlass: bis 1798), Loses Blatt Krakau. In: *Kant-Studien* 51 (1959/60), S. 5-8.

bedeuten „für den Einzelnen eine Entlastung von den kognitiven Bürden der eigenen moralischen Urteilsbildung“.⁴

In dieser Perspektive plädiere ich dafür, über Recht und Staat *nach menschlichem Maß*⁵ zu sprechen. Dieses Maß kann ein Maß sowohl des Guten als auch des Bösen sein. Es geht mir um eine von der Rechtsnorm der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde ausgehende und durch die positivierten Menschenrechte begründete normative Theorie von Recht, Staat und Demokratie – eine Theorie, die *Rechtspluralismus*⁶ anerkennt, aber nicht durch *Kultur-* und

⁴ Habermas 1994, S. 110, vgl. ebd., S. 147. Vgl. BVerfGE 39, 1 (59): Das Gesetz „soll sagen, was für den Einzelnen Recht und Unrecht ist“. Ziffern (in Klammern) bei Urteilen des BVerfGE bezeichnen die Absatz-Nr.

⁵ Vgl. hierzu Sandkühler 2013.

⁶ Der Begriff ‚Rechtspluralismus‘ bezeichnet die Tatsache einer Pluralität von Rechtskulturen staatlicher und nichtstaatlicher Art und heterogener Rechtsnormen innerhalb eines Rechtsraumes. Es wäre ein Irrtum anzunehmen, Rechtspluralismus existiere nur außerhalb Europas in Staaten, die ‚noch nicht‘ auf dem Niveau homogenen universellen Rechts angekommen seien. Wie etwa in der arabischen Welt oder im subsaharischen Afrika existiert auch in Europa keine homogene juristische Kultur. Unterschiede zwischen nationalstaatlichen Rechtskulturen in Europa bzw. Nordamerika und die Koexistenz verschiedener Rechtstraditionen und -formen innerhalb von Nationalstaaten z. B. in Afrika belegen den faktischen Pluralismus im Recht. Ein Beispiel für die Koexistenz universalistisch orientierter Grundrechte und gleichberechtigten *Customary Law* ist die Verfassung Namibias. Der Grundrechteteil (Art. 1-25) entspricht den in der Präambel formulierten universellen Prinzipien: „*Whereas* recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is indispensable for freedom, justice and peace; *Whereas* the said rights include the right of the individual to life, liberty and the pursuit of happiness, regardless of race, colour, ethnic origin, sex, religion, creed or social or economic status; *Whereas* the said rights are most effectively maintained and protected in a democratic society, where the government is responsible to freely elected representatives of the people, operating under a sovereign constitution and a free and independent judiciary [...]“. Zugleich stellt Art. 66 ‚Customary and Common Law‘, Abs. (1), fest: »*Both the customary law and the common law* of Namibia in force on the date of Independence shall remain valid« – allerdings mit der Einschränkung: „to the extent to which such customary or common law does not conflict with this Constitution or any other statutory law.“ Ein anderes Beispiel sind die U.S.A.: Hier herrscht mit Ausnahme des Staates Louisiana, der das kontinentale bürgerliche Recht anwendet, das common law.

Es gibt einen Pluralismus auch der Rechtskulturen, und es wäre falsch, die Faktizität des Rechtspluralismus zu verdrängen, um die Geltung universeller Rechtsnormen zu bekräftigen. Doch für essentialistische Begründungen der Kultur-Kontextualität des Rechts, vor allem der Menschenrechte, gilt dasselbe wie für ethischen und religiösen Fundamentalismus. Sowohl der theoretische als auch der im Namen des besonderen Rechts einer Kultur praktizierte Kulturrelativismus, der alle epistemischen und praktischen Lebensäußerungen in eine starre Beziehung zu

Rechtsrelativismus unterhöhlt wird. Drei Bezugsquellen spielen bei meiner Begründung eine wichtige Rolle: Mit I. Kant geht es um den Vorrang des Rechts vor der Moral, mit H. Kelsen um die Forderung der Neutralität des Rechts gegenüber Religionen, Weltanschauungen und Ideologien und mit G. Radbruch um ein Recht, das ohne Rückfall in Naturrechts-Metaphysik dem Maßstab der Gerechtigkeit entspricht. In der Perspektive dieser normativen Theorie hätte Anton Wilhelm Amo nicht als Kind versklavt, nicht von der Niederländisch-Westindischen Gesellschaft verschleppt und nicht an einen deutschen Fürsten ‚verschenkt‘ werden können. Rassismus und soziale Isolation hätten ihn, den humanistischen Juristen, nicht zur Flucht in die Heimat seiner verlorenen Kindheit gezwungen. Der ‚Fall Amo‘ ist Geschichte, und doch nicht Vergangenheit. Es gibt ihn auch heute.

Der demokratische Rechtsstaat ist in seinem Bestand bedroht. Dies zieht Rechts- und Staatskritik nach sich, d.h. Kritik an einem nationalstaatlichen, transnationalen und internationalen *status quo* unter dem Niveau demokratischer Rechts- und Sozialstaatlichkeit. Vom Staat geht einerseits eine ständige potenzielle Bedrohung der *Freiheitsrechte* aus; andererseits ist er als rechtssetzende Institution die notwendige Voraussetzung von *Freiheitsrechten*. Das Rechtssystem muss den Staat zum *Rechtsstaat* domestizieren. Der *material* auf Gerechtigkeit bezogene Rechtsstaatsbegriff bezeichnet, was ein Staat sein soll, der auf die Norm der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde und auf die Menschen- und Grundrechte verpflichtet ist. Hermann Heller hat auf der Flucht vor dem Nazi-Regime 1934 in seiner *Staatslehre* geschrieben:

„Nur ein Recht, das mit Erfolg den Anspruch erhebt, der Gerechtigkeit zu dienen, vermag auch die Herrschenden selbst zu jenen Leistungen zu verpflichten, durch welche die Staatsmacht konstituiert wird.“⁷

Dieses Recht ist die Grundlage der Kritik am Unrecht, das im Namen von Recht und Staat verübt wird. Dieses Recht verlangt nach Kritik an der Ungerechtigkeit, die durch nicht-staatliche, menschenrechtlich nicht zu legitimierende ökonomische Macht verursacht wird. Dieses Recht begründet auch die Kritik am politischen und ideologischen Missbrauch der Menschenrechte zur Legitimation

‚Kultur‘ zwingt, ist ein Fundamentalismus. Das Faktum des Rechtspluralismus kann keinen Rechtsrelativismus begründen.

⁷ Ebd., S. 217. Hervorh. v. mir.

‚humanitärer Interventionen‘ unter Berufung auf eine fragwürdige *responsibility to protect* und unter Missachtung des Gewaltverbots der UN-Charta.⁸

Moralische Ansprüche, die in Forderungen nach Menschenrechten münden, gewinnen allgemeine Geltung erst durch ihre Universalisierung mittels *Verrechtlichung*. Dies bedeutet nicht, dass dem positiven Recht keine Moralprinzipien eingeschrieben wären. Niemand wird leugnen wollen, „daß“ – so der Rechtspositivist Hart in *The Concept of Law* – „die Stabilität von Rechtsordnungen teilweise auf [...] Übereinstimmungen mit der herrschenden Moral beruht“.⁹ Doch es gibt einen Vorrang des allgemeinen öffentlichen Rechts vor der besonderen privaten Moral, die die Würde der Menschen und ihre Rechte zu achten gebietet – oder eben nicht. Moralen und Ethiken spielen eine wesentliche Rolle bei der Rechtsgenese, und sie kommen bei der Weiterentwicklung der Menschenrechte wieder zum Tragen, wenn sie den Widerstand gegen Unrecht zum Ausdruck bringen. Hinsichtlich der Geltung von Rechtsnormen haben sie jedoch keinerlei legitimierbaren Anspruch auf Vorrang vor dem positiven Recht. Meine These lautet deshalb: *Die Menschenrechte haben als juridische Rechte ihre Geltungsbegründung in sich selbst; sie bedürfen keiner weiteren ethischen Begründung.*

Dies ist die Perspektive, in der ich im Folgenden in weiteren sechs Schritten argumentieren werde: die Perspektive eines *menschenrechtlich aufgeladenen Rechtspositivismus*, der Recht und Moral auf der Ebene der Normen-Entstehung nicht trennt und hinsichtlich der Normen-Geltung das positive Recht der Menschenrechte ins Zentrum rückt. Rechtspositivismus – eine Position, die provoziert? Nach 1945 war die Renaissance des Naturrechts oft verbunden mit dem Fehlurteil, der Rechtspositivismus habe mit seiner Naturrechtskritik die Weimarer Republik wehrlos gemacht und die nationalsozialistische Diktatur begünstigt. Doch die Forderung, die Menschenrechte müssten naturrechtlich begründet werden, hatte und hat eine *anti-juridische* Funktion: Die „neue Naturrechtslehre“ – so Michael Herdegen – „richtet sich im Kern gegen eine im säkularen Verfassungsstaat völlig banale These: nämlich die Annahme, dass die Leitbegriffe der Verfassung wie die Menschenwürde Begriffe des positiven Rechts sind. Der Angriff auf diese schlichte Erkenntnis dient – zuweilen ausdrücklich – dem Ziel, bestimmte Deutungsmuster der Spannweite juristischer Exegese zu entziehen.“¹⁰ Der Rechtspositivismus wird oft fälschlich auf den Nenner gebracht, Recht sei

⁸ Siehe hierzu Sandkühler 2013, S. 487–507.

⁹ Hart 2002, S. 66.

¹⁰ Herdegen 2008, S. 58 f.

für ihn in dem Sinne Recht, wie ein Gesetz nun einmal ein Gesetz sei. Dies würde einschließen, dass die jeweils *bestehenden* Gesetze die einzige von ihm anerkannte Rechtsquelle und Rechtsform wären. Genau dies aber trifft nicht zu: Zu den Rechtsquellen gehören auch das Gewohnheitsrecht und – nicht zu vergessen – das Richterrecht. Erst aus dieser Trias der Rechtsquellen ergibt sich, dass Rechtspositivisten nicht zwangsläufig Apologeten der bestehenden Gesetze sind; die Notwendigkeit der *Rechtskritik* und das Faktum der *Rechtsdynamik* sind ihnen nicht fremd. Was allerdings den Rechtspositivismus, für den ich plädiere, vom ‚harten‘ Rechtspositivismus à la Kelsen¹¹ unterscheidet, ist ein bestimmter *Maßstab* zur Beurteilung von Recht und Gesetz: Dieser Maßstab ergibt sich nicht aus privaten religiösen, weltanschaulichen oder ideologischen Vorstellungen, sondern *innerhalb jenes Rechtssystems*, das in den positivierten – und weiterzuentwickelnden – Menschenrechten und in der Würdenorm als jene Grundlage existiert, in deren Genesis Recht, Ethik und Moral keine Gegensätze bilden und in die *Gerechtigkeit* als normative Idee eingeschrieben ist. In genau dieser menschenrechtlichen Perspektive kann ein Rechtspositivist Universalist sein; der Tellerrand des jeweils bestehenden nationalen Systems der Gesetze ist nicht die Grenze seiner Wahrnehmung.

Die hier skizzierte Rechtspositivismus-Auffassung folgt allerdings auch nicht umstandslos der Kritik, die G. Radbruch ungeachtet seiner eigenen Nähe zu rechtspositivistischen Annahmen bereits früh geäußert hat. In seinen Kieler Vorlesungen des Jahres 1919 hat er den ‚alten‘ Rechtspositivismus – den Gesetzespositivismus vor Kelsen – so kritisiert:

„Der juristische Positivismus ist die juristische Erscheinungsform des realpolitischen, des machtpolitischen Zeitalters. Recht ist dem juristischen Positivismus wesentlich gleich

¹¹ Kelsen hat seine *Reine Rechtslehre* in der 1. Aufl. als Fortsetzung der „positivistischen Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts“ bezeichnet (Kelsen 1985, S. 25). „Die Reine Rechtslehre ist die Theorie des Rechtspositivismus“ (ebd., S. 38). In *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* hat Kelsen (1928, S. 62 ff.) den „juristischen Positivismus“ als „*Theorie des positiven Rechts*“ eng mit der „Erkenntnistheorie der wissenschaftlichen Weltanschauung“, d. h. des ‚Wiener Kreises‘, verbunden. Ich bezeichne Kelsens Auffassung des Rechtspositivismus als ‚hart‘ wegen seiner These, jede Verfassungsordnung sei als Rechtsordnung zu verstehen. Seine Beschränkung der Rechtswissenschaft auf eine wertfreie Analyse positiv-rechtlicher Normen führt z. B. zu dem fragwürdigen Ergebnis, »daß die Ordnung der Sowjetrepublik ganz ebenso als Rechtsordnung begriffen werden soll wie die des faschistischen Italien oder die des demokratisch-kapitalistischen Frankreich«. (Kelsen 1985, S. 64).

Gesetz, gleich Staatswille. Der Unterschied von Recht und Macht, von Recht und Willkür erscheint aufgehoben: mit der Macht des Staates geht das Recht unzertrennlich Hand in Hand und jede Willkür des Staates wird in der Form des Gesetzes zum Recht. Rechtswissenschaft – Götzendienst gegenüber der Macht. Neben dem vom Staate erzeugten Recht wird widerwillig noch das von der Gesellschaft erzeugte Gewohnheitsrecht geduldet und auch hier jede gewohnheitsrechtliche Willkür ohne Bedenken als Recht anerkannt. [...] Der Jurist aber ist für diese Auffassung nicht sowohl Diener der Gerechtigkeit, als blinder Vollstrecker des Staatswillens, als Philologe des Gesetzestextes.“¹²

Diese Kritik hat Radbruch nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus in seiner ‚Ersten Stellungnahme nach dem Zusammenbruch 1945‘ unter dem Titel ‚Rechtsphilosophische Besinnung‘ in einer zugespitzten und angesichts der Faktizität des nationalsozialistischen Rechtssystems – der grenzenlosen ideologisch begründeten und damit dem Rechtspositivismus diametral widersprechenden Gesetzesauslegung¹³ – nicht haltbaren Weise wieder aufgenommen; wodurch sie zu einer der Gründungslegenden des staatlichen Wiederaufbaus in Deutschland beigetragen hat – der Rechtspositivismus habe die Weimarer Republik wehrlos gemacht und Rettung könne nur im Naturrecht gefunden werden:

„Befehl ist Befehl, heißt es für den Soldaten. Gesetz ist Gesetz, sagt der Jurist. Während aber für den Soldaten Pflicht und Recht zum Gehorsam aufhören, wenn er weiß, daß der Befehl ein Verbrechen oder Vergehen bezweckt, kennt der Jurist, seit vor etwa hundert Jahren die letzten Naturrechtler unter den Juristen ausgestorben sind, keine solche Ausnahmen von der Geltung des Gesetzes und von dem Gehorsam der Untertanen des Gesetzes. Das Gesetz gilt, weil es Gesetz ist, und es ist Gesetz, wenn es in der Regel der Fälle die Macht hat, sich durchzusetzen. Diese Auffassung vom Gesetz und seiner Geltung (wir nennen sie die positivistische Lehre) hat die Juristen wie das Volk wehrlos gemacht gegen noch so willkürliche, noch so grausame, noch so verbrecherische Gesetze. Sie setzt letzten Endes das Recht der Macht gleich: nur wo die Macht ist, ist das Recht.“¹⁴

Radbruch hat dabei nicht gesehen, dass der Rechtspositivismus hinsichtlich seiner praktischen Wirkungen neutral ist und sowohl regressive *als auch* progressive Folgen zeitigen kann. Als rechtstheoretischer Fortschritt kann er bewer-

¹² Radbruch 2004 (1919), S. 33.

¹³ Vgl. Rüthers 2005.

¹⁴ Veröffentlicht in Radbruch 1957, S. 105.

tet werden, wenn seine Folgen bestehen (i) in der Wahrung der Gewaltenteilung und in dem gegen subjektive richterliche Willkür gerichteten *Rechtsschöpfungsverbot* für die richterliche Gewalt, das freilich die *Fortbildung des Rechts* durch gesetzeskonforme Lückenergänzung nicht ausschließt, (ii) in der Forderung nach *Geschlossenheit* (Vollständigkeit) der Rechtsordnung, in der es den nicht-justiziablen Fall nicht geben darf (kein *Rechtsverweigerungsverbot* für Richter), und (iii) im Verzicht darauf, die Rechtsauslegung von privaten Weltanschauungen und Moralen abhängig zu machen. Die positive Funktion des Rechtspositivismus besteht vor allem in der *grundsätzlichen Bindung staatlicher Gewalt an das Verfassungsrecht*, und dies bedeutet heute: an ein Verfassungsrecht, das der Würdenorm und den Menschenrechten den Vorrang in der Hierarchie der Rechtsnormen einräumt.

2. Unrechtserfahrung als Quelle des Rechts

Als Rechts- und Verfassungsnormen sind die Menschenrechte und deren Fundament – die *Menschenwürde*¹ – erst im 20. Jahrhundert positiviert worden, nicht zuletzt nach 1945 aufgrund jener Gewalt- und Unrechtserfahrungen, die 1945 zur Charta der Vereinten Nationen geführt haben.

Die unter dem Eindruck massenhaften Unrechts formulierten Menschenwürde- und Menschenrechtsansprüche zielen auf ein Leben unter *weltbürgerrechtlichen* Bedingungen. Weltbürgerrechtliche Lebensbedingungen setzen einen *universellen rechtsstaatlichen Konstitutionalismus* voraus, d. h. eine weltweite demokratische Rechtsordnung ohne Diskriminierung und Unterdrückung, Hunger und Not, Gewalt und Krieg. Zu Recht und zugleich mit gebotener Vorsicht hat Jürgen Habermas festgestellt: „Der weltbürgerliche Zustand ist kein bloßes Phantom mehr, auch wenn wir noch weit von ihm entfernt sind. Staatsbürgerschaft und Weltbürgerschaft bilden ein Kontinuum, das sich immerhin schon in Umrissen abzeichnet.“²

Weltbürgerrechtliche Prinzipien sind als Ergebnis der nach 1945 mit den Kriegsverbrecherprozessen in Nürnberg und Tokio begonnenen Revolutionierung des Internationalen Rechts ganz offensichtlich wesentliche Voraussetzungen für einen Paradigmenwechsel, für eine Entwicklung hin zu einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts entsprechend den Erfordernissen der Rechtsstaatlichkeit oder gar zu einem universellen Konstitutionalismus, d. h. zu einer weltrechtlichen Verfassung der Gesamtheit der Staaten. Gustav Radbruch

¹ Vgl. zu einer ausführlichen enzyklopädischen Darstellung der Menschenrechte Sandkühler 2010; zu Theorie und Geschichte der Menschenwürde vgl. Sandkühler 2014.

² Habermas 1994, S. 660.

hat das Nürnberger Urteil als wichtigen Beitrag zur Entwicklung des *Weltrechts* gewürdigt:

„Im Nürnberger Urteil hat sich in dem vorbildlichen objektiven Geist der angelsächsischen Justiz das furchtbare Bild des zusammengebrochenen Unrechtsstaates jedem, der nicht absichtlich die Augen schließt, unentziehbar dargeboten. Sein Wert für die Zukunft des Völkerrechts ist in drei neuen Gedanken enthalten. 1. Es hat der Erkenntnis zum Durchbruch verholfen, daß das Völkerrecht sich verpflichtend nicht nur an die Staaten wende, sondern auch an die einzelnen Staatsmänner und Staatsbürger und hat damit die Entwicklung des Völkerrechts aus einem internationalen Recht zu einem Weltrecht entscheidend gefördert. 2. Es hat den alten Typen völkerrechtlichen Unrechts, den Kriegsverbrechen, zwei neue Typen an die Seite gestellt: das Verbrechen der Herbeiführung eines Angriffskrieges und das Verbrechen gegen die Menschlichkeit. In dem völkerrechtlichen Interventionsrecht und der internationalen Gerichtsbarkeit über Humanitätsverbrechen ist ein weiterer Schritt vom Völkerrecht zum Weltrecht zu erblicken, die Erkenntnis, daß Verbrechen gegen die Menschlichkeit, auch wenn sie gegen eigene Volksgenossen begangen werden, die ganze Menschheit angehen. 3. Schließlich hat der Nürnberger Prozeß zum Schutz gegen solches völkerrechtliches Unrecht von Staatsmännern und anderen Personen auch ein Völkerstrafrecht geschaffen. Es ist vielfach beanstandet worden, daß entgegen dem Satze *nulla poena sine lege* das neue Völkerstrafrecht mit rückwirkender Kraft in Geltung getreten sei, daß dies im Widerspruch stehe zu der Wiederherstellung des Satzes *nulla poena sine lege*, welche der Kontrollrat dem deutschen Strafrecht auferlegt hat. Dieser Einwand verkennt, daß das Verbot neuen rückwirkenden Strafrechts nur im Rahmen einer Strafrechtskodifikation gelten kann, nicht aber dort, wo das Strafrecht als Richterrecht in der Bildung begriffen ist. [...] Freilich ist das Werk von Nürnberg nur ein Anfang: seine völkerrechtlichen Neuerungen werden sich dann erst als solche bekräftigen, wenn sie künftig nicht von einem Militärgerichtshof der Siegermächte gegen Staatsmänner und Staatsbürger eines besiegten Staates Anwendung finden werden, sondern durch ein internationales Gericht gegen unbesiegte und mächtige Rechtsbrecher.«³

Betont sei aber: Wer – wie ich hier – aus normativen Gründen einer Entwicklung von Recht und Staat *nach menschlichem Maß* und in der Perspektive einer Rechts- und Staatstheorie auf *menschenrechtlicher Grundlage* für einen universellen Konstitutionalismus plädiert, verfolgt nicht die Strategie, unter der

³ Radbruch 1959 (1947), S. 111 f.

Flagge eines ‚konstruktiven‘ bzw. ‚dynamischen‘ Völkerrechts‘ die Fesseln der UN-Charta und des Gewaltverbots lockern wollen.

Im Gegensatz hierzu mehren sich die Stimmen, die für eine ‚dynamische Auslegung der UN-Charta‘ plädieren und damit eine Lockerung des Gewaltverbots anstreben. Zu ihnen gehört Michael Herdegen. In seiner Kommentierung zu Art. 25 GG⁴ stellt er fest, es gebe seit längerer Zeit

„in der Völkerrechtslehre Bestrebungen, den hergebrachten Kanon der Völkerrechtsquellen zu erweitern und das sog. *soft law* einzubeziehen. Mit diesem ‚weichen Recht‘ sind vor allem Resolutionen politischer Organe universell oder regional tätiger Organisationen, namentlich *Resolutionen der UN-Generalversammlung* über grundlegende zwischenstaatliche Ordnungsprinzipien gemeint. Solche Resolutionen mögen einen breiten Konsens der Staatengemeinschaft über geltendes Gewohnheitsrecht indizieren, Wandlungen im Gewohnheitsrecht befördern oder die Fortgeltung gewohnheitsrechtlicher Grundsätze erschüttern.“

Herdegen räumt zwar ein, dass derartige Resolutionen unmittelbar, „d. h. ohne eine hinreichend verfestigte und breite Staatenpraxis [...] selbst bei einem entsprechenden Rechtsbindungswillen der Mitgliedstaaten (der keineswegs zu vermuten ist) kein Völkerrecht“ erzeugen können. Doch flössen „oft die Bekundung schon geltenden Rechts und die Suche nach (neuem) ‚richtigem‘ Recht ineinander“.⁵

Herdegen bestreitet zwar nicht, dass das „völkerrechtliche *Gewaltverbot*, wie es in Art. 2 Nr. 4 der UN-Charta umschrieben ist, [...] längst als universelles Völkergewohnheitsrecht“ gilt. Aber er behauptet: „Auch im Völkergewohnheitsrecht anerkannte Rechtfertigungsgründe für die Anwendung von Gewalt liefern die Resolutionen des UN-Sicherheitsrates nach dem VII. und dem VIII. Kapitel der Charta sowie das Recht auf individuelle und kollektive Selbstverteidigung (Art. 51 UN-Charta).“ Zwar sei für „die gewaltsame *humanitäre Intervention* im Dienste elementarer Menschenrechte (wie sie die NATO-Staaten zum Schutz der Zivilbevölkerung im Kosovo gegen die Bundesrepublik Jugoslawien im Frühjahr

⁴ Art. 25 GG: »Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.«

⁵ Herdegen in Maunz/Dürig, Kommentar z. GG, 63. Erg.lfg. 2011, Art. 25, Rn. 18.

1999 praktiziert haben) [...] die Herausbildung eines gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrundes umstritten“. Dabei sei „jedoch zu beachten, daß in der Staatenwelt und in der Völkerrechtslehre in jüngerer Zeit die Bereitschaft dramatisch zugenommen hat, im Rahmen der UN-Charta das Gewaltverbot in eine Abwägung mit elementaren Menschenrechten zu bringen und so in besonders schwerwiegenden Fällen eine humanitäre Intervention zuzulassen. Hier dürfte eine ‚dynamische‘ Auslegung der UN-Charta über deren Wortlaut hinaus unmittelbar auf völkergewohnheitsrechtliche Regeln durchschlagen. Denn schon angesichts der Geltung der UN-Charta für fast alle Mitglieder der Staatengemeinschaft beanspruchen die mit der Charta vereinbarten Durchbrechungen des Gewaltverbotes auch im universellen Gewohnheitsrecht Geltung.“⁶

Diese ‚dynamische Auslegung‘ hat Konsequenzen auch für das Verständnis des Art. 25 GG bezüglich der *innerstaatlichen* Behandlung fremder Völkerrechtsverletzungen und der Anwendung völkerrechtswidrigen ausländischen Rechts. Das GG verbietet aufgrund des *ius cogens* die Mitwirkung an fremden Völkerrechtsverletzungen. Für Herdegen bedeutet dies jedoch nicht, „daß deutsche Staatsorgane völkerrechtswidrigen Maßnahmen fremder Staaten *stets* die Anerkennung versagen müßten. Vielmehr ist hier eine nuancierende Betrachtung angezeigt«. Es gebe „Fälle, in denen die Bundesrepublik Deutschland bei ihrem Verhalten schlicht *faktischen* Auswirkungen von Völkerrechtsverstößen Rechnung trägt, ohne den völkerrechtswidrigen Zustand (etwa die Annexion fremden Gebiets) anzuerkennen. Dies ist insbesondere in den Fällen unbedenklich, in denen es um den Schutz individueller Belange geht, die sonst auf dem Altar völkerrechtlicher Zwistigkeiten geopfert zu werden drohen.“ Für Herdegen eröffnet dies „*Spielräume bei der Anerkennung völkerrechtswidriger Maßnahmen*“: „Schließlich enthält das Völkerrecht kein allgemeines Gebot, völkerrechtswidrigen Akten stets die Anerkennung zu versagen. Soweit also das Völkerrecht die Anerkennung völkerrechtswidriger Maßnahmen (oder deren Versagung) in das Ermessen der Bundesrepublik Deutschland stellt, beschränkt Art. 25 Satz 1 GG diese Wahlfreiheit nicht. [...] Im übrigen gilt auch hier wieder, daß bei der Behandlung fremder Völkerrechtsverletzungen das Völkerrecht weiten Raum für eine Interessenabwägung (unter Einschluß privater Belange) und eine Berücksichtigung des Zeitablaufs läßt. Dieser Gestaltungsspielraum ist

⁶ Ebd., Rn. 26.

um so weiter, je geringer die Belange der gesamten Staatengemeinschaft betroffen sind.“⁷

Herdegen begründet seine Position insgesamt mit der für ihn unter Bedingungen der ‚Asymmetrien der Staatenwelt‘ *de facto* offensichtlichen „Tendenz zu einem ‚konstruktiven Völkerecht‘“⁸, zum ‚Völkerrecht als Wertordnung‘. Für ihn stellt sich „auch die Frage nach der Akzeptanz des UN-Systems [...], das kollektive Sicherheit allenfalls bei Konkordanz der großen geopolitischen Interessen gewährleisten kann“. Es bestehe „stärker als je zuvor eine ökonomische und militärische Asymmetrie zu Gunsten der Staaten, die dem Leitbild des eigenverantwortlich agierenden Individuums und demokratischer Willensbildung verpflichtet sind. Diese Asymmetrie katalysiert eine Deutung des Völkerechts als Wertordnung. *Dieses Wertordnungsverständnis bricht mit der absoluten Dominanz strikt verstandener Prinzipien wie dem Gewaltverbot und der souveränen Gleichheit. Der Schutz elementarer Menschenrechte und elementarer Lebensinteressen tritt hier gleichberechtigt neben das Integritätsinteresse der einzelnen Staaten.*“⁹ Der Wertordnungsansatz „öffnet herkömmlich formal strukturierte Prinzipien wie das Gewaltverbot einer Abwägung mit kollidierenden Werten. Vor allem entzieht dieser Deutungsansatz der absoluten Dominanz des Integritätsinteresses jedes einzelnen Staates die Grundlage. Nur so lässt sich die Völkerrechtsordnung als komplexe, in sich stimmige Wertordnung überhaupt erhalten. [...] Bei allen Problemen ist ein wertbezogener Deutungsansatz schon wegen der formalen Rigidität, d. h. der faktischen Änderungsresistenz der UN-Charta unverzichtbar. Nur dieser Deutungsansatz sichert auf Dauer die Zukunftsfähigkeit der UN-Charta als ‚*living instrument*‘“.¹⁰

Mit dieser Position geraten entscheidende Erfahrungen des 20. Jahrhunderts mit Terror und Gewalt in Vergessenheit. Die *nicht abwägbare* Norm der Ach-

⁷ Ebd., Rn. 38-40.

⁸ Die Asymmetrien der Staatenwelt befördern „in der Wechselwirkung mit dem aufkommenden Wertordnungsdenken und dem immer dichteren Netz von kodifizierten Normen einen grundlegenden Wandel des Völkerrechts insgesamt: nämlich die Tendenz zu einem ‚konstruktiven Völkerecht‘ (*constructive international law*), das stark von Abwägungsprozessen und der Extrapolation aus universell eindeutig konzidierten Normen lebt.“ (Herdegen 2004, S. 573; vgl. ebd., S. 581 f.). In seinem Buch *Völkerrecht* hat Herdegen in „§ 5. Staatenwelt als Rechtsgemeinschaft und das Völkerrecht als objektive Wertordnung“ das Konzept ‚konstruktives Völkerrecht‘ ausführlich dargelegt.

⁹ Ebd., S. 572. Hervorh. v. mir.

¹⁰ Ebd., S. 575 f.

tung und des Schutzes der Menschenwürde wurde seit 1945 nachdrücklich zu einer „Ermächtigungsklausel gegen Unrechtserfahrungen“¹¹, wie sie nicht dieses oder jenes Individuum als privaten Gründen beklagen mag, sondern die zu einem allgemeinen, weltweit verstandenen Menetekel geworden waren. Unrechtserfahrung war der Grund dafür, dass in der Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (1948) zwei für das Verständnis der Menschenwürde wesentliche Aspekte miteinander verknüpft werden: (i) Die Menschenrechte wurden erklärt, „da die Anerkennung der angeborenen Würde [inherent dignity] und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet, da die Nichtanerkennung und Verachtung der Menschenrechte zu Akten der Barbarei geführt haben, die das Gewissen der Menschheit mit Empörung erfüllen, und da verkündet worden ist, daß einer Welt, in der die Menschen Rede- und Glaubensfreiheit und Freiheit von Furcht und Not genießen, das höchste Streben des Menschen gilt“; (ii) die Aussage zur „Anerkennung der angeborenen Würde“ könnte in einem essenzialistischen Sinne missverstanden werden, stünde sie nicht im Kontext der Anerkennung gleicher unveräußerlicher *Rechte*; weil die Menschenwürde nicht ‚gegeben‘ ist, ist es notwendig, sie – nicht anders als die Menschenrechte – „durch die Herrschaft des Rechtes zu schützen“.¹²

Bei der Entstehung des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland (GG) standen der Holocaust und die Kriegsverbrechen als eine historisch neue Form des Bösen im Vordergrund. Hannah Arendt schrieb am 4. März 1951 an Karl Jaspers: „Was das radikal Böse nun wirklich ist, weiß ich nicht, aber mir scheint, es hat irgendwie mit den folgenden Phänomenen zu tun: Die Überflüssigmachung von Menschen als Menschen (nicht sie als Mittel zu benutzen, was

¹¹ So Wesche 2013.

¹² Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, UN-Resolution 217 A (III) vom 10. Dezember 1948, Präambel. Zuvor hatte bereits die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) in ihrer am 10. Mai 1944 beschlossenen ‚Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation‘ den Würdebegriff eingeführt: “Believing that experience has fully demonstrated the truth of the statement in the Constitution of the International Labour Organisation that lasting peace can be established only if it is based on social justice, the Conference affirms that: (a) all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity”. (<http://www.ilo.org/ilolex/english/iloconst.htm>).

ja ihr Menschsein unangetastet läßt und nur ihre Menschenwürde verletzt, sondern sie qua Menschen überflüssig zu machen).“¹³

Für die *Verrechtlichung* des Schutzes der Menschenwürde und für die Positivierung der Menschenrechte bzw. für ihre Implementierung in einen wiederherzustellenden deutschen Rechtsstaat war eine auf einen einfachen Nenner zubringende Forderung entscheidend: *Gerechtes Recht statt Entrechtung durch Willkür*. Die aus Unrechtserfahrung gewonnene Einsicht lautet: *Menschen behaupten sich gegen sich selbst im Recht*. Entscheidend wurden nach 1945 die von nun an für das Völkerrecht wegweisende Einführung des neuen Straftatbestandes der *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* und insgesamt die Geltung der *Nürnberger Prinzipien*.¹⁴ Das Neue war die Einbeziehung staatlicher Verbrechen in ein nun internationalisiertes, die Souveränitätsgrenzen von Staaten sprengendes Strafrecht, verbunden mit der Zurechnung individueller Verantwortung auch zu Funktionsträgern des Staates.

In diesem Kontext wurde die Frage *Welches Recht?* zentral, die Frage nach der *Legitimität* von Recht und Staat. Niemand, auch nicht der radikalste Positivist, konnte nach 1945 noch zu der Aussage ‚Gesetz ist Gesetz‘ Zuflucht nehmen, d.h. zur Behauptung, jegliches Recht sei – weil ‚gesetztes Recht‘ – als ‚richtiges Recht‘ anzuerkennen. Die ‚Rassen‘-Gesetzgebung und andere Gesetze des Nationalsozialismus forderten Gustav Radbruch, den Rechtsphilosophen und sozialdemokratischen Rechtspolitiker der Weimarer Republik, heraus, mit der nach ihm benannten ‚Formel‘ die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen. In *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* schrieb er 1946: „Keineswegs ist Recht alles das, ‚was dem Volke nützt‘, sondern dem Volke nützt letzten Endes nur, was Recht ist, was Rechtssicherheit schafft und Gerechtigkeit erstrebt.“ Aus dem hierauf folgenden Satz spricht ein Rechtspositivismus, dem Gerechtigkeits-Grenzen gesetzt sind: „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 unzweckmäßig 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.*“¹⁵

¹³ H. Arendt an K. Jaspers, den 4. März 1951. In: Köhler/Saner 2001, S. 202.

¹⁴ Siehe hierzu Sandkühler 2013, S. 463–468.

¹⁵ Radbruch 1946, S. 215 f.; Hervorh. v. mir. In seiner 1947 posthum veröffentlichten Vorlesungsnachschrift *Vorschule der Rechtsphilosophie* heißt es vergleichbar: „Wo [...] Gerechtigkeit

Das ‚richtige Recht‘, das die Voraussetzung nicht nur der Legalität, sondern auch der Legitimität der Staaten ist, hat seine Quelle nicht in privaten, miteinander konkurrierenden moralischen Intuitionen. Es existiert im System der *positivierten* bürgerlichen und politischen, sozialen, ökonomischen und kulturellen Menschenrechte und in den ihnen entsprechenden bzw. aus ihnen weiter zu entwickelnden Grundrechten. Die Frage, ob diese Rechte universelle Geltung haben und ob ihre Geltung begründbar ist, stellt sich nicht. Ihre rechtliche *Geltung* gründet in dem, was in Menschenrechtspakten vertraglich ausgehandelt worden ist, und in den *Weltrechtsprinzipien* des sich entwickelnden *ius cogens*, des für alle Staaten geltenden ‚zwingenden Rechts‘.

keit nicht einmal erstrebt wird, können die so geschaffenen Anordnungen nur Machtsprüche sein, niemals Rechtssätze [...]; so ist das Gesetz, das gewissen Menschen die Menschenrechte verweigert, kein Rechtssatz. Hier ist also eine scharfe Grenze zwischen Recht und Nicht-Recht gegeben“. (Radbruch 1947, S. 34; vgl. auch ebd., S. 33). Mit seinem Urteil vom 14. Februar 1968 zur Ausbürgerung jüdischer Menschen durch das NS-Regime hat das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seinen Leitsätzen an die ‚Radbruch-Formel-Formel‘ anknüpft: „1. Nationalsozialistischen ‚Rechts‘vorschriften kann die Geltung als Recht abgesprochen werden, wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde. 2. In der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 [...] hat der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß sie von Anfang an als nichtig erachtet werden muß. 3. Einmal gesetztes Unrecht, das offenbar gegen konstituierende Grundsätze des Rechtes verstößt, wird nicht dadurch zu Recht, daß es angewendet und befolgt wird.“

3. Die Revolutionierung des Völkerrechts und das *ius cogens*

Die mit den Nürnberger Prinzipien¹ begonnene Rechtsrevolution hat das Völkergewohnheitsrecht als zwischenstaatliches, freiwillig ausgehandeltes und

¹ Völkerrechtlich verankert wurden die sieben ‚Nürnberger Prinzipien‘ am 29. Juli 1950 durch die am 21. November 1947 eingerichtete ‚International Law Commission‘ (ILC) der Vereinten Nationen (UN-Generalversammlung, Resolution 174 (II)): “*Principle I.* Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment. *Principle II.* The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law. *Principle III.* The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law. *Principle IV.* The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him. *Principle V.* Any person charged with a crime under international law has the right to a fair trial on the facts and law. *Principle VI.* The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law: (a) Crimes against peace: Planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression or a war in violation of international treaties, agreements or assurances; Participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the acts mentioned under (i). (b) War crimes: Violations of the laws or customs of war which include, but are not limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave-labour of for any other purpose of civilian population of or in occupied territory; murder or ill-treatment of prisoners of war, of persons on the Seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity. (c) Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime. *Principle VII.* Complicity in the commission of a crime against peace, a war

jederzeit veränderbares Vertragsrecht durch fundamentale Prinzipien des Internationalen Rechts grundlegend verändert: durch *materielle*, den Interessen der gesamten Menschheit entsprechende Normen des zwingenden, nicht zur Disposition der Staaten stehenden *ius cogens* und durch die aus ihnen folgenden Verpflichtungen *erga omnes* (gegenüber allen). „Schon seit Jahrzehnten wird beobachtet, dass sich das Völkerrecht von einer Ordnung der Koexistenz zu einem Kooperationsrecht wandelt, das nicht nur die Interessen einzelner Staaten, sondern auch Gemeininteressen umfasst. Damit gibt es nicht mehr nur ein kompromissartiges, konkret problemorientiertes Völkerrecht, sondern auch universelle ethische Grundlagen, denen das Handeln der Staaten entsprechen muss. [...] Dieser Wandel des Völkerrechts ist nicht nur punktuell, sondern grundsätzlich. Normen, die den Minimalbestand der internationalen Ordnung sichern, bringen besondere Rechtsfolgen hervor, wie in den Normkategorien des *ius cogens* und der Pflichten *erga omnes* zum Ausdruck kommt. [...] Diese zunächst genuin völkerrechtlichen Normkategorien beginnen inzwischen auch im innerstaatlichen Bereich Wirkungen zu zeigen. [...] Klassische Ordnungselemente des Völkerrechts stehen im Widerstreit mit Normgehalten, die in der Vergangenheit Sache der Verfassungsordnungen der Staaten waren. Zugleich hat das Völkerrecht mehr und mehr Normen aufgenommen, die verfassungsrechtlichen Charakter haben und ihrerseits auf staatliches Recht zurückwirken.“²

Den Staaten sind durch *peremptory norms of general international law* Grenzen ihres Handelns gesetzt, und sie sind unter Androhung von Sanktionen auf die Achtung und den Schutz grundlegender Menschenrechte verpflichtet.³ Alle Staaten sind einem internationalen System des Rechts unterworfen, in dem bestimmte menschenrechtliche Normen unbedingt gelten; diese können weder durch Vorbehalte zu Menschenrechtskonventionen noch durch nationale Notstands-Regelungen relativiert werden.

crime, or a crime against humanity as set forth in Principle VI is a crime under international law.”

² Kadelbach 2004, S. 11 f.

³ Eine allgemein akzeptierte Definition dessen, was im Unterschied zu anderen Menschenrechten ‚grundlegende‘ Menschenrechte sind, existiert nicht. Vorausgesetzt wird aber, dass nicht alle Menschenrechte zu den durch das *ius cogens* geschützten Rechten gehören. Das Verbot von Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Völkermord, Angriffskriegen, Versklavung, Rassendiskriminierung und Apartheid sowie Folter stellt derzeit den Kernschutzbereich dar, der im Prozess der Konstitutionalisierung des Völkerrechts weiter auszugestalten bleibt.

Während das Völkergewohnheitsrecht den Beitritt von Staaten zu Verträgen voraussetzte, dürfen *peremptory norms* unabhängig von der Zustimmung zu Verträgen von keinem Staat verletzt werden. Mit ihrer Resolution 56/83 vom 12. Dezember 2001 zur ‚Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen‘⁴ hat die UN-Generalversammlung – „*betonend*, wie wichtig auch weiterhin die Kodifizierung und fortschreitende Entwicklung des Völkerrechts ist, wie in Artikel 13 Absatz 1 a) der Charta der Vereinten Nationen vorgesehen“ – die 59 Artikelentwürfe (*Draft Articles*) der UN-Völkerrechtskommission (ILC) zustimmend zur Kenntnis genommen.⁵ Sie stellen Grundregeln (*basic rules*) des humanitären Völkerrechts und Bestandteile des *ius cogens* dar. Darin heißt es:

„Artikel 1. Verantwortlichkeit eines Staates für seine völkerrechtswidrigen Handlungen. Jede völkerrechtswidrige Handlung eines Staates hat die völkerrechtliche Verantwortlichkeit dieses Staates zur Folge. Artikel 2. Elemente der völkerrechtswidrigen Handlung eines Staates. Eine völkerrechtswidrige Handlung eines Staates liegt vor, wenn ein Verhalten in Form eines Tuns oder eines Unterlassens a) dem Staat nach dem Völkerrecht zurechenbar ist und b) eine Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung des Staates darstellt. Artikel 3. Beurteilung der Handlung eines Staates als völkerrechtswidrig. Die Beurteilung der Handlung eines Staates als völkerrechtswidrig bestimmt sich nach dem Völkerrecht. Diese Beurteilung bleibt davon unberührt, dass die gleiche Handlung nach innerstaatlichem Recht als rechtmäßig beurteilt wird. [...] Artikel 5. Verhalten von Personen oder Stellen, die hoheitliche Befugnisse ausüben. Das Verhalten einer Person oder Stelle, die kein Staatsorgan [...] ist, die jedoch nach dem Recht des betreffenden Staates ermächtigt ist, hoheitliche Befugnisse auszuüben, ist als Handlung des Staates im Sinne des Völkerrechts zu werten, sofern die Person oder Stelle im Einzelfall in dieser Eigenschaft handelt. [...] Kapitel III. Schwerwiegende Verletzungen von Verpflichtungen, die sich aus zwingenden Normen des allgemeinen Völkerrechts ergeben. Artikel 40. Anwendungsbereich dieses Kapitels. 1. Dieses Kapitel findet Anwendung auf die völkerrechtliche Verantwortlichkeit, die begründet wird, wenn ein Staat eine sich aus einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts ergebende Verpflichtung in schwerwiegender Weise verletzt. 2. Die Verletzung einer solchen Ver-

⁴ UN-Dokument A/56/589 und Corr.1, Ziffer 10.

⁵ Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 589 (A/56/589 and Corr. 1).

pflichtung ist schwerwiegend, wenn sie eine grobe oder systematische Nichterfüllung der Verpflichtung durch den verantwortlichen Staat bedeutet.“⁶

Einen entscheidenden Schritt in der Entwicklung des Internationalen Rechts stellt das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge⁷ (1969, 1980 in Kraft getreten) dar. Es führt in Art. 53 die Unterscheidung zwischen zwingendem (*ius cogens*) und abwandlungsfähigem (*ius dispositivum*) Völkerrecht ein. Die zum *ius cogens* zählenden Normen genießen einen besonderen Bestandschutz. *Sie sind unabhängig von der vertraglichen Übernahme durch einen Staat aufgrund allgemeinen Völkerrechts für alle Staaten bindend.* Dieses höherrangige internationale Recht bricht nationales Recht, wenn dieses Rechtsprinzipien widerspricht, die zur Werteordnung der Gesamtheit der Staaten gehören.

Gemäß dem Wiener Übereinkommen ist jeder Vertrag, der eine *ius-cogens*-Norm verletzt, *ex tunc* (von Anbeginn) null und nichtig. Art. 53 bestimmt zu ‚Verträgen im Widerspruch zu einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts (*ius cogens*)‘: ‚Ein Vertrag ist nichtig, wenn er im Zeitpunkt seines Abschlusses im Widerspruch zu einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts steht. Im Sinne dieses Übereinkommens ist eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann.‘ Darüber hinaus gilt gem. Art. 64: ‚Entsteht eine neue zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts, so wird jeder zu dieser Norm im Widerspruch stehende Vertrag nichtig und erlischt.‘

Staaten sind nach Art. 41 Abs. 1 verpflichtet, der schwerwiegenden Verletzung einer Verpflichtung aus einer zwingenden Rechtsnorm kollektiv ‚mit rechtmäßigen Mitteln ein Ende zu setzen‘; nach Art. 41 Abs. 2 darf kein Staat einen Zustand, der durch eine schwerwiegende Verletzung im Sinne des Art. 40 herbeigeführt wurde, als rechtmäßig anerkennen.

⁶ ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Annex. UN-Dokument A/RES/56/83 (Vorauskopie des Deutschen Übersetzungsdienstes, Vereinte Nationen, New York).

⁷ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (BGBl. 1985 II S. 927). Vgl. auch das erweiterte ‚Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen‘ von 1986 (BGBl. 1990 Teil II Seite 1415).

Das *ius cogens* verbietet Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Völkermord, Angriffskriege, Versklavung, Rassendiskriminierung und Apartheid sowie Folter; es gebietet Grundnormen des humanitären Völkerrechts und das Recht auf Selbstbestimmung.⁸ Diese Verbots- und Gebotsliste ist nicht erschöpfend, sondern offen für weitergehende menschenrechtliche Normierung. Bezüglich Zivilpersonen gelten gem. Art. 147 des IV. Genfer Abkommens Verbote mit zwingendem Rechtscharakter: Verboten sind „vorsätzlicher Mord, Folterung oder unmenschliche Behandlung, einschliesslich biologischer Experimente, vorsätzliche Verursachung grosser Leiden oder schwere Beeinträchtigung der körperlichen Integrität der Gesundheit, ungesetzliche Deportation oder Versetzung, ungesetzliche Gefangenhaltung, Nötigung einer geschützten Person zur Dienstleistung in den bewaffneten Kräften der feindlichen Macht oder Entzug ihres Anrechts auf ein ordentliches und unparteiisches, den Vorschriften des vorliegenden Abkommens entsprechendes Gerichtsverfahren, das Nehmen von Geiseln sowie Zerstörung und Aneignung von Gut, die nicht durch militärische Erfordernisse gerechtfertigt sind und in großem Ausmaß auf unerlaubte und willkürliche Weise vorgenommen werden.“⁹

Das zwingende Völkerrecht hat zu einer Prioritätenveränderung von der Dispositionsfreiheit der Staaten in Richtung des menschenrechtlichen Schutzes der Individuen geführt. Es „begrenzt den Raum dessen, was für Staaten politisch möglich ist. Es schlägt Pflöcke in das Feld der internationalen Beziehungen und begrenzt die Spielräume aller ‘global players’. Mit den geltenden völkerrechtlichen *Ius-cogens*-Normen ist Staaten auch eine Grenzmarkierung für das vorgegeben, was sie im politischen Dialog untereinander verabreden können.“¹⁰

⁸ Die ILC hat bei der Formulierung von Art. 53 des Wiener Übereinkommens auf Beispiele für den sich aus *ius-cogens*-Normen ergebenden Schutzbereich verzichtet, die genannten Fälle aber in ihrem Kommentar zu Art. 50 des Entwurfs (jetzt Art. 53) genannt. (ILC, Kommentar zu Art. 50 WKV-E, Y.B. International Law Commission 1966, Vol. II, S. 247 ff.).

⁹ Die ILC hat allerdings 1969 auch festgestellt, man verfüge über kein einfaches Kriterium, das es erlaube, zu erkennen, ob eine Norm dem *ius cogens* angehört. „In seinem Atomwaffengutachten von 1996 hatte der IGH festgestellt, daß die ‚fundamentalen Regeln (*fundamental rules*)‘ der Haager und Genfer Abkommen sogar unabhängig von der Ratifikation entsprechender Instrumente von allen Staaten eingehalten werden müssen, weil sie ‚unantastbare Grundsätze‘ (*intransgressibles principles*)‘ des Völkergewohnheitsrechts darstellen. Aber auch hier blieb offen, um welche Einzelbestimmungen es geht.“ (Pfeffroff 2006, S. 32).

¹⁰ Ebd., S. 35.

Festzustellen bleibt freilich hinaus, dass das *ius cogens* bisher die Spielräume der global players in menschenrechtlicher Hinsicht nur selektiv begrenzt. Es verpflichtet die Staaten auf die Achtung und den Schutz *grundlegender* Menschenrechte, klammert aber bis heute einen großen Teil der fundamentalen Menschenrechte aus: die Rechte, die Gegenstand des Internationalen Pakts über *wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* sind.

4. Die Würdenorm, die Menschenrechte und das Neutralitätsgebot im demokratischen Rechtsstaat

Individuen sind frei, ihr jeweiliges *Verständnis* der Menschenrechte und der Würdenorm entsprechend ihren ethischen, religiösen und sonstigen Präferenzen solange selbst zu bestimmen, wie sie die universelle juridische Geltung dieser Normen und die Rechte Dritter nicht unterlaufen. Für den demokratischen Rechtsstaat gibt es diese Freiheit der Wahl nicht. Das Neutralitätsgebot setzt ihm Grenzen: „Der freiheitliche Verfassungsstaat kann und will [...] keine Gewißheitsaussagen über – im wahrsten Sinne des Wortes – Gott und die Welt treffen [...]. Der freiheitliche Verfassungsstaat ist nicht der ‚Hüter eines Heilsplanes‘, sondern organisiert die demokratische Legitimation und rechtsstaatliche Limitation der Ausübung von Staatsgewalt und sucht die politische wie private Freiheit aller Bürger zu garantieren.“¹

Die Säkularisierung der Ideen der Menschenrechte und der Menschenwürde hatte ihren Preis – den „Abstieg vom Göttergeschenk zum legislativen Produkt“²: „Sie kommt von ganz oben, die Menschenwürde. Als ‚Göttergeschenk der menschlichen Vernunft‘ und ‚Ebenbild Gottes im Menschen‘ oder ‚verpflichtende Gabe Gottes‘ entspringt ihre theologisch-philosophische Idee dem Jenseits. Seit ihrer Geburt versucht sie, sich rechtlich im Diesseits einzurichten. Dazu muss sie freilich, unter dem Zeichen der Säkularisierung, zunächst ihre sakrale Robe ablegen.“³ Der Preis eines *Zurück* hinter den so erreichten Stand wären der Ausschluss der jeweils von einem ‚Selbst‘ her definierten ‚Anderen‘

¹ So Dreier 2013a, S. 32.

² Frankenberg 2003, S. 211.

³ Ebd., S. 210.

aus dem Kreis der Rechtssubjekte und im Extremfall der fundamentalistische Religions- bzw. Weltanschauungskrieg, der im Namen der ‚wahren‘ Moral zu Gewalt führt.

Das Neutralitätsgebot ist eine notwendige Folge der Pluralität von Werteeinstellungen und Moralen in der modernen Demokratie, in der eine „standortgebundene ‚Aufladung‘ der Menschenwürde, ihre Besetzung mit partikulären ethischen Meinungen oder philosophischen Spekulationen“⁴ vermieden werden muss. Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) so gesehen: „Das Grundgesetz legt [...] nicht etwa einen ‚ethischen Standard‘ im Sinne eines Bestandes von bestimmten weltanschaulichen Prinzipien fest [...]. Der ‚ethische Standard‘ des Grundgesetzes ist vielmehr die Offenheit gegenüber dem Pluralismus weltanschaulich-religiöser Anschauungen angesichts eines Menschenbildes, das von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung bestimmt ist. In dieser Offenheit bewährt der freiheitliche Staat des Grundgesetzes seine religiöse und weltanschauliche Neutralität.“⁵

⁴ Dreier in Dreier 2013, Art. 1 I, Randnummer (Rn.) 168.

⁵ BVerfGE 21, 49 (102).

5. Menschenwürde als Grund der Menschenrechte und ihre Konkretisierung in den Menschen- und Grundrechten

In der deutschen Geschichte bedeutet das maßgeblich von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 geprägte, 1949 in Kraft getretene GG aufgrund der zentralen Stellung der Würdenorm „das Gegenprogramm zur totalitären Mißachtung des Individuums“.¹ In der Verfassungsrechtslehre und in Entscheidungen des BVerfG wird Art. 1 Abs. 1 GG als „Grundnorm“², „oberster Verfassungswert“³, als die „Wurzel aller Grundrechte“ und „mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig“⁴ oder auch als Verfassungsgarantie mit „der Bedeutung eines höchsten Menschenrechtes“⁵ bezeichnet. Art. 1 GG beinhaltet die „Basisnorm für die nachfolgenden Grundrechte“.⁶ Laut BVerfG sind „sämtliche Grundrechte Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde“.⁷

Der Satz über die ‚Unantastbarkeit der Menschenwürde‘ ist drückt kein vages Ideal aus, sondern er ist ein unbedingt bindender *Rechtssatz*⁸, der die

¹ Dreier in Dreier 2013, Art. 1 I, Rn. 41 f.

² Vgl. BVerfGE 27, 344 (351); 32, 273 (379); 34, 238 (245).

³ BVerfGE 109, 279 (115).

⁴ BVerfGE 93, 266 (116).

⁵ Maihofer 1968, S. 103.

⁶ Hain 2006, S. 190.

⁷ BVerfGE 93, 266 (116).

⁸ Vgl. Kunig 2000, Rn. 18, S. 76: „Der Begriff ‚Menschenwürde‘ ist ein *Rechtsbegriff* [...] Daß er in hohem Maße unbestimmt ist, nimmt ihm die Eigenschaft als Rechtsbegriff nicht.“ Vgl. insgesamt zur Bedeutung und systematischen Stellung der Menschenwürde im GG Dreier 2005.

„Selbstrelativierung rechtlich gebundener Herrschaft“ zum Ausdruck bringt.⁹ Er normiert die Beziehung zwischen Individuen als Achtungs- und Schutzadressaten und dem Staat; aus ihm folgt insofern eine mittelbare Drittwirkung, als der Staat verpflichtet ist, auch Würdeverletzungen von Personen durch Personen rechtlich zu ahnden. Sobald ‚Menschenwürde‘ nicht als Rechtsbegriff verstanden wird, öffnen sich die Türen für private Interpretationen und für ideologische Kämpfe um die Interpretationshoheit.

Im GG sind die Menschenwürde und die Menschenrechte untrennbar miteinander verbunden: „Art. 1 (2) Das Deutsche Volk bekennt sich *darum* zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“¹⁰ Dies bedeutet, dass die Grundrechte „auch als Ausprägung der Menschenrechte zu verstehen sind und diese als Mindeststandard in sich aufgenommen haben“.¹¹

Die Würdenorm ist die Bedingung der Möglichkeit des als ‚richtiges‘, d.h. gerechtes Recht verstandenen Rechts¹²; und ohne richtiges, die positivierten Menschenrechte implementierendes Recht gibt es keinen Schutz der Menschenwürde. Der Maßstab zur Beurteilung des Rechts ist nicht in privaten Moralien zu finden, sondern in den Menschenrechten in ihrer *juridischen* Form.

Die Menschenrechte sind *in ihrer Einheit* als bürgerliche und politische sowie wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte „Rechte, welche einem jeden Menschen ungeachtet aller seiner sonstigen Eigenschaften allein kraft seines Menschseins zukommen (sollen)“.¹³ Probleme ergeben sich daraus, dass das, was ‚zukommt‘, zugleich ‚gesollt‘ ist. Kommen den Menschen ihre Würde und Rechte ‚von Natur aus‘ und unveränderbar zu? Oder *sollen* sie ihnen durch Ver-

⁹ Herdegen, GG Art. 1 Abs. 1. In: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar. 65. Ergänzungslieferung 2012, Rn. 1.

¹⁰ Hervorh. v. mir.

¹¹ Jarras in Jarras/Pieroth 2012, Rn. 26.

¹² Tiedemann 2010, S. 528: „Die wichtigste Bedeutung, die die Menschenwürde für das Recht hat, besteht darin, dass nur da, wo sie anerkannt wird, Recht überhaupt möglich ist. Die Achtung der Menschenwürde ist also, um es in der etwas sperrigen Ausdrucksweise *Immanuel Kants zu sagen*: eine *Bedingung der Möglichkeit von Recht*. In diesem Sinne ist die Menschenwürde ein Konstitutionsprinzip jeder Rechtsordnung.“ Die Unterscheidung zwischen ‚Recht‘, das – formal gesehen – auch in Unrechtssystemen gesetzt sein kann, und ‚richtigem Recht‘, ist im Kontext der Menschenwürde zwingend. Insofern greift die Behauptung zu kurz: „Ein Rechtssystem kann schlechterdings keine Rechtsmacht zur Verletzung von Menschenwürde erzeugen“. (Ebd., S. 532).

¹³ Tomuschat 1992, S. 1.

rechtlichung sich historisch wandelnder moralischer Ansprüche zukommen und dann als positivierte Rechte zustehen?

Als Weg zwischen der Skylla des voraufklärerischen metaphysischen Naturrechts und der Charybdis eines Recht und Moral strikt trennenden ‚harten‘ Rechtspositivismus bietet sich ein ‚transzendentes‘ Argument im Sinne der Kelsen’schen Begründung der ‚Grundnorm‘ an. Es hat zwar kein empirisches Korrelat, muss aber als Bedingung der Möglichkeit einer vertretbaren Begründung des Rechtssystems gedacht werden: Die Rechte von Menschen für Menschen existieren weder ‚vorstaatlich‘ noch ‚überpositiv‘, sondern in eben dem Sinne *juxta-staatlich* (neben dem Staat), wie das Individuum als Juxtastruktur zur Gesellschaft existiert, auf die es nicht reduziert werden kann. Zu diesem Argument gehört, dass im demokratischen Rechtsstaat unterstellt werden muss: Das Recht auf die Achtung und den Schutz der Menschenwürde ergibt sich daraus, dass es *alle für alle* anerkennen sollen.¹⁴

¹⁴ In der Verfassung des Landes Brandenburg vom 20. August 1992 folgt entsprechend auf Art. 7 Abs. 1 – „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt und Grundlage jeder solidarischen Gemeinschaft“ – Abs. 2 „Jeder schuldet jedem die Anerkennung seiner Würde.“

6. Gerechtigkeit und die Idee des Rechts

Radbruch hat 1932 in seiner *Rechtsphilosophie* geschrieben: „Die Idee des Rechts kann [...] keine andere sein als die Gerechtigkeit.“¹ Ob aber das Recht durch den *ethischen* Begriff der Gerechtigkeit als ‚richtiges‘ Recht begründet werden kann – und wenn ja: was ‚Gerechtigkeit‘ bedeutet – ist umstritten. Recht und Gerechtigkeit sind oft nicht in Übereinstimmung, denken wir etwa an verletzte Geschlechtergleichheit oder an Defizite sozialer Gerechtigkeit. Was gerechtes Recht sein soll, ergibt sich *ex negativo*, aus Unrechtserfahrung, aus dem, was nicht sein soll – aus der Verletzung der Würde der Menschen und aus den aus der Würdenorm ableitbaren Ansprüchen auf Gerechtigkeit. Gerechtigkeit wird erst im Rahmen des Rechts wirksam, in dem eine individuelle Interessen übergreifende Verständigung über ein ‚gutes Leben‘ und über die zu dessen Verwirklichung notwendigen fairen Verfahren, Institutionen und Mechanismen möglich ist. Dies nennt John Rawls in *A Theory of Justice* hinsichtlich der Gesetze und der Justiz „Gerechtigkeit als Regelhaftigkeit“: „Ein Gesetzssystem ist ein System öffentlicher Zwangsregeln, die sich an vernunftbegabte Menschen wenden, um ihr Verhalten zu regeln und einen Rahmen für die gesellschaftliche Zusammenarbeit zu schaffen. Sind diese Regeln gerecht, so bilden sie eine Grundlage für berechnete Erwartungen, Gründe für gegenseitiges Vertrauen und für berechnete Beschwerde, wenn die Erwartungen nicht erfüllt werden.“²

Das Grundrechtssystem verschafft der rechtsstaatlichen Demokratie eine Legitimationsbasis, die im parlamentarischen Mehrheitsprinzip allein nicht mehr gegeben ist; vielmehr sind die Menschen- und Grundrechte in ihrer positivierten

¹ Radbruch 2003, S. 34.

² Rawls 1979, S. 266.

Form der Maßstab zur Beurteilung der Akzeptabilität von Mehrheitsentscheidungen. *Insofern ist dieses Rechtssystem zugleich der Spiegel einer universalisierbaren und universalisierten Moral.* Es ist die Moral, die in der gegenwärtigen Welt den breitesten möglichen Konsens auf sich vereinigt.

Zum gerechten Recht gehört, dass ‚Menschenwürde‘ nicht nur bedeutet, Abwehrrechte gegen den Staat zu haben, sondern auch den legitimen Anspruch auf soziale Teilhabe- und Gewährleistungsrechte im Staat. Die Anerkennung der in der Menschenwürde gründenden Rechte erfordert gesellschaftliche Verhältnisse, in denen ihr Schutz sowohl durch den Rechtsstaat *als auch durch den Sozialstaat* institutionell gesichert ist. Auch soziale Rechte sind *Freiheitsrechte*. Der Rechtsstaat ist *intrinsisch* Sozialstaat. *De facto* hat der Sozialstaat jedoch unter den heute gegebenen Bedingungen eine paradoxe Funktion: Er muss die mit der ‚freien‘ Marktwirtschaft verbundene Tendenz zur Ungleichheit ausgleichen; zugleich stabilisiert er die bestehende Wirtschaftsordnung.³

Menschenwürde, Gleichheit, Freiheit, Gerechtigkeit und Solidarität bilden die unauflösbar miteinander verbundenen Glieder der Kette der Menschenrechte. Im GG aber sind soziale Rechte nur marginal verankert. Das Sozialstaatsprinzip des GG ist eine allgemeine, weitgehend abstrakte Norm und ein Postulat, *eine Staatszielbestimmung, deren Inhalt unterbestimmt ist.* Es ist laut BVerfG „ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip“.⁴ Eine kritische Position hierzu hat Wolfgang Abendroth bereits in den 1950er Jahren vertreten. Für ihn hatte das Ende der Weimarer Republik historisch bewiesen, „dass auf lange Sicht in unserer Zeit Demokratie als bloß formale Demokratie nicht mehr möglich ist, und dass mit der formalen Demokratie auch die durch den Liberalismus entwickelten kulturellen Werte verschwinden müssen, wenn es nicht gelingt, durch Umwandlung der formalen Demokratie des Staates in die soziale der Gesellschaft einer positiven Lösung zuzusteuern“.⁵

³ Auf diese Ambivalenz hat Eduard Heimann bereits 1929 in *Soziale Theorie des Kapitalismus* hingewiesen; er sprach vom „konservativ–revolutionäre[n] Doppelwesen“, der „Doppelstellung der Sozialpolitik als Fremdkörper und zugleich als Bestandteil im kapitalistischen System“ (Heimann 1980, S. 168).

⁴ BVerfGE 5, 85 (198).

⁵ Abendroth 2008, S. 343.

7. Volkssouveränität und Demokratie

Demokratie ist die Form der *Selbstherrschaft des Volkes*, der Ausdruck der *Volkssouveränität*. Ist diese Aussage normativ und faktisch zutreffend? „In einer Demokratie“ – so das BVerfG – „muß sich die Willensbildung [...] vom Volk zu den Staatsorganen, nicht umgekehrt von den Staatsorganen zum Volk hin, vollziehen. Die Staatsorgane werden durch den Prozeß der politischen Willensbildung des Volkes, der in die Wahlen einmündet, erst hervorgebracht“.¹

„Vom Volk zu den Staatsorganen“: Ist Demokratie die hier unterstellte Herrschaft des Volkes? Was bedeutet der Satz „Wir sind das Volk“ in einer pluralistischen Gesellschaft, in der Menschen mit unterschiedlichen, gar unvereinbaren Interessen, unterschiedlicher ethnischer Herkunft und verschiedenen religiösen, moralischen und politischen Überzeugungen zusammenleben? Würde der verklavte Amo zu diesem Volk gehören? Gibt es ‚das Volk‘ als ‚Wir‘? Können wir uns mit Gewissheit darauf verlassen, dass dieses ‚Wir‘ die Grundlage guter und gerechter Herrschaft ist, einer Herrschaft von Freien und Gleichen, die in gleichem Maße dem Wohl aller verpflichtet sind? Dies ist offensichtlich nicht so, auch dann nicht – oder, wie im Falle des Nationalsozialismus, gerade dann nicht –, wenn ein Volk sich mit ‚seiner‘ Herrschaft identifiziert.

Die Idee Volkssouveränität² ist im Kampf gegen das *ancien régime* absolutistischer Macht mit der Idee eines ‚ursprünglichen Vertrags‘ aller mit allen und im Zusammenhang mit der Forderung nach Menschenrechten entstanden – im Kampf um die menschenrechtliche Begrenzung der Macht des Staates zugunsten individueller Freiheit. ‚Volkssouveränität‘ war und ist kein deskriptiver, sondern

¹ BVerfGE 20, 56 (135 ff.).

² Zum ‚Volk‘ der Volkssouveränität vgl. Maus 1994, S. 203 ff.; vgl. Maus 2011.

ein normativer Begriff. Er bezeichnet den Anspruch, dass nicht die Macht eines Einzelnen, sondern ‚alle‘ in Gleichheit³ dazu berufen sind, eine Herrschaft zu begründen, die Freiheit und Schutz vor Unterdrückung ermöglicht.⁴

‚Volkssouveränität‘ ist – nicht anders als die Idee des Gesellschaftsvertrages – ein für die Theorie legitimer Herrschaft notwendiges Gedankenexperiment mit der Fiktion ‚das Volk‘.⁵ Man versteht die Funktion dieser Fiktion nur dann rich-

³ Grzeszick betont zu Recht, dass die *demokratische Gleichheit* eine grundsätzlich *formale Gleichheit* ist. Anknüpfungspunkt der demokratischen Gleichheit sei allein die Eigenschaft als Staatsbürger; weitere Abstufungen nach Würdigkeit, Verdienst, Erfahrung, Bildung oder Leistung seien ihr fremd. Die demokratische Gleichheit der Staatsbürger in Bezug auf ihre politischen Mitwirkungsrechte sei deshalb als eine formale Gleichheit zu verstehen. (Vgl. Grzeszick in Maunz/Dürig, Kommentar z. GG, 63. Erg.lfg. 2011, Art. 20).

⁴ Joseph A. Schumpeter hat diesem normativen Begriff von Volkssouveränität in *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie* (1942) kritisch entgegengehalten, dass, „ausgenommen den Fall der ‚mittelbaren Demokratie‘, das Volk als solches niemals tatsächlich herrschen oder regieren kann [...] Jenseits der ‚unmittelbaren Demokratie‘ liegt ein unbegrenzter Reichtum von möglichen Formen, in denen das ‚Volk‘ an den Regierungsgeschäften teilnehmen oder jene, die tatsächlich herrschen, beeinflussen oder kontrollieren kann. Keine dieser Formen, namentlich keine der durchführbaren, hat einen offenkundigen oder exklusiven Anspruch darauf, ‚Regierung durch das Volk‘ genannt zu werden, wenn diese Worte in ihrem natürlichen Sinn verstanden werden. Wenn eine von ihnen einen solchen Titel erwirbt, so kann sie dies nur kraft einer willkürlichen Abmachung über die Definition der Bedeutung, die dem Ausdruck ‚herrschen‘ beigelegt werden soll. Eine solche Abmachung ist natürlich immer möglich: das Volk herrscht in Tat und Wahrheit nie, aber durch Definition kann es immer dazu gebracht werden.“ (Schumpeter 1972, S. 390).

⁵ Der Öffentlichrechtler Rudolf Steinberg hat den fiktiven Charakter des verfassungsrechtlichen Volksbegriffs betont: „Das ‚Volk‘ existiert als handlungsfähige Einheit nur als Fiktion. Dass dies die Staatsrechtslehre nicht in den Blick nimmt, lässt sich auf zwei Ursachen zurückführen: Bestimmend ist zum einen die Auffassung der rechtspositivistischen Staatslehre, die die realistischen und empirischen Lehren ausdrücklich ablehnt und das Volk ausschließlich zu einem juristischen Konstrukt als Staatsvolk erklärt. Die andere Ansicht – vertreten von Carl Schmitt – behauptet im Anschluss an Jean-Jacques Rousseau ‚die Homogenität und Identität des Volkes mit sich selbst‘. [...] Es ist offensichtlich, dass ‚das‘ Volk als identitäres, homogenes Phänomen nicht existiert. Das Volk besteht vielmehr aus einer Vielzahl regionaler, ethnischer, ökonomischer, politischer, religiöser oder weltanschaulicher sowie durch Geschlecht, Alter, Bildung und Interessen vielfach sozial differenzierter Gruppierungen. Diese sind durch das einigende Band der Geschichte, der Kultur und auch der Verfassung zu einer stets aufgegebenen Einheit zusammengefügt. ‚Das Volk‘ der Demokratie erweist sich somit angesichts seiner vielfältigen Differenziertheit als politische Chimäre. [...] Nimmt man stattdessen die reale Gestalt der ‚das Volk‘ ausmachenden Einzelnen in den Blick, dann wird schnell deutlich, dass das Ausmaß politischer Beteiligung in der Gesellschaft keinesfalls gleichmäßig verteilt ist, sondern von einer

tig, wenn man berücksichtigt, *wogegen* sie sich gerichtet hat. Mit dieser normativen Begründung von Legitimität sollten vor allem zwei revolutionäre Forderungen unterstrichen werden: (i) Wenn das ‚Volk‘ die Quelle von Souveränität und Legitimität ist, dann haben die Individuen Menschenrechte, die ihnen nicht *heteronom* vom Staat, dessen Macht gezähmt werden soll, verliehen werden, sondern die sie sich aufgrund eigener *Autonomie* zuschreiben können; und (ii) darf es kein Vorrecht des Staates gegen die Rechte der Menschen geben.

Wenn sich das GG auf das ‚Volk‘ bezieht, dann nimmt es auf etwas Bezug, das zur Zeit der Französischen Revolution ein revolutionäres Prinzip war. Doch leben wir heute nicht unter anderen Bedingungen und mit der Erfahrung, die Bert Brecht in einem Gedicht mit dem Titel *Paragraph 1* fragen ließ: „Die Staatsgewalt geht vom Volke aus. Aber wo geht sie hin? Ja, wo geht sie wohl hin? Irgendwo geht sie doch hin!“?

Volkssouveränität bedeutet – so Horst Dreier in seinem GG-Kommentar – „die Rückführbarkeit aller staatlichen Gewalt auf den Volkswillen. Damit ist zunächst in allgemeiner Weise ausgesagt, dass demokratische Herrschaft sich nicht auf dynastische Legitimität, nicht auf die Idee des Staates als göttliche Stiftung oder auf reine Staatsräson, nicht auf religiöse oder ideologische Heilslehren oder auf sonstige autokratische Formen, sondern allein auf den Willen der zum Staatsvolk zusammengefaßten Individuen zu stützen vermag.“ Für das Demokratieprinzip bedeutet dies, „keine nicht auf das Volk rückführbare und von ihm zumindest mittelbar legitimierte staatliche Macht als gerechtfertigte Autorität“ anzuerkennen. Doch „erweist sich“ – fährt Dreier fort – „die bloße *Anerkennung und Billigung* durch das Volk, wie dies auch in der guten Ordnung nichtdemokratischer Staaten möglich ist, als *nicht ausreichend*.“⁶

Die Idee der Volkssouveränität ist nicht nur aufgrund der Erfahrungen mit den im 20. Jahrhundert im Namen des Volkes verübten Verbrechen problematisch. Heute führt die Berufung der Verfassung auf das ‚Volk‘ zur Trennung von Menschenrechten und jenen Grundrechten, die nur den ‚Volkszugehörigen‘, den

Reihe von Faktoren abhängt. Eine höhere Partizipation geht nachweisbar positiv mit Einkommen und Bildung, beruflicher Position, Alter, Verwurzelung in der örtlichen Gemeinschaft, Familienstand, Zugehörigkeit zu einer Assoziation und anderen Faktoren einher. Voraussetzungen für politische Beteiligung sind Informationen und politisches Interesse. Beides ist schichtenabhängig.“ (Das Volk und die direkte Demokratie, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16. 2. 2012, S. 7).

⁶ Dreier in Dreier 2004, Art. 20 (Demokratie), Rn. 77; vgl. zum Legitimationszusammenhang ebd., Rn. 104 ff.

Staatsbürgern, eingeräumt werden. Das Bekenntnis des Art. 1 Abs. 2 GG zu den Menschenrechten ist so lange fragwürdig, wie den nicht zum ‚Volk‘ gehörenden sogenannten ‚Fremden‘ Rechte vorenthalten werden, die ihnen ganz einfach deshalb zustehen, weil sie Menschen sind. Ein weiteres Problem stellt – wie geringe Wahlbeteiligungen zeigen – das Desinteresse des unterstellten Souveräns an der politischen Gestaltung der Demokratie dar. Meine These lautet: Um den Grund der Demokratie angemessen zu bezeichnen, sollte man statt von der Herrschaft des Volkes von der *Herrschaft des Rechts* sprechen. Hans Kelsen hat dies 1925 in seiner *Allgemeinen Staatslehre* so formuliert: „Die Einheit des Volkes ist nur durch die Einheit der Rechtsordnung begründet. Nur insofern ein und dieselbe Rechtsordnung für eine Vielheit von Menschen gilt, bilden sie diese Einheit“.⁷ Eindeutiger noch hat Kelsen 1929 in *Vom Wesen und Wert der Demokratie* betont: Die Einheit des Volkes ist nur „ein ethisch-politisches Postulat, das die nationale oder staatliche Ideologie mit Hilfe einer allerdings ganz allgemein gebrauchten und daher schon gar nicht mehr überprüften Fiktion real setzt. Es ist im Grunde ein juristischer Tatbestand, der sich als Volkseinheit einigermaßen präzise umschreiben läßt: Die Einheit der das Verhalten der normunterworfenen Menschen regelnden staatlichen Rechtsordnung.“⁸ Mit anderen Worten: Bürgerschaft, *citoyenneté*, ergibt sich nicht aus Volksgenossenschaft, sondern aus der Rechtsgenossenschaft der Menschenrechtssubjekte.

Um so befremdlicher ist es, dass das BVerfG die Annahme zurückgewiesen hat, mit der Zunahme des Anteils an ‚Ausländern‘ in Deutschland habe „der verfassungsrechtliche Begriff des Volkes einen Bedeutungswandel erfahren“. Die hieraus folgende Verfassungsinterpretation wirft das Problem der Einbeziehung aller in einem Territorium lebenden Menschen in *eine* Rechtsgemeinschaft auf. Die Unterstellung eines Bedeutungswandels im Begriff ‚Volk‘ ist zwar für das BVerfG „im Ausgangspunkt zutreffend“, sie könne aber „nicht zu einer Auflösung des Junktims zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der Zugehörigkeit zum Staatsvolk als dem Inhaber der Staatsgewalt führen. Ein solcher Weg ist durch das Grundgesetz versperrt.“⁹

⁷ Kelsen 1993 [1925], S. 149.

⁸ Kelsen 1981 [1929], S. 15.

⁹ BVerfGE 83, 37 (52). Zur Kritik an der Engführung von Volkssouveränität und Nationalstaat vgl. Gusy 2000, S. 140–143. Zur Kritik an der Fixierung der Demokratie an ein Territorium und zur Notwendigkeit der „De-Territorialisierung“ der Demokratie vgl. Fistetti 1992, S. 125 ff.

In den Leitsätzen zum in vielfacher Hinsicht absurden ‚Lissabon-Urteil‘¹⁰ vom 30. Juni 2009¹¹ heißt es, „die Völker – das heißt die staatsangehörigen Bürger – der Mitgliedstaaten [bleiben] die Subjekte demokratischer Legitimation“. Das Gericht begründete sein Urteil damit, dass das ‚Staatsvolk‘¹² als Souverän in der Demokratie vor Supranationalisierung geschützt werden müsse. Es hat seine Auffassung mit der problematischen *kulturalistischen* und *ethnizistischen* Begründung untermauert, Staaten hätten ‚kulturelle Wurzeln und Wertvorstellungen‘. Über diese Erhöhung des Staates zu einem *Subjekt sui generis* hinaus verweist das Gericht in geradezu absurder Weise auf die „Einbeziehung des Transzendenten in das öffentliche Leben“: „Die Gestaltung von Schule und Bildung berührt, wie das Recht der familiären Beziehungen und Entscheidungen über Fragen der Sprache und der *Einbeziehung des Transzendenten in das öffentliche Leben*, in besonderem Maße gewachsene Überzeugungen und Wertvorstellungen, die in spezifischen historischen Traditionen und Erfahrungen verwurzelt sind. Demokratische Selbstbestimmung erfordert hier, dass die jeweilige durch

¹⁰ Vgl. u. a. Müller–Graff 2009, Lhotta et al. 2012.

¹¹ BVerfGE, 2 BvE 2/08. Das BVerfG hat in seinem Urteil für Recht erkannt: „a) Das Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union [...] verstößt insoweit gegen Artikel 38 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 23 Absatz 1 des Grundgesetzes, als Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages und des Bundesrates nicht in dem nach Maßgabe der unter C. II. 3. genannten Gründe erforderlichen Umfang ausgestaltet worden sind. b) Vor Inkrafttreten der von Verfassungen wegen erforderlichen gesetzlichen Ausgestaltung der Beteiligungsrechte darf die Ratifikationsurkunde der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13. Dezember 2007 [...] nicht hinterlegt werden.“

¹² Bereits in seinem Maastricht–Urteil hat sich das BVerfG bei seiner Betonung der (relativen) Homogenität des Staatsvolkes und der hieraus abgeleiteten Zurückweisung der Ausweitung von Befugnissen der EU fälschlich auf Hermann Hellers Schrift *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928) bezogen: „Vermitteln die Staatsvölker – wie gegenwärtig – über die nationalen Parlamente demokratische Legitimation, sind mithin der Ausdehnung der Aufgaben und Befugnisse der Europäischen Gemeinschaften vom demokratischen Prinzip her Grenzen gesetzt. Jedes der Staatsvölker ist Ausgangspunkt für eine auf es selbst bezogene Staatsgewalt. Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozeß politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet (vgl. hierzu H. Heller, *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, Gesammelte Schriften, 2. Band, 1971, S. 421, 427 ff.), rechtlichen Ausdruck zu geben.“ (BVerfGE, 2 BvR 1877/97 vom 31. 3. 1998 (101)).

solche Traditionen und Überzeugungen verbundene politische Gemeinschaft das Subjekt demokratischer Legitimation bleibt.¹³

Gibt es keine Demokratie *nach* der Nation, nach dem Nationalstaat¹⁴ und der nationalistisch missverstandenen Volkssouveränität? Gibt es keine Demokratie auf dem Wege zu weltbürgerrechtlichen Formen des Zusammenlebens auf der Grundlage der bürgerlichen und politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte, die allen allein aufgrund ihres Menschseins zukommen?

Demokratie ist kein moralisches bzw. ethisches, sondern ein Rechtsprinzip. Die Idee der Demokratie ist das Ergebnis der geschichtlich gewachsenen Einsicht, dass individuelle Freiheit und eine die Freiheit aller in Gleichheit garantierende Ordnung harmonisiert werden müssen. Sie ist zugleich das Ergebnis der Einsicht, dass Menschen dem Ideal der moralischen Verwirklichung des Guten in ihrem individuellen Handeln und dem Ideal vollständigen Wissens und uneingeschränkter Urteilskraft nicht oder bestenfalls näherungsweise entsprechen. Die ideale Gesellschaft bleibt Utopie. Wird diese Einsicht verdrängt, dann richtet sich Kritik gegen die Demokratie statt gegen defekte Demokraten.

Demokratie – so Kelsen – ist ein hoffnungsloses Unterfangen, „wenn man von der Annahme ausgeht, daß eine Erkenntnis absoluter Wahrheit, daß eine Einsicht in absolute Werte möglich ist. Denn was kann es gegenüber der alles überragenden Autorität des Absolut-Guten anderes geben als den *Gehorsam* derer, denen es das Heil bringt, den bedingungslosen und dankbaren Gehorsam gegenüber demjenigen, der, im Besitz des Absolut-Guten, dieses weiß und will; ein Gehorsam, der freilich in demselben Maße nur auf dem *Glauben* darauf beruhen kann, daß die autoritäre Person des Gesetzgebers im Besitze des Absolut-Guten sei, als eine *Erkenntnis* desselben der großen Menge der Normunterworfenen versagt bleibt. An diesem Punkte“ – fügt Kelsen hinzu – „an dem die

¹³ BVerfGE, 2 BvE 2/08 vom 30. 6. 2009 (260).

¹⁴ Zum Nationalstaat als ‚politischem Mythos‘ der europäischen Moderne vgl. Fistetti 1992, S. 7–30. Vgl. Balibar 2006, S. 242–252, zur Volkssouveränität und zur Entwicklung der ‚*Nationform*‘ sowie zu den Folgen für die Subjektivität der Staatsbürger, die im ‚Syndrom der ‚Ohnmacht des Allmächtigen‘‘ bestehen (ebd., S. 243); vgl. auch ebd., S. 256 f. zum ‚Zusammenbruch der klassischen Grundlagen staatlicher Souveränität, im Übergang zur europäischen Bürgerschaft.

Demokratie jede Aussicht auf Rechtfertigung verloren zu haben scheint, gerade an diesem Punkte muß ihre Verteidigung einsetzen.“¹⁵

Nicht das ‚Volk‘, sondern die Herrschaft des Rechts ermöglicht ein Zusammenleben, in dem die Normautoren das Recht auf Verschiedenheit und Achtung des Dissenses nicht unter ihren partikulären Interessen begraben. Mit ‚Demokratie‘ ist das Zugeständnis an jenen Pluralismus und Relativismus verbunden, den das Recht zugleich schützt und zügelt. Demokratie ist die politische Form einer Verweigerung: Die eine Moral, die eine Religion, die eine Wahrheit sollen kein Privileg genießen. Demokratie würde zur Diktatur, wenn versucht würde, alle auf einen Glauben zu verpflichten und diejenigen zu diskriminieren, die ihn nicht teilen. Die Zustimmung zur Demokratie steht und fällt mit der Einsicht, dass wir als Menschen so sind, wie wir sind, und einsehen, dass wir in der rechts- und sozialstaatlich verfassten Demokratie auf die einzig vernünftige Weise unsere eigenen Schwächen und Mängel ausgleichen. Genau hierauf zielt mein Plädoyer für ein Recht und einen Staat *nach menschlichem Maß*. Dieses Plädoyer ist *normativer* rechtstheoretischer Art und es zieht die *rechtspolitische* Konsequenz nach sich, die Verfassung und das Rechtssystem entsprechend dem höchsten Entwicklungsstand der Menschenrechte zu gestalten.

Bibliografie

Sigle

AAKant's gesammelte Schriften, hg. v. der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften. Berlin 1900-1955, 1966 ff.

Literatur

Abendroth, Wolfgang. 2008. *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, 1949–1955. Hg. u. eingel. von Michael Buckmiller, Joachim Perels und Uli Schöler. Hannover.

Balibar, Etienne. 2006. *Sind wir Bürger Europas?* Bonn.

¹⁵ Kelsen 1981 [1929], S. 100. Zum „Relativismus“, den „der demokratische Gedanke voraussetzt“, vgl. ebd., S. 101.

- Denninger, Erhard. 1996. „Recht, Moral und Politik. Demokratie contra Verfassung? Überlegungen zum Disput zwischen Ronald Dorkwin und Jürgen Habermas.“ *Frankfurter Rundschau*, 17. 10. 1996, Nr. 241, S. 12.
- Dreier, Horst (Hg.). ²2004. *Grundgesetz-Kommentar*. Tübingen.
- Dreier, Horst. 2005. „Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz.“ In *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Tagung der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR)*, Schweizer Sektion Basel, 25. bis 28. Juni 2003. Hrsg. v. Kurt Seelmann. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte, Bd. 101.
- Dreier, Horst (Hg.). ³2013. *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, Präambel, Artikel 1–19. Tübingen.
- Dreier, Horst. 2013a. *Säkularisierung und Sakralität. Zum Selbstverständnis des modernen Verfassungsstaates*. Mit Kommentaren von Christian Hillgruner und Uwe Volkmann. Tübingen.
- Fistetti, Franco. 1992. *Democrazia e diritti degli altri*. Bari.
- Frankenberg, Günter. 2003. *Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung*. Frankfurt/M.
- Gusy, Christoph. 2000. „Demokratiedefizite postnationaler Gemeinschaften unter Berücksichtigung der Europäischen Union.“ In *Globalisierung und Demokratie. Wirtschaft, Recht, Medien*. Hrsg. v. Hauke Brunkhorst und Matthias Kettner. Frankfurt/M.
- Habermas, Jürgen. ⁴1994. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt/M.
- Hain, Karl–E. 2006. „Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung?“ *Der Staat*, 45. Bd., H. 2.
- Hamilton, Alexander, James Madison und John Jay, 1993, *Die Federalist Papers*. Übers., eingel. und mit Anmerkungen versehen von Barbara Zehnpeinig. Darmstadt.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. 2002. *The Concept of Law*. Oxford.
- Heimann, Eduard. 1980 [1929]. „Soziale Theorie des Kapitalismus.“ In: *Soziale Theorie des Kapitalismus. Theorie der Sozialpolitik*. Hrsg. v. Eduard Heimann. Mit einem Vorwort von Bernhard Badura. Frankfurt/M.
- Herdegen, Michael. 2008. „Deutungen der Menschenwürde im Staatsrecht.“ In Gerd Bruder Müller und Kurt Seelmann (Hg.), *Menschenwürde. Begründung, Konturen, Geschichte*. Würzburg.
- Jarras, Hans Dieter und Bodo Pieroth (Hg.). ¹²2012. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*. München.

- Kadelbach, Stefan. 2004. „Ethik des Völkerrechts unter Bedingungen der Globalisierung“. *ZaöRV* 2004, 1.
- Kelsen, Hans. 1928. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Berlin.
- Kelsen, Hans. 1981 [²1929]. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. [Nachdruck] Aalen.
- Kelsen, Hans. 1985 [1934]. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1. Aufl., mit Vorwort zum Neudruck von Stanley L. Paulson. Aalen.
- Kelsen, Hans. 1993 [1925]. *Allgemeine Staatslehre*, 2. Neudruck. Wien.
- Köhler, Lotte und Hans Saner (Hg.). ²2001. *Hannah Ahrendt, Karl Jaspers. Briefwechsel 1926–1969*. München/Zürich.
- Kreide, Regina. 2013. „Menschenrechte und Kritik. Zur Verteidigung einer politischen Menschenrechtskonzeption“. In *Transkulturalität und Menschenrechte. Arabische, chinesische und europäische Perspektiven*. Hrsg. v. Philippe Brunozzi, Sarhan Dhouib und Walter Pfannkuche. Weilerswist.
- Kunig, Phillip. ⁵2000. Art. 1 (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung). In: *Grundgesetz–Kommentar*. Hrsg. v. Phillip Kunig. München.
- Lhotta, Roland, Jörn Ketelhut und Helmar Schöne (Hg.). 2012. *Das Lissabon–Urteil: Staat, Demokratie und europäische Integration im ‚verfassten politischen Primärraum‘*. Wiesbaden.
- Maihofer, Werner. 1968. *Rechtsstaat und menschliche Würde*. Frankfurt/M.
- Maus, Ingeborg. 1994. „Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit.“ In *Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit*. Hrsg. v. Werner Goldschmidt und Lothar Zechlin. Hamburg [= Dialektik 1994/1].
- Maus, Ingeborg. 2011. *Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie*. Berlin.
- Müller–Graff, Peter-Christian. 2009. „Das Karlsruher Lissabon–Urteil: Bedingungen, Grenzen, Orakel und integrative Optionen.“ *integration*, 32.
- Pfestroff, Christina. 2006. „Jus cogens als Grenzmarkierung für den nachbarschaftlichen Dialog: Zur Forderung nach Sicherheitsklauseln für das neue EU-Nachbarschaftsinstrument“. *MenschenRechtsMagazin*, 11 (2006), H. 1.
- Radbruch, Gustav. 1946. „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“. In ders., *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Hg. von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, Heidelberg 1999.
- Radbruch, Gustav. ²1959 [1947]. *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Göttingen.

- Radbruch, Gustav. 1957. *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundlagen des Rechts*. Göttingen.
- Radbruch, Gustav. ²1959 [1947]. *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Göttingen.
- Radbruch, Gustav. 1999 [1932]. *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Hrsg. v. Ralf Dreier und Stanley L. Paulson. Heidelberg.
- Radbruch, Gustav. ²2003. *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Hrsg. v. Ralf Dreier und Stanley L. Paulson. Heidelberg.
- Radbruch, Gustav. 2004. *Rechtsphilosophische Tagesfragen. Vorlesungsmanuskript Kiel, Sommersemester 1919*. Hg. von Hidehiko Adachi und Nils Teifke. Baden-Baden.
- Rawls, John. 1979 [1975]. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. Übers. von Hermann Vetter. Frankfurt/M.
- Rüthers, Bernd. ⁶2005 [1968]. *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Tübingen.
- Sandkühler, Hans Jörg. 2010. „Menschenrechte“. In *Enzyklopädie Philosophie*. Hrsg. v. Hans Jörg Sandkühler, 2. Aufl., 3 Bde. Hamburg 2010, Bd. 2.
- Sandkühler, Hans Jörg. 2013. *Recht und Staat nach menschlichem Maß. Einführung in die Rechts- und Staatstheorie in menschenrechtlicher Perspektive*. Weilerswist.
- Sandkühler, Hans Jörg. 2014. *Menschenwürde und Menschenrechte. Über die Verletzbarkeit und den Schutz der Menschen*. Freiburg/München.
- Schumpeter, Joseph Alois. 1950. „Eine andere Theorie der Demokratie.“ In: ders., *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*. München.
- Tomuschat, Christian (Hg.). 1992. *Menschenrechte. Eine Sammlung internationaler Dokumente zum Menschenrechtsschutz*. Bonn.
- Wesche, T. 2013. „Menschenwürde als Ermächtigungsklausel gegen Unrechtserfahrungen“. In Emil Angehrn und Joachim Küchenhoff (Hg.), *Die Arbeit am Negativen. Philosophische und psychoanalytische Perspektiven*. Weilerswist.

Über den Verfasser

Hans Jörg Sandkühler studierte Philosophie und Rechtswissenschaften an den Universitäten Innsbruck, Paris (Sorbonne) und Münster, wo er 1967 mit einer Dissertation über Friedrich Wilhelm Schelling promoviert wurde. 1970 habilitierte er sich in Gießen zu Fragen der Erkenntnistheorie und wurde 1971 dort Professor für Philosophie. Von 1974-2005 hatte er eine Professur für Philosophie an der Universität Bremen inne. 2003-2011 leitete er die deutsche Abteilung Menschenrechte und Kulturen des europäischen UNESCO-Lehrstuhls für Philosophie/Paris an der Universität Bremen. Neuere Buchpublikationen: *Recht und Staat nach menschlichem Maß*, Weilerswist 2013; *Nach dem Unrecht*, Freiburg/München 2015; *Menschenwürde und Menschenrechte*, Freiburg/München 2015.