

Menschenwürde als staatskritische Absolutheitsregel¹

– Laudatio für Burkhard Hirsch –²

I. »Mit Recht für Menschenwürde und Verfassungsstaat!«

Der Titel der Festgabe für Burkhard Hirsch »Mit Recht für Menschenwürde und Verfassungsstaat!«³ als auch sein Schwerpunkt im wissenschaftlichen und rechtspolitischen Lebenswerk lassen es angemessen erscheinen, in den Mittelpunkt einer Laudatio den zentralen Begriff der Menschenwürde und damit zugleich die Menschenrechte zu stellen – und zwar in einer Perspektive, die das wissenschaftliche und rechtspolitische konkrete Wirken von Burkhard Hirsch am derzeitigen Diskussionsstand zum Begriff der Menschenwürde kenntlich machen wird.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in diesem Jahr anlässlich der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz⁴ aufgrund der Klage von Burkhard Hirsch und anderer mit dem Begriff der Menschenwürde auseinander gesetzt. Die Klagschrift aus seiner Feder, die in der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft abgedruckt ist,⁵ liest sich in ihrer rechtsstaatlichen Diktion wie das anschließende Urteil selbst. Man ist geneigt zu vermuten, das Urteil habe die zentralen verfassungsrechtlichen Schwertschläge im Verhältnis 1:1 umgesetzt. Was hat dieses Urteil für die verfassungsrechtlich eingehegte Begrifflichkeit der Menschenwürde nun gebracht?

II. Eckpunkte für das Verfassungsrecht nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz

Ich möchte drei verfassungsrechtliche Eckpunkte hervorheben. Zum einen hat das Urteil des Bundesverfassungsgerichts den in den letzten Jahrzehnten breit angelegten Relativierungsansätzen, die man mit der Überschrift »Logik der Abwägung« zusammenfassen kann, einen deutlichen Riegel vorgeschoben (1). Zum anderen hat das Urteil der so genannten *Schutzpflichtendebatte*, also dem Isenseeschen Aufruf zu einem

1 Den Terminus verdanken wir *Wolfgang Naucke* aus Einführung: Rechtstheorie und Staatsverbrechen, in: Binding/Hoche, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens – Ihr Maß und ihre Form (1920), 2006, S. LII.

2 Anlässlich der Verleihung der Würde eines Doctor iuris honoris causa durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main am 17. November 2006.

3 Roggan (Hrsg.), Mit Recht für Menschenwürde und Verfassungsstaat – Festgabe für Dr. Burkhard Hirsch, 2006.

4 BVerfG, Urteil vom 15.02.2006 (1 BvR 357/05) = NJW 2006, 751 ff.

5 Hirsch, Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben – Bemühungen zur Abwehr des finalen Rettungstotschlags –, KritV 2006, 3 ff.

»Grundrecht auf Sicherheit«, einen herben Dämpfer aufgesetzt (2). Schließlich können wir nach diesem Urteil aus Karlsruhe auch den Argumenten besser begegnen, dass die Rechtsordnung für jede *Ausnahmesituation* und für *Grenzfälle* stets befriedigende Antworten parat haben müsse (3).

Dass dabei Bedenken und neue Fragezeichen entstehen, dürfte sich angesichts des Themas »Menschenwürde« von selbst verstehen. Ohnehin ist bezüglich der die Welt aufrüttelnden Globalisierung kein übersteigter Optimismus angezeigt, wobei die europarechtliche Perspektive⁶ vermutlich nur ein Zwischenstadium sein wird, bevor auf der Welt das Licht ausgeht. Wir wollen trotzdem unser kritisches Lied fröhlich pfeifen.

1. ›Logik des Tabus‹

Der Versuch des wissenschaftlichen – keineswegs nur rechtswissenschaftlichen – Schrifttums, den Begriff Menschenwürde rechtlich und politisch hantierbar zu machen, füllt Bücherregale über Bücherregale. Menschenwürde soll *inhaltlich* bestimmbar sein, und zwar über »Mitgift«-Theorien naturrechtlicher Art (Würde ist uns angeboren!), über Leistungstheorien (Würde kann man nur erarbeiten) und schließlich über Kommunikationstheorien (Würde entsteht erst konkret in menschlicher Interaktion). Viel Gedanklichkeit steckt in diesen Ansätzen.⁷ Das überzeugt indes nicht jeden – und kann es auch nicht.

Deshalb tut sich die *Theorie des »offenen Menschenbildes«* auf: »Menschenwürde« bleibt ein symbolisches Kapital im Fluss der kulturellen Entwicklung, das immer neu investiert und verhandelt werden muss.« Aber wo führt diese Position hin? Auf der Straße des modernen Pragmatismus wandert man dann unabweislich in einen »*radikalen Relativismus*«. Wer hierin nicht Orientierung finden mag, ruft hilfsweise nach *internationalen Positivierungen*. Die Menschenrechtskonventionen rund um die Welt bieten positivistische Verankerungen, an die man sich hängen mag. Aber allein der Blick auf die Realität der Menschenrechte weltweit zeigt, dass das auch nur ein eben positivistischer Anhaltspunkt ist, der kein Anker ist. Das zeigt sich auch bei allen »*inklusiven Konzepten*« der Menschenwürde, wonach der Mensch gar nicht als Individuum, sondern nur als Gattungswesen durch die Menschenwürde schützbar ist. Aber koppelt man hier an, kann der Staat mit dem Einzelnen machen was er will, solange der Mensch als Gattung existiert, ist diese Position beruhigt.

Was also bleibt Handfestes? Das Bundesverfassungsgericht führt uns im Luftsicherheitsurteil dorthin. Es hat die schon immer thematisierte »*Objektformel*« reaktiviert

6 Hirsch, Bemerkungen zum Schutz der Grundrechte im »Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts« der Europäischen Gemeinschaft. Vortrag in der Johann Wolfgang Goethe-Universität am 17. November 2006, in diesem Heft, S. 307 ff.

7 Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 2. Auflage, 2004, Art. 1, Rn. 128 und Will, Die Menschenwürde – Zwischen Versprechen und Überforderung, in: Festgabe Hirsch, (Fn. 3), S. 29, 33. Vgl. auch Alexa Albrecht, Zur Erosion der Menschenrechte im demokratischen Rechtsstaat, Diss. Frankfurt, 2006, S. 16 ff.

8 Ahrens, Rechtswissenschaft als Anthropotechnik: Bioethik und Menschenwürde, in diesem Heft, S. 368 ff.

und präzisiert.⁹ Die schon in den vorangegangenen Jahrzehnten judizierten Maßstäbe werden erneuert: »Das menschliche Leben ist die vitale Basis der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert. Jeder Mensch besitzt als Person diese Würde, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seinen körperlichen oder geistigen Zustand, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie kann keinem Menschen genommen werden. Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt. Das gilt unabhängig auch von der voraussichtlichen Dauer des individuellen menschlichen Lebens.«¹⁰ Hierdurch wird die Objektformel präzisiert: Die genannten Maßstäbe schließen es aus, den Menschen zum *bloßen* Objekt des Staates zu machen. Eine Absolutheitsgrenze scheint also in Reichweite. *Verdinglichung* und *Entrechtlichung* als Gegenstand eines Gesetzes, das den Menschen nicht als Primäradressaten der Norm im Blick hat,¹¹ führt zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit. Ganz unabhängig davon, was dieses Gesetz in der Abwägung für wohl intendierte Zwecke im Blick hat, zum Beispiel »eine verantwortliche staatliche Entscheidung zum Ziel des effektiven Lebensschutzes in einer Extremsituation« für eine Vielzahl Dritter.¹² Das öffentlich-rechtliche Schrifttum war vor der Entscheidung voll des Lobes dieser Menschen schützenden Intention des Luftsicherheitsgesetzes.¹³

In dieser Konkretisierung der Objektformel liegt das Neue dieser Entscheidung. Jeder genießt den absoluten Würdeschutz, wenn durch staatliche Maßnahmen die Subjektqualität *vollständig* geleugnet wird. Das ist bei unschuldigen Menschen, die zugunsten anderer – auch Unschuldiger – geopfert werden sollen, fürderhin für den Staat absolut verboten. Allerdings nur dann, wenn diese Subjektqualität *prinzipiell* bestritten wird. Das ist beim Rechtsbrecher, der sich dem Risiko des verfassungsrechtlich wohl gestützten Todesschusses bewusst aussetzt, gerade nicht der Fall. Wird die spezielle Stellung eines Angreifers am Maßstab Subjekt/Objekt bewertet, ist der Schluss gerechtfertigt, dass Abwehrmaßnahmen gegenüber einem Angreifer, der anderes Leben unmittelbar gefährdet, nicht dessen Subjektstellung in Frage stellen, selbst wenn er dabei getötet wird.¹⁴ Insofern ist es schlüssig, wenn das Urteil den Abschuss eines Flugzeuges legitimiert, in dem ausschließlich Rechtsbrecher Unheil anrichten wollen. Jene hingegen, die nur Opfer, nicht Angreifer sind, werden durch derartige staatliche Abwehrmaßnahmen zum Objekt degradiert und ihnen wird jegliche Subjektqualität abgesprochen.

Dieser Maßstab für einen absoluten Schutz der Menschenwürde reduziert den Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes allerdings auf extreme Ausnahmefälle. Gleichwohl wird er dadurch »aber auch zu einem schärferen Schwert«.¹⁵

9 BVerfG, (Fn. 4), NJW 2006, 751, 757 f.

10 BVerfG, (Fn. 4), NJW 2006, 751, 757.

11 Lepsius, Das Luftsicherheitsgesetz und das Grundgesetz, in: Festgabe Hirsch, (Fn. 3), S. 60.

12 Hecker, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz, KJ 2006, 179, 185.

13 Vgl. Lepsius, (Fn. 11), S. 64, Fn. 75.

14 So auch Hecker, (Fn. 12), 191.

15 So in der Bewertung Lepsius, (Fn. 11), S. 68.

Werden Adressaten einer Norm in Zukunft ihrer Subjektstellung beraubt, nämlich so behandelt, als seien sie schon so gut wie tot, sind sie gleichwohl aus Staatsraison nicht zum Tode verpflichtet.

Freilich hätte es des normativen Bezuges auf Art. 2 Abs. 2 des Grundgesetzes in der Entscheidung nicht bedurft. Der Senat entscheidet die Frage de facto nicht am Maßstab des Grundrechts auf Leben, sondern als Verletzung der Menschenwürde am Maßstab der verlorenen Subjektstellung, auch wenn er beide Vorschriften – wie Lepsius kritisiert¹⁶ – gemeinsam zitiert. Insofern öffnet die Entscheidung wieder neuen Streit, wo denn nun die Würdegrenzen für »mikroorganismische Vorverlaufsformen« des menschlichen Lebens liegen.¹⁷ Die Chance der Entkopplung von Würde- und Lebensschutz wurde im Urteil also nicht ergriffen. Dafür haben wir einen Fixpunkt gewonnen, der der Entindividualisierung durch die Gesetzgebung – besonders im Sicherheitsrecht – einen Riegel vorschiebt und der die Menschenwürde als staatskritische Absolutheitsregel sichtbar macht.

Versteht man die Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz gleichwohl als eine Entkopplung des Würdeschutzes vom Lebensschutz, denn de facto ist die Entscheidung dieses, fragt sich, ob man mit dem »schärferen Schwert« nicht gleich wieder neue Unsicherheitszonen eröffnet hat. Ist nicht die – nehmen wir den unsäglichen Begriff – »Rettungsfolter« verfassungsrechtlich legitimiert worden, wenn selbst der tödliche finale »Rettungsschuss« in den Augen des Bundesverfassungsgerichts grundrechtlich gerechtfertigt ist.¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat deutlich gemacht, dass gegenüber dem nur täterbezogenen Rettungsabschuss und dem finalen Rettungsschuss im Kern keinerlei verfassungsgerichtliche Bedenken bestehen. Gleichwohl ist das nicht aufgrund einer *zweckrationalen Relativierung* des Menschenwürdeschutzes judiziert, sondern an der speziellen Stellung eines Angreifers am Maßstab Subjekt/Objekt bewertet worden.¹⁹ Und insofern ist die »Rettungsfolter« etwas prinzipiell anderes. Einem Gefolterten wird *prinzipiell* die Würde genommen, denn er wird – das Bild ist zutreffend – »zur Sache gequetscht«. Auch ansonsten ist Vergleichbarkeit nicht möglich. Der Rettungsschuss setzt einen klar bestimmbaren Störer voraus. Die Folter kennt nicht die Wahrheit, sondern sucht sie zwingend. Der Rettungsschuss erzwingt die passive Duldung durch den Störer, die Folter instrumentalisiert den Betroffenen zur aktiven Mitwirkung. Der Rettungsschuss ist eine sehr begrenzt zulässige Maßnahme der sicheren Gefahrenabwehr nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die Folter stellt ein multifunktionales Mittel staatlicher Prävention und Repression dar, zumal ihr Einsatz von stets ungewissem Ausgang ist: Der Rettungsschuss ist polizeirechtlich durch einschränkende gesetzliche Voraussetzungen beherrschbar, die Folter nie.²⁰

16 Lepsius, (Fn. 11), S. 59 f.

17 Ahrens, Rechtswissenschaft als Anthropotechnik: Bioethik und Menschenwürde, in diesem Heft, S. 368, 376.

18 Literatur hierzu bei Hecker, (Fn. 12), 190, Fn. 64.

19 So Hecker, (Fn. 12), 191.

20 Braum, Erosionen der Menschenwürde, KritV 2005, 283, 296.

Burkhard Hirsch, der diese staatskritische Absolutheitsregel argumentativ zugeschliffen und über die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts möglich gemacht hat, gilt hiermit eine erste Verbeugung.

2. Schutzpflichten-Debatte

Hier können wir es kürzer machen. Die Schutzpflichten sind zwar nicht vom Tisch, aber sie haben einen verfassungsgerichtlichen Schlag erhalten. Dafür ist die Argumentation gestärkt, die in den Grundrechten Abwehrrechte gegen staatlichen Eingriff sieht. Schon im Sondervotum der ehemaligen Verfassungsrichterin Rupp-von Brünneck und des Verfassungsrichters Simon kann man nachlesen, dass Grundrechte unter der Hand aus einem Hort der Freiheitssicherung zur Grundlage einer Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen werden können.²¹ Und genau das bewirkt der Ruf nach einem »Grundrecht auf Sicherheit« (Isensee).²² Insofern verändern Schutzpflichten den Status der Grundrechte, denn sie nivellieren die Grundrechte als Abwehrrechte und modellieren sie zu Eingriffsrechtfertigungen um.²³ Darüber hinaus schaffen Schutzpflichten neue Politikbereiche. Der Staat muss handeln und dabei ein in der Verfassung scheinbar angelegtes Schutzniveau erreichen.²⁴ Wir erkennen dieses Muster insbesondere bei den Sicherheitsgesetzen letzter Zeit. Dabei ist überdeutlich, dass der Staat mit diesem Sicherheitsauftrag die verfassungsrechtlichen Sicherheitserwartungen überfordert.²⁵ Nicht zuletzt wird das Bundesverfassungsgericht immer häufiger Schiedsrichter, wenn Sicherheitsgrundrechte die Rechte von Individuen tangieren.

Mit der durchgehend von der *subjektivrechtlichen Sicht* geprägten Entscheidungsstruktur des Urteils zum Luftsicherheitsgesetz wird diese Entwicklung zumindest aufgehalten. Hätte der Senat ein objektivrechtliches Verständnis der Schutzpflichten gehabt, dann hätte er – so Lepsius – »auch die potentiellen Opfer an der Absturzstelle einbeziehen müssen.« Diese jedoch kommen in der Entscheidungsbegründung nicht vor, weil sie als Rechtssubjekte noch nicht hinreichend konkretisiert sind, sondern – wir folgen wieder Lepsius – »zum Zeitpunkt der Abschuss-Entscheidung »nur« einen objektiv-rechtlichen Belang darstellen.«²⁶ Insofern ist das Urteil als ein begrüßenswerter Schritt auf dem Weg zur langsamen Verabschiedung der objektivrechtlichen Schutzpflichten zu interpretieren – was andere gleich wiederum als Schwäche bewerten.²⁷

Im Lichte dieser Interpretation treffen wir das Bemühen von Burkhard Hirsch, sich für individuelle Freiheitsrechte zeitlebens eingesetzt zu haben, im Kern. Dem Gesetzgeber unserer Zeit ist die Vorstellung vom Freiheitsschutz des Individuums völlig aus dem Blick gelangt. Das Ziel des kollektiven Schutzes übertrumpft individuelle Frei-

21 BVerfGE 39, 1, 73.

22 Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983.

23 Lepsius, (Fn. 11), S. 63.

24 Lepsius, (Fn. 11), S. 63.

25 Vgl. Lepsius, (Fn. 11), S. 63, Fn. 67 mwN.

26 Lepsius, (Fn. 11), S. 64.

27 Vgl. Baldus, Gefahrenabwehr in Ausnahmefällen, NVwZ 2006, 532, 534.

heitsrechte. Grundrechtsschutz wird auf die objektivierte Gesellschaft bezogen, nicht auf individualisierte Menschen. Burkhard Hirsch müsste sich eigentlich einen neuen Gesetzgeber suchen. Dass er dies nicht tut, sondern auf rechtsstaatlichem Wege kämpft, macht eine zweite Verbeugung unabdingbar.

3. Grenzfälle und Ausnahmesituationen sind rechtsstaatliches Niemandsland

Vor und nach dem Luftsicherheitsgesetz erschallt immer wieder der Ruf nach einer Rechtfertigungsdogmatik für Ausnahmesituationen.²⁸ Die Forderung geht so weit, dass selbst der Bruch mit der bestehenden Dogmatik der Normallage angesichts der neuen Herausforderungen der Zeit gerechtfertigt sei. Derartigen Tendenzen setzt das Urteil ebenso Grenzen, weil es deutlich macht, dass die fürchterliche Ausnahme – zum Beispiel Extremsituationen im Luftverkehr – sich einer sinnvollen Regelung im Gefahrenabwehrrecht entzieht. Von existentiellen Bedrohungen des Staates kann angesichts der weltweiten Gewaltereignisse in keinem der betroffenen Staaten gesprochen werden, weshalb die Annahme eines absoluten Sonderfalles für rechtliche Ausnahmeregelungen ohnehin obsolet ist.

Aber davon abgesehen. Wir dürfen nicht aus dem Blick verlieren, dass Maßnahmen in Extremsituationen anderen Regeln folgen als normaler Gesetzesvollzug. Nicht Personen handeln ethisch, sondern Menschen. Diejenigen, die im politischen Bereich für Extremsituationen Verantwortung tragen, sind gewählte Politiker, die sich in diesen Situationen nicht nur politisch, sondern menschlich zu bewähren haben. Der zentrale Adressat des Gesetzes, der Beamte, ist an Recht und Gesetz gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Das sind die Mitglieder der Bundesregierung zwar auch, der Bürger erwartet von ihnen aber bewusst ein wertendes Element bei zu treffenden Entscheidungen: »An die Stelle der Rationalität des Rechtsstaats tritt die Rationalität der Demokratie, die gerade auch in der Auswahl von Personen für das Unwägbare ihren Sinn findet.«²⁹ Insofern hat Burkhard Hirsch mit seiner stringenten Interpretation gegen das Luftsicherheitsgesetz auch eine Debatte über Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Regelung angestoßen, die – aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts – dem Gesetzgeber ein wenig Demut und den Entscheidungsträgern im Staate mehr Mut abverlangen. Für die Schönwetterdemokratie haben wir wohlfeile Regeln, für das Unerwartbare, das Chaos und vor allen Dingen für die Bewältigung desselben benötigt auch die Demokratie Menschen mit Mut und Verantwortungskraft. Auch dafür, im Extremfall Entscheidungen zu treffen, für die man einst zur Verantwortung gezogen werden kann. Genau das ist Zivilcourage in Zeiten von Grenzsituationen. Gesetze helfen hier nicht. So können wir abschließend – mit einer dritten Verbeugung – feststellen, dass das Bundesverfassungsgericht dank der Klage von Burkhard Hirsch auch der Präventionslogik des Sicherheitsstaates Grenzen zieht und Mut macht, nicht aufgebbare Grundpositionen des liberalen Grundrechtsverständnisses den Verwirrungen und Verirrungen unserer Zeit schlicht entgegen zu stellen.

28 Hierzu Lepsius, (Fn. 11), S. 68, Fn. 80 mwN.

29 Lepsius, (Fn. 11), S. 71.

III. Die Zukunft des Würdeschutzes

Ist die Diskussion zum Schutz der menschlichen Würde erst einmal an einem konkretisierenden Endpunkt angelangt? Diese Betrachtungsweise wäre nahezu naiv.

1. Einbruchsstellen

Das Urteil selbst ist bereits Anknüpfungspunkt für neue Interpretationen. Die Subjektqualität darf eben *prinzipiell* nicht in Frage gestellt werden, sagt das Bundesverfassungsgericht. Aber was ist *prinzipiell*? Erst nach Beantwortung dieser Frage gilt der Satz, dass die Menschenwürde »mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig ist«.³⁰ Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedarf es ohnehin der Prüfung *im Einzelfall*,³¹ also auf die konkrete Situation bezogen, ob eine Behandlung vorliegt, die die Achtung des Wertes vermissen lässt, der den Menschen um seiner selbst Willen kraft seines Personseins zukommt. Und schon winkt wieder die Abwägung: »Die hier notwendigen Feststellungen und Bewertungen eröffnen einen gewissen Interpretationsspielraum sowohl für die Aufnahme neuer Problembereiche in den Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG wie auch für eine gewisse Neubewertung tradierter Interpretationsansätze.«³²

Die nicht erfolgte *Entkoppelung* von Würde- und Lebensschutz, die *Reduktion* des Würdeschutzes und die *prinzipielle* Leugnung der Subjektqualität des Menschen dürften also Interpretationslücken sein, die ein findiger Gesetzgeber und eine Juristenschar, die sich den Interessen des Präventions- und Sicherheitsstaates nahe weiß, nutzen werden.

Aber nicht nur das positive Recht, auch die Hoffnung auf Rechtsprechungskontinuität ist eine wacklige Bastion. Der Gesetzgeber – gerade der einer großen Koalition – weiß sehr wohl, dass Verfassungsrichter Politik machen. Gesetzgeber und Exekutive wissen aber auch, dass sie selbst die Verfassungsrichter machen. Traditionell einigen sich die Parteien wechselseitig auf Kandidaten, die von parlamentarischen Gremien anschließend nur bestätigt werden.

Der Ruf nach *normativen Interpretationsspielräumen* und politisch gesteuerter *Verfassungspersonalpolitik* ist der traditionelle Reflex, der aufscheint, wenn ein Urteil den einen gefällt und es andere erzürnt. Man kann aus dieser Sicht die Zukunft des Würdeschutzes positiv oder negativ einschätzen, je nach Orientierung.

2. Systemtheoretische Perspektive

Was bezüglich der Zukunft des Würdeschutzes größere Besorgnis erregt, wird durch das Zuschalten einer sozialwissenschaftlichen oder systemtheoretischen Perspektive deutlich. Es droht die Relativierung der Würde von ganz anderer Seite. Wir sind Zeitzeugen der Auflösung traditioneller, staatlicher und gesellschaftlicher Koordinaten.

30 BVerfGE 93, 266, 293.

31 Vgl. nur BVerfGE 30, 1, 25; 109, 279, 311 und BVerfG, (Fn. 4), NJW 2006, 751, 757 f.

32 Hecker, (Fn. 12), 186.

Der Staat zieht sich aus seinen Aufgaben zurück, an seine Stelle treten private transnationale Kollektivakteure. Sie sehen sich Beschuldigungen und gerichtlichen Klagen ausgesetzt, im Rahmen »privater« Verpflichtungen gegen fundamentale Menschenrechte verstoßen zu haben. Gunther Teubner zeichnet das bezüglich der katastrophalen Aids-Epidemie nach,³³ deren Todesopfer weltweit die Zahl der Toten aller Bürgerkriege der 90er Jahre übersteigen. Hier stellt sich international die Frage, ob die Preispolitik multinationaler Pharma-Unternehmen fundamentale Menschenrechte verletzt. Aber ist das eine Frage mittelbarer Drittwirkung von Grundrechten? Sind Private überhaupt grundrechtspflichtig?

Nach der state-action-Doktrin und der Lehre der strukturellen Grundrechtswirkung ist das nicht der Fall, antwortet der geschulte Jurist, nur wenn der Staat mit im – zu meist ökonomischen – Boot sitzt. Da es bei transnationalen Kollektivakteuren im privaten Sektor an der Allgegenwart nationalstaatlichen Handelns und nationalstaatlichen Rechts gerade mangelt, stellt sich das Problem, ob derartige Räume zu Recht grundrechtsfrei bleiben. Das wäre zu kurz gesprungen. Multinationale Unternehmen erreichen über eigene globale Netzwerke³⁴ ganze Lebensbereiche, und erreichen heißt nicht selten, sie zerstören oder schädigen sie zumindest schwerwiegend.³⁵ Beispiele sind Umweltverschmutzungen und unmenschliche Behandlung lokaler Bevölkerungsgruppen, wie unlängst in der Elfenbeinküste, wo Europa über private Kollektivakteure seinen Giftmüll offen in ganze Landstriche verklappt und Verseuchungen verursacht.³⁶ Ein weiteres plastisches Beispiel liefert zurzeit unser Nachbar Italien.³⁷ Die breite Privatisierung ursprünglich staatlich gelenkter Aufgaben der Telekommunikation hat zum Rückzug des Staates aus dem Schutz der informationellen Selbstbestimmung geführt. Das lässt den Staat – sogar in den Augen der Frankfurter Allgemeinen Zeitung – als »Seifenstaat« erscheinen, was uns zeigt, »welche Macht die neuen Informationskartelle angehäuft und dabei das Justizmonopol des Staates erschüttert haben«.³⁸

Die Systemtheorie würde beide Beispiele als eine »*Verselbständigung von Kommunikationsnetzwerken*« unter gleichzeitiger radikaler »*Exklusion der Menschen aus der Gesellschaft*« bezeichnen.³⁹ Institutionengerechtigkeit muss sich aus dieser Sicht dem Problem der unüberbrückbaren Differenz von gesellschaftlichen Institutionen und den konkreten Menschen stellen. Die weit fortgeschrittene Fragmentierung der Gesellschaft lässt Gerechtigkeit von spezialisierten gesellschaftlichen Institutionen, so genannten Subsystemen, nur noch als *Umweltproblem* und nicht mehr als Verteilungsproblem entstehen. Systemtheoretisch formuliert werden traditionelle ›divisionale

33 Teubner, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch »private« transnationale Akteure, Der Staat 2006, 161, 162 f.

34 Vgl. Schwerpunkttheft der KritV 2-3/2006, Vertragsnetze: Rechtsprobleme vertraglicher Multilateralität.

35 Teubner, (Fn. 33), 162 f. mwN.

36 FAZ vom 13.09.2006.

37 FAZ vom 22.09.2006.

38 FAZ vom 23.09.2006.

39 Teubner, (Fn. 33), 168.

Grundrechtskonzepten«, d.h. der Mensch ist Teil der Gesellschaft, von »ökologischen Grundrechtskonzepten« abgelöst, d.h. der Mensch ist für immer aus der Gesellschaft verbannt, diese kennt höchstens noch »Personen« im Sinne von »Adressen und Erwartungsbündeln«.⁴⁰

Hieraus folgt die Theorie ein Umdenken des Problems der Menschenrechte:⁴¹ Der Umstand, dass Menschen nicht Teil der Gesellschaft sind, sondern ihr in nicht überwindbarer Trennung gegenüber stehen, führt zur Nichtbeherrschung von Kommunikation und zum Ausschluss der Menschen hiervon. Die Kommunikation verselbständigt sich gegenüber den Menschen. Teubner lässt das praktisch werden. Seine Extrembeispiele sind: »Tötung durch Befehlskette, »sweatshops« als Konsequenz anonymer Marktkräfte, Märtyrer als Resultat religiöser Kommunikation, politische oder militärische Folter als Identitätszerstörung«.⁴² In dem lebens- und bewusstseinsbedrohenden Potential eines dauerhaften Ausschlusses aus gesellschaftlicher Kommunikation liegt der »Kern der Problematik der Menschenrechte«. Deswegen steht für die Menschenrechtsfrage heute das Problem der *Fragmentierung* der Gesellschaft im Zentrum. Die Forderung lautet, »neuartige Garantien zu entwickeln, die eine *Begrenzung* gesellschaftlicher Destruktionspotentiale gegenüber Leib und Leben möglich machen«.⁴³ Grund- und Menschenrechte sind aus dieser Sicht also soziale und rechtliche Gegeninstitutionen zu Expansionstendenzen von Sozialsystemen. Menschen werden weniger von Mitmenschen bedroht, sondern von anonymen kommunikativen Prozessen, also von Organisationen und Regimes, die überhaupt erst einmal identifiziert werden müssen.⁴⁴ Menschenrechte müssen somit der Gefährdung der einzelnen Menschen durch eine Vielzahl anonymer und verselbständigter, heute globalisierender Kommunikationsprozesse entgegenwirken. Sie dienen damit als »*negative Schranken gesellschaftlicher Kommunikation*«. Das ist auch eine Botschaft für die unentwegte Forderung nach neoliberaler Globalisierung aller Märkte!

Teubner sieht für die Gerechtigkeitsfrage keine Lösung. Das will er in aller Härte angesprochen haben.⁴⁵ Hoffnung kann es schon insofern nicht geben, da im Zuge der Globalisierung Subsysteme zunehmend anonymisieren und unkontrollierte Einflüsse zunehmen. Die Gerechtigkeit der Menschenrechte – und zu allererst der Menschenwürde – könne dann allenfalls negativ formuliert werden: »Sie ist auf die Beseitigung ungerechter Zustände, nicht auf Perfektion gerechter Zustände, gerichtet«⁴⁶ und ist wohl nur als Protest gegen die Unmenschlichkeiten der Kommunikation möglich.

40 Teubner, (Fn. 33), 170.

41 Teubner, (Fn. 33), 169.

42 Teubner, (Fn. 33), 171.

43 Teubner, (Fn. 33), 176.

44 Teubner, (Fn. 33), 179 f.

45 Teubner, (Fn. 33), 185.

46 Teubner, (Fn. 33), 186.

3. *Feste Ufer?*

Was lehrt uns dieser Exkurs? Mit traditionellen rechtsdogmatischen Mitteln kann man das globale Menschenrechtsproblem wohl nicht lösen. Vor allen Dingen müssen wir bei der Suche nach festem Ufer für die Menschenwürde dem *Positivismus* eine klare Absage erteilen. Es sei »unsinnig« – so Teubner – »Menschenrechte als Entscheidung des politischen Souveräns (...) im positiven Recht zu formulieren«:⁴⁷ Menschenrechte seien in dem Sinne vor- oder außerpolitisch und vor- oder außerrechtlich.

Was hilft zu deren Schutz? Gegen die Zerstörungswirkungen der Sicherheitsgesellschaft hilft ganz offensichtlich nur ein Menschenrechtsschutz, der *absolute Politik-sperren* errichtet. Es hilft nicht die Positivität des Gesetzes, sondern nur von außen kommende, auf historischer und sozialer Erfahrung basierende rechtliche und moralische Kontrolle im Sinne freiheitssichernder Menschenrechte, die die Funktion *staats-kritischer Absolutheitsregeln* haben.

Wolfgang Naucke hat mit einer bedrückenden Analyse unlängst nachgewiesen, dass im Positivismus der Mehrheitsdemokratie die »Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens«⁴⁸ un widersprochen zum politischen Programm erhoben werden konnte, wie es der Jurist Binding und der Psychiater Hoche – beide bis heute höchst angesehen – dem Gesetzgeber wohlfeil unterbreitet hatten. Obwohl der junge demokratische Prozess 1920 noch ein paar Jahre brauchte, bevor andere das Programm abgerufen und politisch umgesetzt haben, war es bis in alle Einzelheiten hinein vorgefertigt. Gegen säkular-pragmatische Hierarchien von Lebenswerten für die Gesellschaft ist kein positivistisches Kraut gewachsen, solange kein prinzipielles Abwehrmittel bereit steht.⁴⁹ Die Mehrheitsdemokratie stellt Anforderungen je nach gesellschaftlicher Problemlage. Die einen nennen das Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, die anderen sprechen von rechtsstaatlicher Sterbehilfe⁵⁰ – jeweils natürlich streng verrechtlicht und staatlich kontrolliert. Aber warum sollten in einer Gesellschaft, die das Szenario steter Überalterung an die Wand malt, nicht auch Sterbehilfen für »Alterschwache, Arbeitsinvaliden, schwer kriegsverletzte Soldaten« möglich sein? Wenn schwer Geistesranke »lebensunwert« seien, warum dann nicht auch diese Bevölkerungsgruppen? Die Frage hat Bischof von Galen am 3. August 1941 in seiner berühmten, mutigen Predigt in der St.-Lamberti-Kirche in Münster gestellt.⁵¹ Die Unerschrockenheit dieses katholischen Bischofs hatte anschließend selbst Adolf Hitler bewogen, das Vernichtungsprogramm für Geistesranke zumindest stark zu reduzieren bzw. zu verschieben.⁵² Das Beispiel will zeigen, dass auch ein *theologisch-ethischer Funda-*

47 Teubner, (Fn. 33), 172 f.

48 Binding/Hoche, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens – Ihr Maß und ihre Form (1920), mit einer Einführung von Naucke, 2006 (vgl. oben Fn. 1).

49 Naucke, Einführung, (Fn. 1), S. XLIII.

50 Vgl. hierzu im Überblick, Neumann/Saliger, Sterbehilfe zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung – Kritische Anmerkungen zur aktuellen Sterbehilfedebatte, HRRS 2006, 280 ff.

51 Nachweis bei Naucke, Einführung, (Fn. 1), S. XLII-XLIV.

52 Siehe dazu R. G. Reuth (Hrsg.), Goebbels-Tagebücher, Band 4: 1940-1942, 2. Auflage, 2000, S. 1525; siehe auch aaO., S. 1652 und S. 1701 (Fn. 203).

mentalismus als Menschenrechtsschutz außerrechtlicher Art selbst staatlichem Terror Grenzen zu setzen vermag.

Nicht die Positivität des Gesetzes, sondern das Setzen von Schranken vor und für das Gesetz sind prinzipielle Abwehrmittel im Sinne absoluter Politiksperrern für den Menschenrechtsschutz. Hier treffen sich so unterschiedliche Wissenschaftler wie Wolfgang Naucke und Gunther Teubner. Mit ihnen kann – wer will – Einigkeit insofern herstellen, dass sich Relativierungen der Menschenwürde nur mit *scharfer begrifflicher Abwehr* immer von Neuem begegnen lässt, wenn sie »auf dem lebenden Recht der Menschenrechte, das aus kommunikativen Konflikten in Politik, Moral, Religion, Recht und ihren dort erkämpften Ergebnissen entsteht«,⁵³ aufbaut. Das ist eine von außen kommende rechtliche und moralische Kontrolle, die staatskritische Absolutheitsregeln erst möglich macht.

Der *Abwägungsneutralismus*, der schon als »Mittelweg«⁵⁴ beschrieben wird, und der die Forderung eines »rechtsstaatlichen Sicherheitsstrafrechts« auf seine Fahnen geschrieben hat, ist demgegenüber ein gefährlicher Weg. Nicht mehr der Schutz des Bürgers vor dem machtvollen Zugriff des Staates wird hier als Aufgabe der Grundrechte gesehen, sondern »die ›gefühlte Bedrohung‹, die Verbrechensfurcht der Wählerinnen und Wähler, wird am Ende über die reale Kriminalpolitik entscheiden – und das, im demokratischen Staat, mit Recht« – so der Richter Hassemer.⁵⁵ Aus der Feder eines Hüters der Verfassung ist diese Position schon selbst Beleg für die fortschreitende Erosion des Rechtsstaates. Es ist nicht Aufgabe des Rechts, durch kontraproduktive Rechtssetzung den Bürgern Ängste scheinbar zu nehmen. Gefragt ist vielmehr eine breite Aufklärung über Wandlungsprozesse der sozialen Kontrolle und deren Ursachen, die den Souverän – die Bürgerinnen und Bürger – nur durch Information und Bildung erreichen können. Wer die Erosionen der Menschenrechte in der Präventions- und Sicherheitsgesellschaft angehen, d.h. wohl nur noch zeitweilig aufhalten will,⁵⁶ der muss erst einmal die »Vorstellungen über Abweichungen und Strafe als das entlarven, was sie sind: als kontingente, produzierte soziale Kategorien, die in ihrer derzeitigen Form den Raum für eine Lösung sozialer Konflikte verstellen«.⁵⁷

Den »dritten Weg« einer Anpassung an den Zeitgeist – in wessen und für welche Interessen auch immer – ist Burkhard Hirsch nie gegangen. Im Gegenteil: Er ist ein Kämpfer für staatskritische Absolutheitsregeln, für eine von außerhalb des Rechts kommende rechtliche und moralische Kontrolle, für fundamentale Menschlichkeit. Der wissenschaftliche und rechtliche Kampf für die Menschenwürde ist sein Lebens-

53 Teubner, (Fn. 33), 173.

54 Arnold, Karl Marx und das Holzdiebstahlsgezet, in: Festschrift Eser, 2005, S. 45, Fn. 93. Siehe auch Alexa Albrecht, Erosionen der Menschenrechte, Diss. 2006, S. 68 ff., die drei Varianten theoretischer Einsichten zur Sicherheitsgesellschaft beschreibt.

55 Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, StV 2006, 321 ff. (329).

56 Alexa Albrecht, Erosionen der Menschenrechte, Diss. 2006, S. 229 ff.

57 Singelstein/Stolle, Die Sicherheitsgesellschaft, 2006, S. 143. Zu den Phänomenen des Sicherheitsstaates »Ausländerkriminalität«, »Organisierte Kriminalität« und »Terrorismus« im Überblick P.-A. Albrecht, Kriminologie – Eine Grundlegung zum Strafrecht, 3. Auflage, 2005, §§ 42-44.

werk. Aber nicht nur die Ratio, auch die Empörung, gekleidet in den scharfen Verstand und die juristische Eloquenz, ist sein Motor auf der Suche nach dem richtigen Recht. Solche Leute muss man mit der Lupe suchen. Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität hat einen solchen in Burkhard Hirsch gefunden und ehrt ihn mit dem Doctor juris honoris causa!