
Woran das Recht gebunden ist

Eine Skizze

Gerhard Robbers

A.

I.1. In der allgemeinen Wahrnehmung erscheint das Recht gemeinhin als Befehl: Man soll rechts fahren im Straßenverkehr, wer einen Schaden anrichtet, soll dafür zahlen, niemand soll jemanden verletzen, und tut er es dennoch, so soll er bestraft werden. Recht ist Imperativ.

Und Recht ist Sanktion: Wer das Recht verletzt, wird bestraft, muss Schadensersatz leisten, verliert seine Stellung. Das Recht ist eine Bedrohung. Kein Mensch kann sein ganzes Leben lang rechtstreu sein, irgendwann bricht jeder das Recht. Das Recht aber befiehlt ständig Rechtstreue. Das Recht verlangt Menschenunmögliches, das Recht ist unmenschlich.

All das ist das Recht aber nur, wenn es scheitert. Nur wenn das Recht gebrochen wird, gibt es die Sanktion. Das Recht soll aber nicht gebrochen werden. Wird das Recht gebrochen, hat das Recht versagt. Das Recht muss – im Scheitern – dann nach Mitteln greifen, die das Recht vermeiden will. Die Sanktion ist dem Recht sekundär. Erst wegen des Scheiterns greift das Recht nach Mitteln, die Schlimmeres verhindern sollen, die Schäden ausgleichen, die wiederherstellen, die Wiederholungen verhindern sollen. Sie sind aber gerade darin Ausdruck des Scheiterns. Wenn früher als *leges imperfectae* diejenigen Gesetze gegolten haben, die keine Sanktionen in sich androhten, so ist das Rechtsgeschichte – Kulturgeschichte –.

Der Sinn des Rechts liegt darin, die Sanktion zu vermeiden. Das Recht zeigt, wie man sich richtig verhält. Normalerweise verhält man sich richtig. Zu wissen, was richtig ist, dazu dient das Recht. Strafe soll nicht sein. Schadensersatz macht das Scheitern offenbar, weil das Recht den Schaden vermeiden soll. Im Recht geht es um anderes als um Strafe, um anderes als um Sanktion, es geht im Recht um anderes als um Befehl und Gehorsam.

I.2. Ziel des Rechts ist die Freiheit. Dass Menschen frei leben können, ist das Worum-Willen des Rechts. Dazu bedarf es zunächst einer Friedensordnung. In Kampf und Krieg gibt es keine Freiheit. In Kampf und Krieg ist man zum Kämpfen gezwungen. Nur Kampf und Krieg zu vermeiden, erschöpft aber den Sinn des Rechts nicht. Das Recht könnte zur Kampflosigkeit auch zwingen.

Der Friede ist eine Bedingung der Freiheit. Das Recht schafft Frieden, weil es Freiheit ermöglicht.

So wie Friede nicht bloß Abwesenheit vom Kampf ist, erschöpft sich Freiheit nicht in der Abwesenheit von Zwang. Bloße Bindungslosigkeit ist nicht Freiheit. Freiheit ist die Fähigkeit, Sinn zu stiften. Die Aufgabe des Rechts ist es, hierzu Bedingungen zu sichern.

Das Recht stellt Strukturen bereit, schafft Organisation, vermittelt Grundlagen, die es erlauben, Lebensentwürfe zu setzen und zu verwirklichen.

Das Recht vermittelt Grundlagen wie Menschenwürde, Freiheiten, Gleichheit der Menschen, Grundlagen, die Verlässlichkeiten schaffen, in denen jeder einzelne sein Leben in Gemeinschaft gestalten kann.

Das Recht schafft die Organisation für die Gewährleistung solcher Verlässlichkeit: bei uns heute Parlamente, Regierungen, Verwaltungen, Gerichte, das Führerscheinwesen.

Das Recht stellt Strukturen für gelingendes Leben bereit: den Vertrag, damit man in die Zukunft planen und

sich auf die Planung verlassen kann; die Ehe, damit man sich ganz aufeinander einlassen kann; das Eigentum, damit man sein eigener Herr bleiben kann.

II. Konkrete Inhalte des Rechts sind zeitbedingt. Sie bestehen in und aus einer bestimmten Zeit, in konkreten kulturellen Zusammenhängen.

Auch spezifische Funktionen des Rechts sind in solchen Umständen gebunden. Dies mag ein Beispiel belegen, ein Vergleich zwischen den USA und Deutschland: Der kulturelle Vergleich zeigt in der Praxis, dass in Deutschland, im akademischen Gespräch, meist das System des Rechts im Zentrum steht, in den USA dagegen der konkrete Fall. US-amerikanische akademische Rechtsdiskurse sind narrativ, auf die Lösung konkreter, einzelner Fälle hin geordnet. In Deutschland ist dieser Diskurs eher systemorientiert, den Gesamtzusammenhang des Rechts insgesamt suchend. Das Recht in den USA dient primär als Instrument, als Waffe zur Durchsetzung eigener, einzelner Interessen. In Deutschland dient das Recht primär dem Zusammenhalt, dem Ausgleich der Gemeinschaft.

Auch Verfassungen haben unterschiedliche Funktionen in unterschiedlichen Staaten der Welt. Einerseits: Verfassungen gelten als Entscheidungsnormen, als verpflichtende Vorgaben zur Vermeidung und zur Entscheidung von Streitigkeiten, zur verbindlichen Organisation des Gemeinwesens. Anderswo dagegen sind Verfassungen in erster Linie Symbol der Unabhängigkeit, Symbol der staatlichen Selbständigkeit. Wiederum anderswo sind sie bloß lästige, aufgezwungene Pflichtübung gegenüber stärkeren Mächten. Endlich bestehen Verfassungen als bloße Propaganda zur Überdeckung der tatsächlichen Zustände.

B.

Was aber ist das Gemeinsame des Rechts, was ist das Bleibende im Wandel? Ich möchte zwei allgemeine Prinzipien vorschlagen, die Bindungen des Rechts ausdrücken: Zieladäquanz und Zeitadäquanz.

Das Recht muss entwicklungsfähig sein, das Recht muss sich entwickeln. Eine der stärksten Bindungen des Rechts liegt in der Bindung an den Wandel. Dabei muss das Recht den Zielen des Rechts entsprechen.

I. Auf der Suche nach solchen allgemeinen Bindungen möchte ich zunächst dem Positivismus Reverenz erweisen: Ich möchte mich dem Grundgesetz zuwenden, dem Wortlaut der Verfassung. Die Bezüge des Grundgesetzes zu einem überpositiven Recht sind deutlich. Sie werden heute im rechtswissenschaftlichen Diskurs allerdings minimiert, beiseite geschoben und in ihrer Relevanz gelegnet. Das ist in einer Zeit verständlich, die rechtlich mit sich selbst im Reinen ist, in der das richtige Recht durch das positive Recht nicht bedroht erscheint. Dem Wortlaut des Grundgesetzes wird diese Auslegung, diese Minimalisierung des überpositiven Rechts aber nicht gerecht. Sie ist auch in der Sache falsch.

Das Grundgesetz stellt sich selbst bereits in der Präambel unter die Verantwortung vor Gott und den Menschen. Im Bezug auf Gott – „Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott“ – bezieht sich die Verfassung auf die Dimension der Transzendenz. Das Grundgesetz sieht sich von vornherein nicht absolut. Alles von der Verfassung abgeleitete und in der Verfassung gebundene Recht bleibt in dieser Verantwortung gebunden. In Bezug auf den Menschen – „Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor den Menschen“ – bezieht sich die Verfassung auf die Idee der Verallgemeinerungsfähigkeit, auf die Gleichheit des Rechts.

Und weiter: Art. 2 Abs. 1 GG spricht vom Sittengesetz

als Grenze der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Art. 6 Abs. 2 GG anerkennt das Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder als ihr natürliches Recht – ein klares Bekenntnis zu naturrechtlichen Bindungen.

Die Verpflichtung zu Achtung und Schutz der Menschenwürde verpflichtet auch den Verfassungsgesetzgeber – alle staatliche Gewalt. Die Menschenrechte erklärt Art. 1 Abs. 2 GG zur Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft. Art. 79 Abs. 3 GG verbietet Änderungen des Grundgesetzes, die die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze betreffen. Dies geschieht nicht zum Zweck bloßen Systemerhalts. Es stellt sich in die Tradition der vernunftrechtlichen Menschenrechtserklärungen und nimmt die Erfahrung der moralischen Verwüstung im Nationalsozialismus auf.

Der Wortlaut des Grundgesetzes bleibt deutlich: die Verfassung dürfte nicht anders, auch wenn sie könnte, auch wenn sie wollte. Deutlich ist auch, dass diese Auslegung der entscheidenden Überzeugung im Parlamentarischen Rat entspricht.

Die neopositivistische Verneinung dieser Bindungen kann gegen den Wortlaut der Verfassung nicht durchdringen.

Die neopositivistische Verneinung der Bindungen des positiven Rechts kann sich auch nicht mit Erfolg auf das Bundesverfassungsgericht berufen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage nach einem überpositiven Recht offengelassen. Auch die noch frühe Entscheidung im zehnten Band der Sammlung (BVerfGE 10, 59 ff.) bedeutet nichts anderes. Da sagt das Bundesverfassungsgericht: „Die verfassungsrechtliche Prüfung an diesen naturrechtlichen Vorstellungen zu orientieren, verbietet sich jedoch schon durch die Vielfalt der Naturrechtslehren, die zutage tritt, sobald der Bereich fundamentaler Rechtsgrundsätze verlassen wird, und die sich vor allem bei der Erörterung der innerhalb der naturrechtlichen Diskussion selbst sehr umstrittenen Fragen des Verhältnisses von ‚Naturrecht und Geschichtlichkeit‘, ‚Na-

turrecht und positives Recht' zeigt. Für die hier vorzunehmende Prüfung kommt daher als Maßstab nur das Grundgesetz in Betracht" (BVerfGE 10, 59/81).

Die Möglichkeit der bindenden Existenz überpositiven Rechts ist damit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zumindest offengelassen.

Das Grundgesetz jedenfalls setzt die Existenz überpositiven Rechts voraus. Sicher kann es sich bei der Aussage der Verfassung um einen Irrtum der Verfassung handeln. Auch die Verfassung kann – bei aller Positivität und trotz aller Positivität – kein überpositives Recht dekretieren, wenn es kein überpositives Recht gibt.

II. Was aber ist der Inhalt dieses auch vom Grundgesetz anerkannten überpositiven Rechts? Was sind die Bindungen des positiven Rechts? Woran ist das Recht gebunden? Vielleicht doch an die Natur, an die Natur des Menschen? Man spricht heute nicht mehr gern vom Naturrecht.

Die Naturrechtsdebatte hat sich historisch entwickelt. Wenn heute – zu Recht – der Eindruck besteht, dass eher selten von Naturrecht gesprochen wird, so darf das über die weiterhin ungebrochene Stärke in der Substanz nicht hinwegtäuschen. Es hat sich lediglich die Einkleidung gewandelt. Was früher unter Naturrecht diskutiert worden ist, erscheint heute unter dem Topos der Menschenrechte.

Der Anspruch der Menschenrechte auf Allgemeingültigkeit ist ungebrochen.

Ich möchte im Folgenden empirisch vorgehen und die Verfassungsvergleichung stärker ins Blickfeld rücken. Verfassungsvergleichung kann zeigen, wo es Gemeinsamkeiten gibt und wo Unterschiede, Verfassungsvergleichung kann letztlich Hinweise darauf geben, wo Universalität besteht und wo Partikularität. Diese Verfassungsvergleichung muss, wenn umfassend durchgeführt, Vergleichung des Verfassungsrechts, Vergleichung der Verfassungswirklichkeit

und Vergleichung der Verfassungsgeschichte sein. Hier müssen einige Hinweise genügen, einige Beobachtungen.

Schon ein erster Überblick zeigt, dass heute in so gut wie allen politischen Gemeinwesen geschriebene Verfassungen bestehen: Das Recht soll geschrieben sein, es soll öffentlich sein, es soll einen verbindlichen Mittelpunkt haben – erste Prinzipien, in denen das Recht gebunden ist. So gut wie alle Staatsverfassungen haben heute Grund- und Menschenrechtskataloge in sich: Das Recht soll bestimmte Inhalte haben. Diese Inhalte variieren, aber sie variieren weniger als oft angenommen, und wo sie variieren, lassen sich bestimmte Muster erkennen.

Durchgängig anerkannt sind einige, relativ einfache spezifische Schutzgüter der Menschenrechte: Leben, Unversehrtheit des Körpers, Schutz gegen willkürliche Verhaftung, Bewegungsfreiheit, durchaus auch Meinungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit, persönliches Eigentum und auch die Glaubensfreiheit. Es betrifft dies Schutzgüter, deren Beeinträchtigung unmittelbar und durchgängig persönliches Leiden erzeugt. Wem ein Glaube aufgezwungen wird, leidet – überall auf der Welt. Wer gefoltert wird, leidet – jeder Mensch. Menschenrechte als Schutz gegen Leidensdruck, als historisch gewachsene, aber universal erfahrbare Antwort auf Bedrängnissituationen gelten dort, wo solches Leiden erfahrbar wird. Das ist überall. Das ist das Feld der Universalität der Menschenrechte.

Die Universalität der Grundaussage begegnet Einschränkungen. Dies ist stets dort der Fall, wo einzelne Schutzgüter in Konflikt oder in Konkurrenz zueinander stehen. Es kann sein, dass individuelles Leben gegen individuelles Leben steht. Es kann sein, dass die Existenz der Gemeinschaft eines ideellen, ideologischen Zusammenhaltes bedarf, der mit dem individuellen Glauben einzelner kollidiert. Die Auflösung solcher Kollisionslagen, die Zusammenordnung der unterschiedlichen Schutzinteressen ist heute das Feld

der Partikularität der Menschenrechte. Die Verfassungsvergleichung zeigt empirisch, dass die Schutzgüter im Kern universal anerkannt sind. Die Auflösung von Konflikten der Schutzgüter dagegen ist höchst umstritten. Es ist hier, wo kulturelle, wirtschaftliche, militärische, medizinische Bedürfnisse konkrete und oft divergierende, partikulare Lösungen verlangen. Rechtsdogmatisch gesprochen: Der Schutzbereich der Menschenrechte ist insoweit universal, der Schrankenbereich ist insoweit partikular. Es bedarf verstärkter Dialoge untereinander, um allgemein akzeptable Lösungen auch auf dieser Schrankenebene zu finden.

Die Partikularität der Schrankenlösungen hat im übrigen bisweilen Auswirkungen auf die Beschreibung der Schutzgüter. Das gilt etwa im Blick auf die Religionsfreiheit für die Frage des Wechsels des eigenen Glaubens. Muslimisch geprägtes Recht denkt hier anders als heutiges christlich geprägtes Recht. Das gilt auch im Blick auf das Recht auf Leben für die Frage des Beginns und des Endes menschlichen Lebens, bei den Diskussionen um das Medizinrecht. Letztlich lässt sich dies alles als Problem der Zusammenordnung unterschiedlicher Schutzinteressen und damit auf der Ebene der Schranken beschreiben.

Es lässt sich hieraus eine universale Bindung des Rechts erschließen: Das Recht soll Leiden vermeiden.

Menschenrechte sind aber nicht nur Schutz gegen Leiden. So wichtig diese Dimension ist, Menschenrechte erschöpfen sich in dieser negatorischen Funktion nicht. Menschenrechte haben ebenso positive, konstruktive Funktion. Menschenrechte konstituieren Institutionen wie die Ehe, das Eigentum, den Vertrag, Parlamente im Einzelnen und den politischen Prozess im Allgemeinen. Hier liegt ein weites Feld der Partikularität. Deutlich ist schon, dass manche der hier gewährleisteten Rechte nicht als Menschenrechte, sondern lediglich als Grundrechte in konkreten Gemeinschaften, etwa der Bürger oder Staatsangehörigen, gelten.

Gleichwohl: Solche Rechte schaffen Möglichkeiten. Diese Möglichkeiten sind in hohem Maße abhängig von den konkreten gewachsenen und sich weiter verändernden Umständen.

Es lässt sich hieraus eine weitere universale Bindung der Rechte erschließen: Das Recht soll Möglichkeiten in konkreten Umständen konstituieren.

Daraus folgt wiederum eine weitere, universale Bindung des Rechts: Das Recht muss entwicklungsfähig sein, es muss den Erfordernissen vor Ort und Zeit entsprechen.

Damit ergeben sich die zwei wesentlichen Bedingungen richtigen Rechts: Zieladäquanz und Zeitadäquanz.