

14. Jenseits von Naturrecht und Positivismus

14.1 Naturalismus-Kritik

Menschenrechte werden in der Regel als Rechte verstanden, die unabhängig von positivrechtlicher Setzung gelten sollen. Damit weist die Menschenrechtsidee eine Nähe zu naturrechtlichen Denkfiguren auf. Auch wenn sich moral- und rechtsphilosophische Theorien nicht explizit als naturrechtlich verstehen, greifen sie naturrechtliche Motive auf, wenn sie solchen Annahmen folgen.

In der neueren Menschenrechtsdiskussion sind Stimmen laut geworden, die diese Annahmen problematisieren. Verschiedene Autorinnen und Autoren versuchen, die fundamentalen Rechte aus der bestehenden politisch-rechtlichen Praxis heraus zu verstehen. Eine solche Argumentation vertritt beispielsweise Charles Beitz. Er wendet sich gegen einen Menschenrechtsnaturalismus, den er durch folgende vier Komponenten charakterisiert:

- Menschenrechte sind aus naturalistischer Sicht natürliche Rechte, deren Kraft nicht von den moralischen Konventionen oder den positiven Rechtsnormen in der Gesellschaft abhängt.
- Als natürliche Rechte verstanden, haben Menschenrechte einen prä-institutionellen Charakter, das heißt, ihr Inhalt ist unabhängig von der Bezugnahme auf strukturelle Gegebenheiten oder Institutionen bestimmbar.
- Für natürliche Rechte ist nach Beitz des Weiteren typisch, dass Menschen diese Rechte zu allen Zeiten und an allen Orten besitzen.
- Und schließlich kommen Menschenrechte, wenn sie als natürliche Rechte verstanden werden, Menschen als solchen zu, beziehungsweise Menschen besitzen sie allein aufgrund ihres Menschseins¹.

Diese Annahmen zieht Beitz in verschiedener Hinsicht in Zweifel. So hält er etwa eine Konzeption der Menschenrechte, die von Institutionen absieht, in Bezug auf einige der heute anerkannten Menschenrechte für unzureichend: beispielsweise das Recht auf Asyl oder auf kostenlose Grundausbildung². Auch die Vorstellung, dass Menschenrechte zu allen Zeiten und an allen Orten gelten würden, passt nach Beitz' Auffassung nicht zu einigen dieser Rechte. Rechte auf soziale Sicherheit oder freie

1 Beitz 2009, 52 f.

2 Beitz 2009, 55 f.

Schulausbildung zum Beispiel seien mit den besonderen Bedingungen der modernen Welt verknüpft³.

Beitz stellt der »naturalistischen« Menschenrechtstheorie daher eine praktische Konzeption der Menschenrechte gegenüber. Diese beruht auf der bestehenden internationalen Praxis und soll diese möglichst adäquat interpretieren⁴. Dies führt bei Beitz zu einem Modell mit drei Elementen:

- Menschenrechte sind Normen, die gewichtige menschliche Interessen gegen bestimmte Bedrohungen schützen wollen.
- Die Menschenrechte wenden sich in erster Linie an die politischen Institutionen eines Staates.
- Nimmt eine Regierung ihre Verantwortung, die Menschenrechte zu schützen, nicht wahr, so kann ein Eingreifen anderer Akteure notwendig sein⁵.

Eine ähnliche Position hat Joseph Raz formuliert. Auch nach ihm bestimmt sich die Bedeutung der Menschenrechte nach deren Funktion in den internationalen Beziehungen. Menschenrechte definieren Positionen, in Bezug auf die ein Staat keine Immunität gegenüber äußeren Einmischungen beanspruchen kann. Sie markieren mit anderen Worten Grenzen der staatlichen Souveränität⁶. Zwei Argumentationsstufen gehen dem voraus: Menschenrechte schützen nach Raz individuelle Interessen, und Staaten sind unter bestimmten Bedingungen verpflichtet, diese Interessen zu schützen. Menschenrechte sind somit nicht im strengen Sinn universal. Wenn Staaten aber verpflichtet sind, die Menschenrechte zu achten, dann können sie sich nicht auf Immunität berufen, wenn sie dies nicht tun⁷.

Als Vertreter einer praktischen Konzeption der Menschenrechte, die von moralphilosophischen Begründungen absieht, wird oft auch Rawls gesehen⁸. Ich möchte ihn dagegen nicht hier einordnen und will das kurz begründen. Die Interpretation, die Rawls als Vertreter einer praktischen Menschenrechtskonzeption betrachtet, stützt sich vor allem auf dessen Werk *The Law of Peoples*. In diesem Buch postuliert Rawls einen relativ engen Bestand von Menschenrechten, die liberale und achtbare Völker akzeptieren und die deshalb Element einer internationalen Ordnung bilden können⁹. Rawls geht es in diesem Werk jedoch nicht um eine Menschenrechtsbegründung. Die Zielsetzung des Buches besteht darin,

3 Beitz 2009, 57 f.

4 Beitz 2009, 102.

5 Beitz 2009, 109.

6 Raz 2010, 332, 336.

7 Raz 2010, 336.

8 Beitz bezieht sich stark auf Rawls; Beitz 2009, insb. Kap. 5. Vgl. auch Raz 2010, 328–332 (kritisch).

9 Vgl. Rawls 2002, insb. 80.

Grundsätze für die Aussenpolitik liberaler Völker zu entwickeln¹⁰. In diesem Kontext haben die Menschenrechte folgende Rolle: Sie definieren den Standard, der im internationalen Verkehr eingehalten werden muss, und dessen Nichteinhaltung Interventionsgründe liefern kann¹¹. Die Menschenrechte, wie sie in *The Law of Peoples* entfaltet werden, sind daher, wie Rawls betont, nicht mit den Grundrechten innerhalb eines Staates gleichzusetzen¹². Um Rawls' Menschen- bzw. Grundrechtsverständnis umfassend zu verstehen, müsste meines Erachtens seine moralphilosophische Konzeption einbezogen werden¹³.

Im Folgenden möchte ich die Kritik an naturalistischen Menschenrechtskonzeptionen aufgreifen und mein eigenes Verständnis von Menschenrechten und Menschenwürde im dadurch eröffneten Spektrum einordnen. Dazu werde ich zunächst die Bedeutung des Naturrechts für die Entwicklung der Menschenrechte kurz rekapitulieren, bevor ich auf einige Schwierigkeiten naturrechtlicher Begründungen eingehe. Dabei beschränke ich mich auf naturrechtliche Theorien im engeren Sinn und beziehe mich nicht auf sämtliche Konzeptionen, die auf eine vorrechtliche Normativität rekurren. Im Anschluss daran möchte ich ein rein positivistisches Modell der Menschenrechtsbegründung testen. Dies fasse ich als ein internationalrechtliches Konzept, in dem die Staaten als Normgeber die Menschenrechte setzen und durchsetzen. Auf der Grundlage der kritischen Analyse beider Ansätze werde ich mein eigenes Verständnis anschließend dazu in Beziehung setzen.

14.2 Naturrecht und Menschenrechte

Das Naturrechtsdenken spielt in Bezug auf die Menschenrechte traditionell eine wichtige Rolle. Die Menschenrechtserklärungen des 18. Jahrhunderts können als ein Triumph des Naturrechts interpretiert werden¹⁴.

¹⁰ Rawls 2002, 8.

¹¹ Rawls 2002, 97.

¹² Rawls, ebd.

¹³ Dazu vorn Kap. 13.5. Im Urzustand der *Theorie der Gerechtigkeit* werden Grundfreiheiten etabliert, die in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen wären. Diese Regeln gelten nur innerhalb einer politischen Gemeinschaft, weshalb sich einwenden ließe, dass dies das Menschenrechtsverständnis nicht betreffe. Innerstaatliche Grundrechte und Menschenrechte können inhaltlich aber nicht streng getrennt werden. Das wichtigste Anwendungsfeld der Menschenrechte ist nach wie vor ein innerstaatliches; vgl. vorn Kap. 12.4.

¹⁴ Welzel 1962, 162. Zum naturrechtlichen Entstehungszusammenhang der Menschenrechte auch Kühnhardt 1987, 36, 47, 334. Nach Ritter lag das

Und die Etablierung der Menschenrechte auf internationaler Ebene nach dem Zweiten Weltkrieg, besonders durch die Allgemeine Erklärung von 1948, steht auch im Zusammenhang mit dem Versuch, die europäische Naturrechtstradition wiederzubeleben¹⁵.

Das Naturrechtsdenken sieht den Bezugspunkt des Rechts in der menschlichen Natur, der das Recht entsprechen soll¹⁶. Etwas weiter gefasst, ist das Naturrecht das von Natur gegebene Recht¹⁷ oder das natürliche Recht¹⁸. Verschiedene Sprachen verwenden den Ausdruck »natürliches Recht« (z.B. lateinisch *ius naturale* oder englisch *Natural Law*). Der Begriff des natürlichen Rechts bringt die Grundidee deutlich zum Ausdruck: Es soll sich um ein Recht handeln, das von Natur aus gilt und nicht künstlich erzeugt wird¹⁹.

Es gibt vielfältige Formen des Naturrechts, auf die hier nicht detailliert eingegangen werden kann. Grob können drei Formen des Naturrechts unterschieden werden: ein antikes, ein christlich-mittelalterliches und ein neuzeitliches Naturrecht²⁰. Die Menschenrechte stehen mit der Naturrechtslehre in einem engen Zusammenhang. Es gibt jedoch keine direkte Kongruenz zwischen der Naturrechtstheorie als solcher und dem Menschenrechtsdenken. Weder die Antike²¹ noch das Mittelalter²² kannten Menschenrechte²³. Die Menschenrechtsidee gibt es erst in der Neuzeit²⁴.

Neue an den Menschenrechten gerade in ihrer naturrechtlichen Begründung: »nicht mehr aus altem Recht und Herkommen, sondern aus den allgemeinsten Sätzen des Naturrechtes, das für die ganze Menschheit gelten soll.« (Ritter 1964, 214).

15 Vgl. Ignatieff 2002, 86.

16 Schockenhoff 1996, 22; Welzel 1962, 10; Zacher 1973, 156 f.

17 Sauter 1932, 3.

18 Wolf 1964, 1. Zacher möchte unterscheiden zwischen Naturrecht und natürlichem Recht, wobei letzteres sich auf eine faktische Selbstverständlichkeit zu beziehen hätte (a.a.O., 151–156).

19 Der Begriff »Natur« in »Naturrecht« bezieht sich also nicht direkt auf eine ökologische Natur, auf Flora und Fauna. Er steht damit nur in einem indirekten Zusammenhang, insofern, als diese Natur Gegenstück zum menschlich Erzeugten ist.

20 Vgl. Welzel 1962, 9 ff.; Strauss 1977 unterscheidet noch abstrakter zwischen klassischem und modernem Naturrecht (Kap. IV und V).

21 Donnelly 2014, 81; Kühnhardt 1987, 49–62, insb. 62.

22 Donnelly 2014, ebd.; H. Dreier 2013b, 333.

23 Die Rechte, die durch die Herrschaftsverträge des Mittelalters (namentlich die Magna Charta von 1215) statuiert wurden, unterscheiden sich fundamental von modernen Menschenrechten: einerseits handelte es sich um vom König verliehene Freiheiten; andererseits wurden sie bestimmten Gruppen, als korporative Rechte, zugesprochen; vgl. Brieskorn 1997, 53–60; Jellinek 1964, 31–37; Kühnhardt 1987, 64–69.

24 Bielefeldt 1998, 25–28, 121–124, 202; Schwartländer 1979, 27.

Bereits die Idee des subjektiven Rechts ist relativ neu. Michel Villey betrachtet Wilhelm von Ockham als deren Begründer²⁵. Brian Tierney sieht sie dagegen schon durch die Kanonistik des 12. Jahrhunderts begründet²⁶. Eine besondere Bedeutung wird ferner der spanischen Spätscholastik und besonders Francisco de Vittoria zugesprochen²⁷.

Wichtige Schritte zu einer individualistischen Rechtskonzeption erfolgen bei Hobbes. Bei ihm wird das »Naturrecht« gewissermaßen in den Menschen hinein verlagert²⁸. Hobbes konzipiert ein individuelles *right of nature*²⁹, das er am Beginn des 14. Kapitels des *Leviathan* wie folgt bestimmt: »Das *natürliche Recht*, in der Literatur gewöhnlich *jus naturale* genannt, ist die Freiheit eines jeden, seine eigene Macht nach seinem Willen zur Erhaltung seiner eigenen Natur, das heißt seines eigenen Lebens, einzusetzen und folglich alles zu tun, was er nach eigenem Urteil und eigener Vernunft als das zu diesem Zweck geeignetste Mittel ansieht.«³⁰ Dieses natürliche Recht wird bei Hobbes von einem natürlichen Gesetz (*lex naturalis*) abgegrenzt. Dieses verbietet es einem Menschen, das zu tun, was sein Leben vernichtet oder ihn der Mittel zu seiner Aufrechterhaltung berauben kann. Somit sind *jus* und *lex* verschieden: Das *jus naturale* markiert eine individuelle Freiheit, die im Grunde keine Grenzen kennt, während die *lex naturalis* solche Grenzen markiert³¹.

Um zur Menschenrechtsidee durchzubrechen, musste die individuelle Rechtsvorstellung nur noch positiver gefüllt werden. Dies leistete im 17. Jahrhundert John Locke, der als (ein) Begründer der Menschenrechte gelten kann³². Ihm zufolge herrscht schon im Naturzustand ein natürliches Gesetz, dem zufolge niemand einem anderen an seinem Leben und Besitz, seiner Gesundheit und Freiheit Schaden zufügen soll³³. Damit korreliert das natürliche Recht jedes einzelnen, sein Eigentum, das heißt sein Leben, seine Freiheit und seinen Besitz, gegen andere zu schützen³⁴. Die politische Gesellschaft hat den Zweck der kollektiven Sicherung dieser Fundamentalrechte³⁵.

Nachdem naturrechtliche Kategorien zunächst an Bedeutung verloren, kam es besonders nach der Zeit des Nationalsozialismus zu einer gewissen Renaissance des Naturrechtsdenkens. Im deutschen Sprachraum

25 Villey 2006, 240–268.

26 Tierney 1996, 27–30.

27 Böckenförde 2006, 353–355; Seelmann 1994.

28 König 1994, 101.

29 Verdross 1971, 25.

30 Hobbes 1966, 99.

31 Hobbes, ebd.

32 Kühnhardt 1987, 81.

33 Locke 1977, 203 (§ 6).

34 Locke 1977, 253 (§ 87).

35 Locke, ebd.

steht vor allem Radbruch für die Wiederbelebung solcher Vorstellungen. Ihm zufolge gibt es Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, so dass ein Gesetz, das ihnen widerspricht, nicht gültig ist. »Man nennt diese Grundsätze das Naturrecht oder das Vernunftrecht. Gewiss sind sie im Einzelnen von manchem Zweifel umgeben, aber die Arbeit der Jahrhunderte hat doch einen festen Bestand herausgearbeitet, und in den so genannten Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte mit so weitreichender Übereinstimmung gesammelt, dass in Hinsicht auf manche von ihnen nur noch gewollte Skepsis den Zweifel aufrecht erhalten kann.«³⁶

In der aktuellen Menschenrechtsdiskussion wird eher selten direkt auf das Naturrecht Bezug genommen. Die engste Verbindung mit naturrechtlichen Denkfiguren weisen Theorien auf, die sich auf die menschliche Natur beziehen und Menschenrechte aus ihnen herleiten. Eine solche Sichtweise vertritt etwa Tasioulas³⁷. In einem weiteren Sinn liegen jedoch – wie eingangs erwähnt – den meisten philosophischen Menschenrechtsbegründungen naturrechtliche Vorstellungen zugrunde, insofern, als diese Rechte als vorpositiv gültig verstanden werden.

14.3 Probleme klassisch-naturrechtlicher Begründung

Der Naturrechtsgedanke ist gerade unter Bedingungen der Unsicherheit und des Umbruchs ansprechend. Nicht zufällig erlebte die Menschenrechtsidee nach dem Zweiten Weltkrieg ihren internationalen Durchbruch. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte bezieht sich in ihrer Präambel deutlich auf die Erfahrungen des Weltkrieges, wenn sie von den »Akten der Barbarei« spricht, »die das Gewissen der Welt tief verletzt haben«³⁸.

Theoretisch betrachtet, begegnen naturrechtliche Begründungsmuster jedoch erheblichen Schwierigkeiten. Dies betrifft sowohl Theorien, die in einem engeren Sinn auf die Natur des Menschen oder die Natur generell Bezug nehmen, als auch solche, welche ein Naturrecht in abstrakter Form zum Referenzpunkt der Menschenrechte erklären. Bei der ersten Spielart liegt das fundamentale Problem darin, dass sozusagen in die Natur hineingelegt wird, was herauskommen soll³⁹. Die Natur – sei es die menschliche Natur oder die Natur im Allgemeinen – ist nicht so, wie die

36 Radbruch 1973, 328. Vgl. als andere neuere Beispiele von naturrechtlichen Begründungen Finnis 1980; Maritain 1951.

37 Vgl. vorn Kap. 2.4.

38 Abgedruckt etwa in Dörr 2016, 139.

39 Kelsen 1960, 409; Schockenhoff 1996, 25–30; Verdross 1971, 63; Welzel 1962, 16, 61, 225.

rechtliche und moralische Normativität es will. Die menschliche Natur hat schlechte, zum Beispiel aggressive Seiten⁴⁰. Die Natur kennt in vielem gerade den Triumph der Macht und der Gewalt. Schon in der Spätso- phistik (Trasymachos, Kallikles) gab es deshalb die Idee, dass das Natur- recht einem Recht des Stärkeren entsprechen müsste⁴¹. Umgekehrt kann die Gerechtigkeit geradezu als das Naturwidrige betrachtet werden⁴².

Das Naturrecht kann daher nicht einfach der faktischen Natur ent- sprechen. Wäre die reale Natur des Menschen auch die Natur des Natur- rechts, so wären dessen Normen im Grunde überflüssig⁴³; zudem erhö- be sich gegen eine solche Gleichsetzung der Einwand des naturalistischen Fehlschlusses⁴⁴. Das Naturrecht setzt dem Tatsächlichen stets ein (besse- res) Präskriptives gegenüber. Es ist aber schwer zu sehen, wie dieses ei- nen philosophisch überzeugenden Halt finden könnte. Der Tendenz nach wird auf apodiktisch gesetzte Letztwerte zurückgegriffen und werden Begründungswege damit abgebrochen.

Auch ein von der tatsächlichen Natur losgelöstes Naturrecht taugt als Quelle der Menschenrechte kaum, da schwer zu zeigen ist, wo dieses Naturrecht selbst zu verankern wäre. Wird dabei nicht auf bestimmte idealistische oder theologische Denkfiguren zurückgegriffen, bleibt die Grundlage einer solchen Normativität unklar. Die Schwierigkeiten na- mentlich religiöser Fundierungen allerdings sind groß und sogleich noch näher zu betrachten. Auch der Ausweg, die Vernunft statt die Natur als Quelle des Rechts zu betrachten (Vernunftrecht), führt nicht wesentlich weiter. Denn auch die Vernunft gibt Verschiedenes vor. Die Berufung auf »die Vernunft« kann deshalb in Streitfällen kaum klären, welche Regeln die richtigen seien. Auch dieser Fundierungsmodus wird daher fast un- ausweichlich dogmatisch⁴⁵.

Den angesprochenen Problemen wird teilweise begegnet, indem man betont, dass das Naturrecht keineswegs als eine fixierte, geschlossene Normmasse vorzustellen sei, die in das positive Recht gleichsam hi- neinzukopieren wäre⁴⁶. Es sei eher als kritischer Maßstab zu begreifen. Diese Ansätze sind in der Sache adäquat, lösen das Begründungspro- blem aber nicht. Denn entweder wird das Naturrecht in eine Sphäre solcher Abstraktheit gehoben, dass konkret kaum mehr etwas daraus folgt. Oder es muss im Einzelfall doch genauer benannt werden, wie sich der naturrechtliche Maßstab zur positiven Norm verhält. Damit

40 Kelsen 1960, 411 f.

41 Vgl. Wolf 1964, 50, 119; Zacher 1973, 122.

42 Strauss 1977, 110.

43 Kelsen 1960, 410.

44 Vgl. Vossenkühl 1983.

45 Vgl. Kelsen 1960, 415 ff. Schon Cicero muss denn auch von einer *recta ra- tio* sprechen (de legibus I 12,33).

46 Finnis 1980, 28; Zacher 1973, 2. Teil, insb. 148.

aber bewegt sich die Argumentation bereits wieder in die Bereiche ewiger, transzendenter Werte, die letztlich geglaubt werden müssen. Eine Rechtsfundierung, die jede Betroffene und jeden Betroffenen in hinreichender Weise zu überzeugen vermag, ist in dieser Weise kaum zu erbringen.

14.4 Problematik einer religiösen Begründung im Speziellen

Die Naturrechtsidee hat nur in einer bestimmten Ausformung einen religiösen Charakter. Gleichwohl wird sie oft mit religiösen Begründungsmustern in Verbindung gesetzt, und ist sie auch seit jeher das Dach aller Versuche theologischer Rechtsbegründung. Dieser Begründungsmodus sei deshalb speziell beleuchtet.

Universell gültige Menschenrechte müssen auf der ganzen Welt und hinsichtlich jedes Menschen akzeptierbar sein. Diese zwingende Anforderung an eine Menschenrechtsbegründung bereitet religiösen Antwortversuchen große Schwierigkeiten. Denn faktisch besteht eine Vielzahl verschiedener Religionen, Glaubensüberzeugungen und auch nichtreligiöser Haltungen. Ein universelles Rechtssystem bedürfte, wenn es religiös begründet sein will, aber einer in minimaler Hinsicht einheitlichen Religiosität (wie sie im mittelalterlichen Europa gegeben war). Auf dem religiösen und kulturellen Pluralismus in der heutigen Weltgemeinschaft kann es schwerlich gründen. Selbst aus einer religionsfreundlichen Sicht wird daher etwa festgestellt: »[E]s gilt, diese unbedingte Verbindlichkeit des Ethischen auch dann und dort zur Geltung zu bringen, wo man auf seine Begründung in einer bestimmten Religion nicht zurückgreifen kann, auch nicht auf seine Begründung im christlichen Glauben. Denn eben dies machen die Tatsache und der Ernst des modernen Pluralismus unmöglich. Die Sinnbegründung der Menschenrechte muss angesichts des für die moderne Welt unaufhebbaren kulturellen und weltanschaulichen Pluralismus so möglich sein, dass sie die (vielleicht tiefere) Begründung im Glauben nicht ausschließt, aber auch ohne diese für alle Menschen – gleich welchen Glaubens und welcher politischen Anschauung – überzeugend sein kann.«⁴⁷

Das Problem wird evident im Hinblick auf neuere Versuche islamischer Menschenrechtsbegründung. Die Kairoer Erklärung über die Menschenrechte im Islam von 1990⁴⁸ bezieht sich durchgängig auf Gott⁴⁹,

47 Schwartländer 1979, 52 f.

48 Vgl. dazu Mayer 2014.

49 Vgl. Art. 1 Bst. a und b; Art. 2 Bst. a; Art. 11 Bst. a.

den Islam⁵⁰ und die Scharia als das göttliche Recht⁵¹. In Artikel 19 wird das Strafrecht direkt an die Scharia gekoppelt, in Art. 22 die Meinungsfreiheit auf den Rahmen des islamischen Rechts reduziert. In Art. 24 dann folgt ein umfassender Vorbehalt zugunsten der Scharia: »Alle in dieser Erklärung aufgestellten Rechte und Freiheiten unterliegen der islamischen Scharia.« Art. 25 erklärt die Scharia zum einzigen Bezugspunkt für die Erklärung oder Erläuterung eines jeden Artikels der Deklaration. Es ist evident, dass eine solche Rechtsbegründung für jemanden, der nicht an den Islam und die Scharia glaubt, nicht überzeugend sein kann, im Gegenteil in höchstem Maße unplausibel und oppressiv erscheinen muss.

Eine religiöse Begründung vermag grundsätzlich Personen, die die religiösen Annahmen nicht teilen, nicht als vernünftig einzuleuchten. Deshalb ist eine religiöse Begründung der Menschenrechte im Hinblick auf die religiös und kulturell vielfältige Gestalt der Weltbevölkerung kaum möglich⁵².

Im Übrigen erweist sich die verbreitete Annahme, die Menschenrechte hingen in ihrer Genese eng mit dem christlichen Glauben zusammen, bei näherem Hinsehen als fragwürdig. In der christlichen Glaubensüberlieferung ist die Idee unveräußerlicher Grundrechte unmittelbar nicht zu finden. Meist wird in dieser Hinsicht auf die Schöpfungsgeschichte und die Gottesebenbildlichkeit des Menschen rekurriert. Es ist aber alles andere als klar, dass und weshalb aus der Idee, dass der Mensch nach dem Bilde Gottes geschaffen worden sei, individuelle Rechte ableitbar sein sollen. Von der *Imago-Dei*-Lehre führt kein direkter Weg zu Menschenrechten und Menschenwürde⁵³. Höchstens in einer indirekten Weise hat die Betonung des Individuums und des individuellen Gewissens im Christentum Grundlagen auch für die Menschenrechte gelegt.

14.5 Positivrechtliche Begründung

Nach positivistischen Rechtsauffassungen soll sich normative Richtigkeit allein aus den Praktiken menschlicher Setzung ergeben. Auf konkrete Recht bezogen, bedeutet dies, dass – im internationalen Rahmen – die Regeln der völkerrechtlichen Normsetzung die Grundlage für die globale Geltung der Menschenrechte bilden sollen. Auch dieser Ansatz ist näher zu betrachten.

⁵⁰ Vgl. Art. 9 Bst. a; Art. 10.

⁵¹ Vgl. Art. 2 Bst. c und d; Art. 7 Bst. b und c; Art. 12; Art. 16; Art. 19 Bst. d; Art. 22 Bst. a und b; Art. 23 Bst. b; Art. 24; Art. 25.

⁵² Alexy 2004, 17; König 1994, 331.

⁵³ Hofmann 1999, 11–13; Höffe 1996, 101 f.

In der Rechtstheorie und Völkerrechtslehre der Gegenwart wird eine klassisch-naturrechtliche Begründung der Menschenrechte überwiegend abgelehnt⁵⁴. »Heute lässt das moderne Völkerrecht«, so etwa Herdegen, »vor allem mit seinen menschenrechtlichen Standards der Berufung auf überpositive Normativität kaum mehr Raum.«⁵⁵ Das Echo des Naturrechts, so Haltern, sei uns in einer Zeit, in der sich das Rechtssystem längst positiv geschlossen habe, fremd⁵⁶. In Bezug auf die Völkerrechtslehre wird daher auch festgestellt, dass eine positivistische Sichtweise herrschend sei⁵⁷.

Das neuzeitliche Rechtsdenken ist mit der Aufgabe konfrontiert, das Recht ohne Berufung auf transzendente Größen, die allesamt strittig geworden sind, zu begründen. Es beantwortet dieses Problem im innerstaatlichen Rahmen vorwiegend mit dem Gedanken der demokratischen Legitimation. Das moderne Völkerrecht steht grundsätzlich unter den gleichen Forderungen immanenter Begründung wie das binnenstaatliche Recht, doch haben die diesbezüglichen Antworten eine etwas andere Gestalt. Da in internationaler Hinsicht ein »Volk« als Quelle der Rechtsgeltung nicht besteht, rückte die Gemeinschaft der Staaten im modernen Völkerrecht an die Position des normbegründenden Subjekts. Gleichsam anstelle der Individuen stehen die einzelnen Staaten und deren Wille am Anfang des internationalen Rechts.

Als Rechtsquellen des Völkerrechts gelten heute dementsprechend in erster Linie Vertrags- und Gewohnheitsrecht⁵⁸. Verankert ist dieses Konzept in Art. 38 des Statuts des Internationalen Gerichtshofes⁵⁹. Im Zentrum der Rechtsbegründungskonzeption steht somit das Konsensprinzip⁶⁰. Die Staaten sollen durch internationales Recht nur insoweit gebunden sein, als sie sich explizit (Vertrag) oder stillschweigend (Gewohnheit) damit einverstanden erklärt haben. Diese Konzeption stößt gerade hinsichtlich des Menschenrechtsschutzes jedoch an Grenzen. Die Konsens Theorie lässt sich nur mit beachtlichen Konzessionen aufrechterhalten⁶¹. Dies insbesondere im Hinblick auf die so genannten zwingenden

54 Vgl. Delbrück 1981, 13; Doebling 2003, 8.

55 Herdegen 2007, 144.

56 Haltern 2006, 888.

57 Herdegen 2021, 31. Luhmann betont, dass die Positivierung des Rechts sich nicht rückgängig machen lasse (Luhmann 1965, 40).

58 Vgl. Stein/von Buttlar/Kotzur 2017, 4.

59 Die Bestimmung sieht als Rechtsquellen neben internationalen Übereinkünften (Bst. a) und internationalem Gewohnheitsrecht (Bst. b) auch die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze (Bst. c) sowie richterliche Entscheidungen und die Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtler als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsnormen (Bst. d) vor.

60 Herdegen 2021, 31.

61 Herdegen 2021, 33.

Normen des Völkerrechts (*ius cogens*)⁶². Als eine solche Norm gilt nach Art. 53 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge »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.« Eine Reihe fundamentaler Menschenrechte gehört nach herrschender Auffassung zum *ius cogens*⁶³.

Besonders mit der Figur des zwingenden Völkerrechts wird versucht, einen festen, unantastbaren, auch völkervertragsrechtlich nicht disponiblen Normbestand in das Völkerrecht einzuführen. Quellen des *ius-cogens*-Konzepts können im Naturrechtsdenken erblickt werden⁶⁴. Die Schwierigkeiten dieses Modells führen über zur Diskussion der Problematik des Positivismus im Völkerrecht, insbesondere im Hinblick auf die Menschenrechte.

14.6 Probleme positivrechtlicher Begründung

Im Konzept zwingender Völkerrechtsnormen stößt eine Subjektivität der Rechtsbegründung, die bei den einzelnen Staaten ansetzt, mit der Annahme einer objektiven Wertordnung zusammen⁶⁵. Ein unantastbarer Kernbestand des Rechts wird auf den Konsens der Staaten zu gründen versucht. Das bedeutet, dass als zwingend nur gelten kann, was allgemein akzeptiert wird. Damit ist der Zwang im Grunde aber wieder aufgehoben, da letztlich das Einverständnis der Betroffenen entscheidet⁶⁶.

Die Schwierigkeit, quasi-naturrechtliche, unantastbare Normen im positiven Rechtserzeugungsverfahren zu fundieren, ist schwerlich zu überwinden. Um zu einem solchen Normbestand zu gelangen, müssen die Anforderungen an die Rechtsentstehung so hoch angesetzt werden, dass faktisch wieder die Bindungswirkung entfällt, weil jeder Teilnehmer diese durch seinen Dissens torpedieren kann. Die positivistische Idee der Rechtssetzung durch die Rechtsunterworfenen prallt mit den Vorstellungen einer zwingenden, unantastbaren, gleichsam von außen auf die Rechtsakteure kommenden Normativität zusammen.

Erreichbar wäre eine Rechtebegründung, die sich vom Willen aller Einzelstaaten löst, durch qualifizierte Mehrheitsverfahren. Als zwingende

62 Stein/von Buttlar/Kotzur 2017, 4 (»wesentliche Durchbrechung des Konsensprinzips«).

63 Herdegen 2021, 168 f.; Gómez Robledo 1981, 179.

64 Danilenko 1991, 44; Parker/Neylon 1988, 419–422.

65 Carillo Salcedo 1997, 591.

66 Vgl. Weil 1992, 269.

Normen könnten solche gelten, die von einer hinreichend großen Zahl der Staaten anerkannt worden sind. Das läuft jedoch der herrschenden Rechtsquellenlehre und dem dahinter stehenden Konzept der staatlichen Souveränität zuwider. Die Völkerrechtslehre begegnet diesem Problem vor allem dadurch, dass sie die Anforderungen des »Konsenses« reduziert. Zum einen begnügt man sich diesbezüglich mit einem angenommenen oder stillschweigenden Konsens⁶⁷. Zum anderen wird angenommen, dass Konsens nicht völlige Einstimmigkeit bedeute, sondern nur, dass allfällige Dissidenten von keiner relevanten Bedeutung seien⁶⁸. So wird gerade im Hinblick auf die Menschenrechte und deren zwingende Natur mitunter ein Konsens angenommen, der faktisch nicht unbedingt besteht. Wenngleich die Menschenrechte heute sehr breite Akzeptanz finden, gibt es doch einzelne Staaten, die das Konzept ablehnen⁶⁹. Die Begründung über den Staatenkonsens führt im Hinblick auf zwingende Menschenrechtsvorschriften deshalb an Grenzen.

Dazu kommt ein weiteres, grundsätzliches Problem: Unter den Menschenrechten stellt man sich weithin mehr vor als einfache Produkte von Mehrheitsauffassungen. Sie werden weithin als Normen verstanden, die prinzipiell unabhängig von menschlichen Entscheidungen gelten. »Menschenrechte sind die neuzeitliche Transformation der Idee, dass es ein Recht gibt, das positiver Satzung entzogen ist.«⁷⁰ Auch wenn die Staaten, vielleicht sogar in ihrer Mehrheit, gegen die Menschenrechte handeln, sollen diese daher gelten. Sie haben ihre eigentliche Rolle gerade dort, wo sie positivrechtlich nicht gewährleistet sind⁷¹.

Damit überschreitet die Menschenrechtsidee in ihren Prämissen die positivistische Rechtsauffassung. Die zwingenden Menschenrechte als Teil einer unabdingbaren Völkerrechtsordnung markieren den Wandel zu einem veränderten Rechtsverständnis. Ein Völkerrechtler bringt dies folgendermaßen zum Ausdruck: »Die Grundregeln des Völkerrechts entworfen wieder – wie bereits in der vorpositivistischen Zeit des Naturrechts – der Verfügbarkeit der einzelnen rechtsunterworfenen Staaten, die im klassischen Völkerrecht des Positivismus zugleich Gesetzesadressaten und Gesetzgeber waren; es wird erneut zum *ius publicum* einer überstaatlichen und nunmehr auch überkontinentalen Gemeinschaft, wie einst das *ius publicum Europeum* Grundordnung der europäischen *res publica Christiana* war.«⁷²

67 Herdegen 2021, 34.

68 Oppenheim/Lauterpracht 1955, 17.

69 Riedel 1986, 173; Tomuschat 2002, 18 f.

70 König 1994, 298.

71 König 1994, 31.

72 Giegerich 2003, 2.

14.7 Integration

Die bisherigen Ausführungen haben deutlich gemacht, dass sich Menschenrechte weder rein naturrechtlich noch rein positivistisch überzeugend interpretieren lassen. Naturrechtliche Ansätze ringen mit dem modernen Pluralismus, der keine einheitliche Weltsicht mehr kennt. Rein positivistische Modelle wiederum verpassen Intuitionen unbedingter Geltung, die mit der Idee der Menschenrechte untrennbar verknüpft sind.

In der vorliegenden Darstellung wird die Auffassung vertreten, dass fundamentale Rechtspositionen in der Würde des Menschen begründet liegen. Die einzelnen Rechte explizieren einen grundlegenden Anspruch auf Unverfügbarkeit, der seinerseits in den Bedingungen menschlichen Existierens angelegt ist. Der ursprüngliche Status des Nicht-hergestellt-Seins und des selbständigen Lebensvollzugs indiziert, dass das Individuum keinem schrankenlosen Zugriff anderer ausgesetzt werden darf. Die einzelnen Menschenrechte sind Konkretisierungen dieser Garantie.

Diese Perspektive beinhaltet sowohl naturrechtliche als auch positivistische Motive, ohne sich einer dieser Kategorien einseitig und vollständig zuzuordnen. Verbunden mit naturrechtlichen Motiven ist dieses Verständnis der Menschenrechte insofern, als es diese Rechte in einem nicht-artifiziellen Charakter des menschlichen Lebens angelegt sieht. Die grundlegenden Forderungen, die sich daraus ergeben, sind kategorischer Art. In seinem moralischen Kern ist der Menschenwürde- und Menschenrechtsschutz als unbedingt und menschlich nicht disponibel zu betrachten.

Im Hinblick auf konkrete Rechte besteht ergänzend jedoch die Notwendigkeit konstruktiver Bestimmung. Aus der Würde ergibt sich nicht ohne weiteres, welche Rechte und Normen im Einzelnen gelten sollen. Welche Handlungen und Praktiken das Erfordernis guter Begründung erfüllen, ist in Prozessen menschlicher Verständigung stets neu festzulegen. Dabei ist davon auszugehen, dass die einzelnen Normen mit dem Wandel von Bedingungen, Anschauungen, Gefährdungen und auch empirischen Kenntnissen Veränderungen unterworfen sind. Auf Einzelheiten der rechtlich-politischen Rechte-Bestimmung werde ich im dritten Teil dieser Arbeit näher eingehen.

Die vorliegende Konzeption unterscheidet sich von einem klassischen Naturrechtsdenken namentlich in folgender Hinsicht: Sie bedarf keiner metaphysischen Verankerung von Normativität – keines »Wertheimmels«, in dem die Menschenrechte verankert wären. Deren Grund liegt nach hier vertretener Ansicht im Umstand, dass Menschen keine Artefakte sind und dass sie auf eine spezifisch menschliche Weise selbständig existieren. Aufgrund dessen können Menschen nicht in den Kategorien

von Herstellung und Verfügbarkeit eingeordnet werden. Die Begründung setzt mithin bei empirischen Evidenzen an und verweist nicht auf jenseitiges Absolutes. Sie wird damit dem Umstand gerecht, dass ein solches Absolutes unter Bedingungen des modernen Pluralismus in hoher Weise umstritten sein müsste und kaum die Basis einer universalen Rechtebegründung bilden kann.

Sowohl gegenüber einer klassisch-naturrechtlichen wie gegenüber einer rechtspositivistischen Sichtweise weist die vorgestellte Konzeption damit Distanz auf. Sie betrachtet grundlegende Freiheitsrechte als mit dem Menschlichen und dem Status des von Natur aus Gewordenen verknüpft – in dem Sinn als »angeboren«, als die Geburt des Menschen basale Ansprüche auf Selbstentfaltung impliziert. Das Modell versteht die einzelnen Rechte und die Rechtsordnung insgesamt aber nicht als prä-determiniert, sondern als politisch gesetzt und variabel. Insofern verbindet es naturrechtliche und positivistische Motive bzw. steht es jenseits dieser Alternative⁷³. Die Würde des Menschen lässt als ideeller Kern der Menschenrechte einen Handlungsspielraum, und verleiht dem Rechtsschutz in seiner Substanz doch einen unbedingten Sinn.

73 Vgl. auch Forst 2007, 198 (dort Anm. 22), 315.