

Der Wandel der Menschenrechte

Heinrich Scholler*

Resumo: O presente artigo investiga a mudança dos direitos fundamentais abordando diversos aspectos que envolvem o tema. O texto está dividindo em quatro partes. A primeira, que aborda as novas orientações fundamentais em geral, investiga (i) a nova posição de destaque dos direitos fundamentais na Constituição; (ii) a nova compreensão fundamental de que a garantia dos direitos fundamentais não está na lei, mas na própria Constituição e que os direitos fundamentais dispostos na Constituição vinculam a administração, o legislador e o judiciário; e (iii) as regras de interpretação dos direitos fundamentais, observando a mudança significativa que teve para os direitos fundamentais a definição de uma específica interpretação constitucional.

A segunda parte trata da nova concepção dos direitos humanos, desde (i) a concepção dos direitos humanos como direitos naturais e direitos positivados. O autor observa que os direitos naturais positivados na Constituição alemã são garantias estatais e desempenham importante papel na interpretação, em especial em caso de conflito; (ii) os direitos humanos como parte do direito supremo da Constituição, que vincula o restante do sistema jurídico; (iii) a posição das garantias dos direitos humanos no direito nacional e internacional, colocando a questão da relação dos direitos humanos internacional e suas garantias com o direito nacional (teorias monista e dualista). O autor chama a atenção para a necessidade de se evitar que a aplicação dos direitos humanos nacionais pelos tribunais nacionais se afaste da práxis jurídica internacional; (iv) a eficácia em terceiros ou horizontal dos direitos humanos; (v) a eficácia direta das normas de direitos humanos; (vi) os direitos humanos como direitos fundamentais objetivo, *directive principles* ou garantias institucionais; (vii) a separação dos direitos humanos, como parte da ordem jurídica fundamental, da idéia de ordem de valores; (viii) o significado da *open and democratic society* e da *civil society* para a realização dos direitos fundamentais como discurso internacional, apontando a importante questão de como limitar as garantias nacionais dos direitos humanos sem as mesmas entrarem em conflito com os direitos humanos internacional; (ix e x) a realização dos direitos fundamentais como quarta geração de direitos humanos.

A terceira parte enfrenta os direitos humanos no sistema jurídico e sua realização sistemática, investigando (i) a teoria dos status; (ii) a dimensão objetiva e subjetiva do direito; (iii) a cláusula de eternidade; e (iv) a natureza individual e social dos direitos humanos.

A quarta parte enfrenta o advento de uma nova geração de direitos humanos: direitos humanos ao desen-

* Emeritierter Professor für Politik und Öffentliches Recht an der Ludwigs-Maximilians-Universität München. *Lebenslauf:* 1948 - 1953 Studium der Rechtswissenschaften, der Orientalistik und der politischen Wissenschaften, LMU München. 1957 Promotion an der Juristischen Fakultät „magna cum laude“. 1966 Habilitation an der Juristischen Fakultät der Universität München Thema: „Person und Öffentlichkeit“. 1970 - 1971 Richter am Verwaltungsgericht München. 1966 Vorlesungen an der Juristischen Fakultät der LMU München: Staatsrecht, Verwaltungsrecht. 1972 - 1975 Vorlesungen an der ehemaligen Haile Selassie Universität, Law Faculty, Addis Abeba. 1975 - 1994 Wiederaufnahme der Vorlesungen an der Juristischen Fakultät der LMU. 1984 - 1993 Beauftragter für Behindertenfragen an der LMU (Ernennung am 24.1.1984). 1995 - jetzt Vorlesungen und Seminare an der Hochschule für Politik. Gastprofessuren und Vortragsreisen: 1977 - 1978 Paris II, Sorbonne-Panthéon : Rechtsvergleichendes Afrikanisches Recht; 1979 - 1980 Michigan State University, East Lansing and University of Alabama, Tuscaloosa International Center - African Studies und Öffentliches Recht (Fulbright Scholarship); 1981 - 1982 Paris II, Sorbonne-Panthéon; 1983 / 86/ 87 Kurzzeitdozentur Central Police College, Taiwan; 1987 National University, Law Faculty, Äthiopien; 1988 Mara Institut, School of Law and Administration, Shah Alam, Malaysia; 1991 Sung Kyun Kwan Universität, Seoul/Korea; 1993 Mohammed V-Universität, Rabat/Marokko; 1994 Tonghai-Universität, Taiwan.

volvimento e à proteção do meio ambiente, enfrentando a questão de saber se esses direitos são direitos de defesa ou direitos de prestação estatal.

Por fim, termina o autor observando que guerra, fome e irrupção populacional foram inimigos piores que ditadura, e que a desigualdade do mundo representa um novo desafio para os direitos humanos.

Palavras-chave: direitos fundamentais, direitos naturais, direitos humanos, interpretação constitucional, eficácia horizontal, ordem de valores, cláusula de eternidade, direito ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente.

Abstract: The present article investigates the change of the fundamental rights, broaching several aspects which involve the theme. The text is divided into four parts. The first, which broaches the new fundamental orientations in general, investigates (i) the new outstanding position of the fundamental rights in the Constitution; (ii) the new fundamental understanding that the guarantee of the fundamental rights is not in the law, but in the very Constitution and that the fundamental rights through Constitution provision link the administration, the legislator and the judiciary; and (iii) the interpretation rules of the fundamental rights, observing the significant change it had to the fundamental rights the definition of a specific constitutional interpretation. The second part deals with the new conception of the human rights, since (i) the concept of the human rights as natural and positive rights. The author observes that the positively natural rights in the German Constitution are State-owned guarantees and play an important role in the interpretation, especially in cases of conflict. (ii) the human rights as part of the supreme rights of the Constitution, which links the remaining legal system. (iii) the position of the guarantees of the human rights in the national and international rights, setting the matter of the relationship of the international human rights and their guarantees with the national rights (monist and dualist theories). The author calls attention to the need of avoiding the application of the national human rights by the national courts to be away from the international legal praxis; (iv) The horizontal efficiency or the efficiency on third parties of the human rights; (v) the direct efficiency of the norms of human rights; (vi) the human rights as objective fundamental rights, directive principle or institutional guarantees; (vii) the separation of the human rights, as part of the fundamental legal order, from the idea of value orders; (viii) the meaning of open and democratic society and of the civil society for the realization of the fundamental rights as an international discourse, pointing at the important matter of how to limit the national guarantees of the human rights without conflicting with the international human rights; (ix and x) the realization of the fundamental rights as a fourth generation of human rights.

The third part faces the human rights in the legal system and its systematic realization, investigating (i) the status theory; (ii) the objective and subjective dimension of the rights; (iii) the eternity clause; and (iv) the individual and social nature of the human rights.

The fourth part faces the advent of a new generation of human rights: human rights to development and to the environmental protection, facing the matter of knowing whether these rights are defending rights or state-owned rendering rights.

Finally, the author concludes by observing that war, famine and population outbreak were worse enemies than a dictatorship, and that the inequality in the world represents a new challenge to the human rights.

Key-words: Fundamental rights; Natural rights; Human rights; Constitutional interpretation; Horizontal efficiency; Value orders; Eternity clause; Rights to development; Environmental protection.

I Die Allgemeine neue Grundausrichtung

1.1 Der neue rang

Gleichsam mit einem Paukenschlag hat das Bonner Grundgesetz den andel im Grundrechtsdenken deutlich gemacht. Vom zweiten Teil der Verfassung, wohin

noch die Weimarer Verfassung die Menschenrechte gerückt hatte, wurde das Bekenntnis zu einem Katalog der Grundrechte, d.h. der Bürger- und Menschenrechte, an die erste Stelle gerückt. Unübersehbar und unüberhörbar ist auch die anthroponome Spitze dieses Menschenrechtskataloges in Art. 1 Abs. 1, der die Würde des Menschen zum Ausgangspunkt und zum Angelpunkt der Menschenrechte macht, die gleichsam unmittelbar der theonomen Spitze, also der *Invocatio Dei*, steht. Die beiden ersten Artikel des Grundgesetzes - das Bekenntnis zur Würde des Menschen und zur freien Entfaltung der Persönlichkeit - sind aber auch zusammen mit anderen Normen wie z.B. dem Grundrecht der Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen (Art. 4 Abs. 3 GG) eine fanalartige Abkehr von den menschenmißachtenden Verhältnissen des Nationalsozialismus. Es ist 50 Jahre her, daß dieses Bekenntnis in Form von Bürgerrechts- und Menschenrechtsformulierungen Grundlage der neuen politischen und sozialen Ordnung Deutschlands wurde. Manche Elemente sind verblaßt, so z.B. durch den Streit um die Zulässigkeit einer Anrufung Gottes in einer Verfassungspräambel oder durch die Interpretation der freien Entfaltung der Persönlichkeit als Handlungsfreiheit durch die Rechtsprechung, aber dennoch ist es unverkennbar, daß die Menschenrechte bewußt auf die Grundlage des christlichen Naturrechtes und des christlichen Personalismus gestellt wurden. Deutlich wird dies auch in dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG, der die rassische und religiöse oder ethnische Diskriminierung verbietet oder im Art. 6 GG, der das Elternrecht als natürliches Recht bezeichnet.

In der Weimarer Verfassung standen die Grundrechte zur Disposition des Gesetzgebers. Sie waren bestenfalls als Hohlräume bourgeoisier Freiheit, nicht aber als Grundlage eines demokratischen Rechtsstaates gedacht. Rudolf Smend hat so zutreffend dieses Denken als ein Denken in Trennung von Staat und Gesellschaft und zum Schutze eines privaten Ruhe- und Warteraumes angesehen, das er als die Garantie eines „Lebrecht-Hühnchen-Daseins“¹ charakterisiert hat. Demgegenüber wurden die Grundrechte zur Basis der Integration der Demokratie von unten nach oben und nahmen somit teil an dem *status activus*, zu welchem ursprünglich nur die Rechte auf Wahl und Abstimmung gehörten. Der Rechtsstaat war auch nicht nur mehr ein System rechtstechnischer Kunstgriffe, wie Ernst Forsthoff² in einem viel umstrittenen Referat formulierte, sondern er wurde zum materiellen Rechtsstaat,³

¹ Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1968, wo er mit folgenden Worten auf das Buch von Heinrich Seidel „Lebrecht-Hühnchen“ hinweist: „So pathetisch und positiv es in den Verfassungstexten dem einzelnen verbrieft ist, daß er Gleichheit, Freiheit, sein Eigentum genießen. (...), so nüchtern und negativ wird es nunmehr verstanden: es bedeutet nur Freiheit des privaten Bereichs gegenüber der Polizei, und es geht den Staat nichts an, ob der einzelne diesen Freiheitsraum ausfüllt mit der Flucht in des Herzens heilig stille Räume, mit einem Lebrecht-Hühnchen-Dasein in Schlafrock und Pantoffeln, oder mit wirtschaftlichem Kampf.“

² vgl. Forsthoff in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler*, Heft 12, Berlin 1954, S. 8ff.

³ Der materielle Rechtsstaat entwickelt sich auf dem Wege vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat, vgl. Pieroth/Schlink, *Grundrechte -Staatsrecht II*, Heidelberg 1994, Rn. 84 ff.

DER WANDEL DER MENSCHENRECHTE

weil sich die Rechtstechnik mit den materiellen Grundrechtsgewährleistungen zu einer Einheit integrativ verband.

III Das neue grundrechtsdenken

Bis zum Grundgesetz galt auf der Grundlage der Weimarer Verfassung die Garantie der Grundrechte im Rahmen der Gesetze. Man sprach auch davon, daß der Grundrechtskatalog der Weimarer Verfassung nichts anderes sei als die verfassungsmäßige Verankerung und Spezialisierung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.⁴ Unter Spezialisierung verstand man eben die spezielle Ausrichtung der Verwaltungsbindung gegenüber bestimmten Lebensbereichen wie Presse- und Kommunikationsfreiheit, den religiösen Bereich, das Eigentum und das Gewerbe, die Freiheit der Person usw. Durch Art. 1 Abs. 3 GG wurden Verwaltung, Gesetzgebung und Rechtsprechung an die Grundrechte gebunden. Eine berühmte Formulierung von Jahrreiß hat dies folgenderweise ausgedrückt: An die Stelle des Gesetzes vor Grundrechtsdenken ist das Grundrechts-Vor-Gesetz-Denken getreten. Die Vorschrift des Art. 1 Abs. 3 GG stellt eine grundsätzliche Wendung im Grundrechtsverständnis dar, weil nunmehr auch der Gesetzgeber sich am Maßstab der garantierten Grundrechte messen lassen muß. Andere haben diesen Wandel bezeichnet als den Weg vom „Vorbehalt des Gesetzes“ zum „Vorbehalt des verhältnismäßigen Gesetzes“.⁵ Unter dem Vorbehalt des Gesetzes versteht man traditionell das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, wonach der eingreifende oder belastende Verwaltungsakt zu seiner Gültigkeit einer legislativen, also gesetzlichen Grundlage bedarf. Vom Sondervorbehalt spricht man dann, wenn wie im Art. 104 GG der förmliche Gesetzgeber, also das Parlament, handeln muß, wenn eine entsprechende Rechtsgrundlage geschaffen werden soll. In der Regel bedeutet aber der Vorbehalt des Gesetzes nur, daß ein Gesetz im materiellen Sinne, also auch Rechtsverordnungen und Satzungen, als Rechtsgrundlagen ausreichen. Der Vorbehalt des verhältnismäßigen Gesetzes kann also sowohl ein Vorbehalt des verhältnismäßigen förmlichen Gesetzes oder ein Vorbehalt des verhältnismäßig materiellen Gesetzes sein. Aus den sogenannten Vorbehaltsschranken der Grundrechte ergibt sich, inwieweit der Gesetzgeber bestimmte Ziele verfolgen muß, um die Grundrechte einzuschränken, und inwieweit er dazu das Gesetz als Mittel einsetzen darf. Man spricht daher von einer bestimmten Ziel-Mittel-Relation als Inhalt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.⁶

⁴ vgl. Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, München 1998, § 13 I

⁵ Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S.30 mit Fn. 6; siehe auch: Paul Kirchhof, Gleichmaß und Übermaß, in Festschrift Lerche 1996; Fritz Ossenbühl, Maßhalten mit Übermaßverbot, in Festschrift Lerche 1996; Klaus Stern, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in Festschrift Lerche 1996. So bezeichnet Pieroth/Schlink, Staatsrecht II - Grundrechte, Heidelberg 1992 Rdnr. 310, den Wandel vom Vorbehalt des Gesetzes zum Vorbehalt des verfassungsmäßigen Gesetzes.

⁶ Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, München 1998, § 13 III, 6

So dürfen z.B. Gesetze als Mittel zur Trennung eines Kindes von der Familie nach Art. 6 Abs. 3 GG eingesetzt werden, wenn ein Kind verwahrlost ist oder zu verwahrlosen droht.⁷ Beschränkungen der Freiheit des Post- und Fernmeldegeheimnisses dürfen aufgrund eines Gesetzes erfolgen (Art. 10 Abs. 2 S. 2), wenn der Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung dies erfordert.⁸

Das Bundesverfassungsgericht hatte aufgrund dieser Zweck-Mittel-Relation immer wieder erklärt, daß das Wesen der Bindung des Gesetzgebers gerade darin liege, daß er vom Verfassungsgericht auf die Beachtung der Verhältnismäßigkeit nachgeprüft werde. Der überkommene Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes ermächtigte das Verfassungsgericht, Eingriffe der Verwaltung, die ohne Gesetz erfolgten, abzuwehren oder Gesetze unmittelbar zu eliminieren, die aufgrund ihrer Unbestimmtheit gegen das Rechtsstaatsprinzip der Normenklarheit⁹ und damit auch der Verhältnismäßigkeit verstoßen haben. In dem Augenblick, in dem sich dieser Grundsatz zum Prinzip des Vorbehalts des verhältnismäßigen Gesetzes gewandelt hat, werden sowohl unverhältnismäßige, also die Zweck-Mittel-Relation verletzende Maßnahmen der Verwaltung abgewehrt, als auch Gesetze eliminiert, die unter Verletzung der Ziel-Mittel-Relation in die Freiheitsrechte eingreifen.

Die *sedes materiae*, die Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzipes, ist das Rechtsstaatsprinzip. Das verfassungsrechtlich garantierte Rechtsstaatsprinzip bindet daher den Gesetzgeber, indem aus ihm das Prinzip des Vorbehalts des verhältnismäßigen Gesetzes abgeleitet wird.¹⁰ Eine Überdehnung des Verhältnismäßigkeitsprinzipes würde allerdings an der Geltung des Gleichheitssatzes scheitern. Neben dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt also auch das Gleichmäßigkeitsprinzip, und beide sind gegeneinander abzuwägen.

Die Rechtsprechung hat den Inhalt des Verhältnismäßigkeitsprinzipes auf drei Stufen entwickelt: Das Gesetz, das dem Vorbehalt des Verhältnismäßigkeitsprinzipes genügen will, muß geeignet, notwendig und angemessen sein.

Darüber hinaus gibt es einige Veränderungen in der wissenschaftlichen Ordnung oder Zuordnung: So ist an die Stelle der Lehre von den drei oder vier Statusarten Jellineks:¹¹ *status negativus*, *positivus*, *aktivus* - oder auch *prozessualis* - die Lehre von den Generationen der Grundrechte getreten. Hierbei gehören die Freiheitsrechte zur ersten Generation, Grundrechte auf Entwicklung, Umweltschutz evtl. zu einer vierten Generation. Demgegenüber ist die herkömmliche Unterscheidung zwischen

⁷ vgl. Sachs, aaO., Art. 6, Rn. 73

⁸ Die Interpretation der freiheitlich-demokratischen Grundordnung war Gegenstand der beiden verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum Parteienverbot: BVerfGE 2, 1 (SRP-Entscheidung) und E 5, 85 (KPD-Entscheidung); siehe auch Ipsen, in: Sachs, GG, a.a.O., zu Art. 21, Rdnr. 142, 148.

⁹ Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, München 1998, § 13 III, 5

¹⁰ EuGRZ 1984, 457;

¹¹ Jellinek, Georg: System der subjektiv- öffentlichen Rechte, Nachdruck, Berlin 1963, S. 94ff.

Menschenrechten und Bürgerrechten geblieben, obschon sie durch die Anerkennung internationaler Menschenrechte heute weniger Bedeutung hat. Von den internationalen in der Bundesrepublik und in dreißig europäischen Staaten geltenden Menschenrechten ist vor allem die europäische Menschenrechtscharta¹² zu erwähnen. Welche Ranghöhe diese internationalen europäischen oder universellen Menschenrechte haben, hängt teilweise von der Regulierung der Verfassung ab, teilweise auch von der Interpretation durch die Gerichte. In der Bundesrepublik sind diese internationalen Menschenrechte und Grundrechte nicht auf den Rang der Verfassung erhoben, sondern gelten unter der Verfassung aber vor den Gesetzen, während sie in Österreich Verfassungsrang haben.¹³

Ein weiteres Thema ist die Offenheit und die Geschlossenheit moderner Grundrechtskataloge. Dies hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Bundesrepublik dadurch erreicht, daß sie Art. 2 Abs. 1 als unbenannte Auffangnorm¹⁴ bezeichnet hat, über welche bisher nicht problematisierte, doch nach in Kraft treten des Grundgesetzes aufgetretene Grundrechtsprobleme durch die gerichtliche Anerkennung ungeschützter Rechtsgüter löst. Hierzu gehört zum Beispiel die Anerkennung des Rechtes auf die informationelle Freiheit der Persönlichkeit, der Schutz des wissenschaftlichen Rufes, Unternehmerfreiheit und die Vertragsfreiheit. Eine solche Formel bedeutet natürlich einen Schritt weiter, in dem sie ein Richterrecht in die Anwendung und Weiterentwicklung der Grundrechte einführt.

I.III Die regeln der grundrechtsinterpretation

Eine besondere Bedeutung hat der Wandel der Bürger- und Menschenrechte auch dadurch erhalten, daß diese verfassungsrechtlichen Normen anders ausgelegt werden als dies bei den Rechtsnormen der einfachen Gesetzgebung oder auch der Verfassungsgesetzgebung der Fall ist. Um hier einem Irrtum entgegenzutreten: Es handelt sich nicht darum, die Menschen und Grundrechte der Verfassung als politische Programmsätze zu behandeln, sie sind und bleiben Rechtsnormen, aber sie erhalten intensivere und vollere Wirksamkeit dadurch, daß hier spezielle Interpretationsregeln anzuwenden sind. Nachfolgende Regelungen gehören zu diesen menschen- und grundrechtsbezogenen Interpretationsmaßstäben:

- a. Die Broad Interpretations-Regel: Danach sind Bürger- und Menschenrechte in der Regel weit auszulegen, wenn zwei oder mehrere Auslegungen, also eine weitere und eine engere vertreten werden. So wurde zum Beispiel die

¹² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11.1950, BGBl. 1952 II, S. 686

¹³ Streinz in: Sachs, aaO., zu Art. 25, Rn. 80ff.

¹⁴ vgl. Murswiek in: Sachs, aaO., zu Art. 2, Rn 10

freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 I GG weit ausgelegt und darunter das Recht auf Handlungsfreiheit verstanden. Ähnliches gilt für die Garantie der Meinungsfreiheit in Art. 5 Abs. 1 GG, worunter inzwischen auch die Äußerung von Tatsachenbehauptungen unter bestimmten Voraussetzungen gehört. Um den Schutz dieses Grundrechtes garantiert zu erhalten, muß es sich bei der Meinung auch nicht um eine wertvolle oder wichtige Äußerung handeln. Genauso hat die Rechtsprechung den Begriff der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG weit ausgelegt, materielle Kriterien als Bewertungsmaßstab abgelehnt. Für das einfache subjektive Recht auf der Ebene des einfachen Gesetzes gilt eine solche Broad Interpretation nicht, weil es auch immer mit anderen Rechten auf gleicher Ebene kollidiert, die auch einer Broad Interpretation zugeführt werden müßten.

b. Die Pro-libertate Interpretationsregel: Bei der Frage, ob ein Lebenssachverhalt durch ein Freiheitsrecht geschützt ist, ist im Zweifel zugunsten der freiheitsrechtlichen Garantie zu entscheiden. Diese Interpretationsregel ist vor allem im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG der Garantie der freien Entfaltung der Persönlichkeit zum Tragen gekommen, da hier unbenannte Grundrechte von der Rechtsprechung entwickelt wurden.

c. Die Interpretationsregel von Präponderanz der Freiheit: Sie besagte ursprünglich, daß bei einem Konflikt zwischen einem Gleichheits- und einem Freiheitsrecht dem Freiheitsrecht der Vorzug zu geben sei. Dies führte zu einer Interpretation des Gleichheitssatzes im Sinne des Willkürverbotes. Differenzierungen waren zulässig und nur dort ausgeschlossen, wo wesentlich Gleiches ohne sachlichen Grund ungleich behandelt wurde oder umgekehrt. Die Anerkennung des Verhältnismäßigkeitsprinzipes mit dem Verfassungsrang hat hier seinen Ursprung. Gleichmäßigkeitspostulate und Verhältnismäßigkeitspostulate stehen also gegeneinander. In anderen Grundrechtskatalogen ist dagegen dem Gleichheitssatz eine strengere Bindungswirkung beigelegt und vor allem dort anerkannt, wo die "Affirmative Action",¹⁵ die bewußte Bevorzugung einer bisher behinderten Gruppe ausgesprochen wurde. Dies gilt als Beispiel für die Gleichbehandlung der Frauen in der äthiopischen Verfassung (Art. 34/35 Verfassung 1994) oder in der südafrikanischen Verfassung zugunsten der Schwarzafrikaner. Aber auch das Grundgesetz hat durch die Einführung von Art. 3 Abs. 3 S.2 eine solche positive Gleichbehandlung zugunsten von Behinderten eingeführt und damit den Präponderanzgedanken, zumindest auf diesem Gebiet, verlassen. Doch auf anderen Rechtsgebieten, wie zum Beispiel dem Parteienrecht, wo formale Chancengleichheit garantiert wird, gilt der Grundsatz der Präponderanz der Freiheit von der Gleichheit nicht.

¹⁵ vgl. Art. 34, 35 der Äthiopischen Verfassung von 1994 und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

DER WANDEL DER MENSCHENRECHTE

d. Der Grundsatz von der Einheit der Verfassung als Einheit der Bürger- und Menschenrechtsgarantien soll abschließend noch erwähnt werden: Hier gibt es in der Bundesrepublik einmal die Meinung des Bayer. Verfassungsgerichtshofs, der Hierarchie von Normen auch innerhalb der Verfassung anerkennt,¹⁶ so daß die Rechtsfigur der verfassungswidrigen Verfassungsnorm¹⁷ denkbar ist. Es würden dann vor allem die Bürger- und Menschenrechte noch innerhalb der Verfassung Maßstab für andere Verfassungsnormen sein. Anders dagegen ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Es hat mit der Forderung nach Einheit der Verfassung der Meinung Ausdruck verliehen, daß auf der Verfassungsebene durch interpretativen Ausgleich, also durch das, was Hesse praktische Konkordanz¹⁸ nennt, die Auslegung gefunden werden muß, die keiner Verfassungsnorm eine Vorrangstellung einräumt.

Mit diesen Ausführungen ist bereits aufgezeigt, daß der wesentliche Bedeutungswandel der Grundrechte nicht nur darin besteht, daß sie vom zweiten Teil der Verfassung an den ersten gerückt sind, daß eine Verfassungsgerichtsbarkeit die Einhaltung der Grundrechte prüft, sondern vor allem darin, daß sie nicht mehr nur Grenze staatlicher Tätigkeit, sondern Grundlage von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung geworden sind. Sie haben also alle neben ihrem rein negatorischen, positiven oder aktiven Inhalt als unmittelbar geltendes Recht auch einen direktiven Geltungsgehalt, der von der Staatsgewalt Verwirklichung verlangt. Sie sind damit gleichzeitig Grundrechte und Verfassungsdirektive.

II Die Neukonzeption der Menschenrechte

Nachfolgend soll unter zehn Aspekten eine Theorie der Menschenrechte entwickelt werden. Dabei werden folgende Aspekte besonders untersucht werden: (1) Die Menschenrechte als natürliches vorstaatliches Recht oder als staatliches Recht, (2) die Menschenrechte als supreme law, (3) das Verhältnis der nationalen zu den internationalen Menschenrechten, (4) die sogenannte Horizontalwirkung der Menschenrechte, (5) die Menschenrechte als objektive direktive Garantien oder als subjektive Rechte, (6) Verhältnis subjektiver Grundrechte und objektiv dirigierender Normen, (7) das Verhältnis der Menschenrechte zur Wertordnung, (8) die Bedeutung der Civil Society für die Realisierung von Menschenrechten, (9) die Realisierung der Menschenrechte durch Gerichte oder non-governmental organisations, und schließlich (10) die Generationen von Menschenrechten.

¹⁶ Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Stuttgart 1992, Vorb. zu Art. 98, Rn. 2ff.

¹⁷ Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, München 1998, § 41, IV, 4a

¹⁸ Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1990, Rn. 317ff.

II.I Die menschenrechte als vorstaatliche oder staatliche rechte

Die Menschenrechte sind entstanden aus der Einforderung natürlicher Rechte. In diesem Sinne spricht Art. 1 Abs. 2 des Grundgesetzes davon, daß die Grundrechte (Menschenrechte und Bürgerrechte) Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft sind. Art. 6 des GG spricht vom natürlichen Erziehungsrecht der Eltern. Diese natürlichen Rechte sind im Rahmen der Verfassungsgebung zu staatlichen Garantien geworden. Ihr vorstaatlicher naturrechtlicher Charakter spielt aber weiterhin bei der Interpretation, insbesondere im Konfliktsfall, eine Rolle.

II.II Die menschenrechte als teil des supreme law der verfassung

Die Verfassung gilt in den Ländern mit rechtsstaatlicher Orientierung als oberstes Prinzip oder als Norm der Normen: Alle anderen Normen sind unterhalb der Verfassung, und im Falle eines Widerspruches geht die Regelung der Verfassung vor. Die Menschenrechte als Teil der Verfassung haben nicht nur Rechtscharakter, sondern nehmen an dem Vorrang der Verfassung vor den einfachen Gesetzen teil. Die französische Menschenrechtsentwicklung hat einen anderen Weg eingeschlagen, da seit der allgemeinen Menschenrechtserklärung vom 26. August 1789 diese Menschenrechte als Ausdruck der Naturrechtsphilosophie der gesamten Menschheit angesehen wurde. Sie haben keine Rolle als supreme law und als Verfassungsrecht gespielt. Eine Änderung in den frankophonen Ländern und in Frankreich ist aber erkennbar. Sieht man die Menschenrechte nur als Naturrecht oder Ausdruck für philosophische Überlegungen an, dann entfällt die Realisierung durch Gerichtsentscheidungen. Richter können sie da nicht als konkretes Recht anwenden, weil sie nicht self-executive sind. Als Teil des supreme law nehmen die Menschenrechte auch an dem Prinzip des Vorranges der Gesetze (der Verfassung) teil, was bedeutet, daß bei jedem Widerspruch mit einem Grundrecht nicht nur der Verwaltungsakt oder eine Gerichtsentscheidung fehlerhaft sind, sondern auch jedes Gesetz.

II.III Die stufenordnung der menschenrechtsgarantien im nationalen und im internationalen recht

Die Menschenrechte sind sowohl auf nationaler Ebene in den nationalen Verfassungen garantiert, als auch auf internationaler Ebene, sei es durch internationales Konventionsrecht - wie durch die beiden Pakte - oder durch regionales Völkerrecht wie z.B. die europäische Menschenrechtskonvention. Es entsteht dann die Frage, in welchem Verhältnis sich das internationale Menschenrecht und seine Garantie zum nationalen Recht verhält. Hier sind zwei Theorien entwickelt worden: die monistische und die dualistische Theorie. Nach der älteren dualistischen Theorie bestehen beide Menschenrechtsgarantien unabhängig nebeneinander. Das bedeutet, daß die interna-

DER WANDEL DER MENSCHENRECHTE

tionalen Menschenrechtsgarantien der nationalen Umsetzung bedürfen durch einen nationalen Rechtsakt. Die monistische Theorie dagegen sieht das nationale Recht als Teil einer über den Staat hinausreichenden allgemeinen Weltrechtsordnung, so daß die nationalen Menschenrechte wie das nationale Recht im Rang unter dem internationalen Menschenrecht steht. Es ist sicher richtig festzustellen, daß die dualistische, mehr dem traditionellen Souveränitätsdenken verpflichtete Theorie nach und nach zu Gunsten der monistischen Auffassung an Boden verliert. Es ist aber immer noch herrschend, daß die nationalen Verfassungen Klauseln vorsehen, durch welche einmal zum allgemeinen Völkergewohnheitsrecht etwas ausgesagt wird (Art. 25 GG) und zum anderen festgestellt wird, welchen Rang internationales Recht, also auch internationales Menschenrecht, hat. Teilweise wird den internationalen Menschenrechten Rang unterhalb der Verfassung, aber vor dem nationalen Gesetzesrecht eingeräumt (so die Lösung in Deutschland); teilweise wird den internationalen Menschenrechtsgarantien, welchen der konkrete Staat beigetreten ist, eine höhere Garantie beigelegt. Dies geschieht z.B. dadurch, daß die nationalen Menschenrechte im Sinne der internationalen Menschenrechtspakte ausgelegt werden müssen. Dies sieht z.B. Art. 13 Abs. 2 der äthiopischen Verfassung 1994 und der entsprechende Artikel der Verfassung der südafrikanischen Republik vor.

Dadurch soll verhindert werden, daß die Anwendung der nationalen Menschenrechte durch die nationalen Gerichte von der internationalen Rechtspraxis abweicht.

II.IV Dritt- oder horizontalwirkung der menschenrechte

Die Menschenrechte haben wie die anderen Grundrechte grundsätzlich eine Wirkung gegenüber Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung. Manche Staaten, wie die Bundesrepublik Deutschland und auch Südafrika, haben den Menschenrechten aber auch bindende Wirkung gegenüber dem Gesetzgeber zugelegt (Art. 1 Abs. 3 GG). Verfassungsgerichtsbarkeit ist eigentlich nur dort als judicial review sinnvoll, wo auch der Gesetzgeber sich der richterlichen Kontrolle unterwerfen muß. Immerhin verbleibt auch die Bindung gegenüber dem Gesetzgeber im Rahmen der Vertikalwirkung der Menschenrechte. Von einer Horizontal- oder Drittwirkung der Grundrechte spricht man dann, wenn auch die sozialen Machtträger (Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Presse usw.) an die Grundrechte gebunden sind. Eine solche Bindung ist in Deutschland anerkannt,¹⁹ doch nur so, daß die Grundrechte über die zivilrechtlichen und handelsrechtlichen Generalklauseln auf die Rechtsgestaltung Privater einwirken.²⁰ Solche Generalklauseln sind z.B. die Verkehrssitte, die guten Sitten oder Treu und

¹⁹ seit BVerfGE 7, 198 "Lüth-Urteil"

²⁰ Piroth/Schlink, a.a.O., Rn. 186 ff

Glauben. So hat z.B. das Bundesarbeitsgericht entschieden, daß ein Wissenschaftler, der in einem deutschen Pharmabetrieb an der Entwicklung von Medikamenten gegen Atomstrahlung zu arbeiten hatte, unter Berufung auf sein Gewissen das Recht hat, diese Arbeit zu verweigern und eine andere im Rahmen des Betriebes zu verlangen. Dem Grundrecht der Gewissensfreiheit wurde Drittwirkung gegenüber dem Arbeitgeber eingeräumt. Ein anderer Bereich, in dem das Drittwirkungsproblem eine Rolle spielt, ist das Presse- und Medienrecht. Hier spricht man von "innerer Pressefreiheit", wenn dem Journalisten gegenüber dem Presseunternehmen oder dem Medienträger ein Anspruch auf den Schutz seiner Meinungsfreiheit eingeräumt wird. Im Bereich des Arbeitsrechtes sieht Art. 9 Abs. 3 GG ausdrücklich eine Drittwirkung vor, in dem er sagt, daß die Zugehörigkeit zu Gewerkschaften von einem potentiellen Arbeitgeber nicht zum Anlaß genommen werden kann, einen Arbeitsvertrag abzulehnen.

I.V Die menschenrechte als unmittelbar geltendes recht

Die Menschenrechte sollen im Prinzip unmittelbar geltendes Recht sein. Diese Natur als "self-executive" soll bedeuten, daß der Gesetzgeber nicht erst einen Akt normativer Ordnung erlassen muß, um dem Menschenrecht eine Realisierungschance zu geben. Die Gerichte können also das garantierte Menschenrecht unmittelbar in einem Gerichtsverfahren anwenden. Allerdings gibt es selbstverständlich Menschenrechte, vor allem im Bereich des Paktes über kulturelle, soziale und wirtschaftliche Rechte, die nicht unmittelbar anwendbar sind. Sie haben den Charakter von "directive principles", d.h. von Programmsätzen oder Verfassungsdirektiven, die dem einzelnen noch kein Recht einräumen. Sie verpflichten nur den Gesetzgeber, auf dem Gebiet der Kultur oder des Sozialen Rechtsvorschriften zu erlassen, die dann den einzelnen berechtigen können. Die "sozialen Grundrechte" finden sich in vielen Verfassungen. Auch die Weimarer Verfassung verfügte über einen großen Katalog sozialer Grundrechte. Das Grundgesetz dagegen hat sie nicht aufgenommen, dafür aber die Garantie des Sozialstaates in Art. 20 GG als Verfassungsprogramm verankert. Nach der Wende 1989 war es ein neues Thema in der politischen und juristischen Diskussion, ob bei der Überarbeitung des Grundgesetzes nicht doch soziale Rechte aufgenommen werden sollten. Mit Art. 20a GG, der den Umweltschutz verankert hat, und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, der die "positive Diskriminierung" für Behinderte zuläßt, sind nun doch in gewissem Umfange soziale Grundrechte aufgenommen. Ein Verweis auf die südafrikanische Verfassung sei hier angebracht, die auch die "affirmative action" in Art. 8 verankert hat²¹, um eingetretene Nachteile, die auf die Rassendiskriminierung zurückzuführen waren, besser überwinden zu können.

²¹ vgl. Scholler, Der Verfassungsdialog in der Republik Südafrika, in: ZÖR 52 /1997 S. 63-89

I.VI Die menschenrechte als objektive grundrechte, directive principles oder einrichtungsgarantien²²

Selbst wenn Menschenrechte nicht den Charakter von subjektiven Grundrechten haben, d.h. nicht unmittelbar vor Gericht geltend gemacht werden können, ist zu unterscheiden, ob sie directive principles sind oder den Charakter von institutionellen Garantien haben. Directive principles würden als Programmsätze nur den Gesetzgeber verpflichten. Institutionelle Garantien, wie die Pressefreiheit, das Berufsbeamtentum und im gewissen Umfange auch das Eigentumsrecht, sind aber nicht nur Programmsätze, sondern sie enthalten gegenüber dem Gesetzgeber eine institutionelle Wirkung, indem sie einen bestimmten Normbereich (presserechtliche Normen oder eigentumsrechtliche Normen) vor Aufhebung oder substantieller Abänderung schützen. Die institutionelle Garantie der Pressefreiheit bedeutet somit, daß die Pressefreiheit den gesamten Prozeß der Informationssuche und -gewinnung, der Informationsübermittlung bis hin zur Auslieferung des Presseergebnisses mitumschützt. Die Menschenwürde ist nicht eine institutionelle Garantie, sondern nur ein directive principle, das also nur den Gesetzgeber verpflichtet, nicht aber einen bestimmten Normenbestandteil schützt.

I.VII Das verhältnis der menschenrechte zur wertordnung

Die Menschenrechte als Teil der Grundrechtsordnung werden häufig mit der Wertordnung einer Gesellschaft oder Gemeinschaft identifiziert. Dies ist unrichtig. Die Wertordnung als Hierarchisierung ethischer Sollens-Vorstellungen ist von der juristischen Ordnung von Bürger- und Menschenrechten zu unterscheiden. Die "Solidarität" innerhalb einer Gemeinschaft, insbesondere in einer Familie, kann bei Errichtung des Testaments jemand verpflichten, alle Mitglieder der Familie, Kinder oder Geschwister, gleich zu behandeln. Das Recht dagegen verlangt eine solche Gleichbehandlung nicht. Nach deutschem Recht kann ein Testator einzelne erbberechtigte Kinder z.B. auf den Pflichtteil setzen, während er anderen ein volles Erbrecht zukommen läßt. Die Willensfreiheit und die Testierfreiheit sind stärker ausgeprägt als der auf das Solidaritätsprinzip gestützte Gleichheitssatz innerhalb der Familie. Die Rechtsordnung erlaubt dem Angeklagten beispielsweise, vor Gericht zu schweigen, oder Zeugen, die Aussage zu verweigern (Zeugnisverweigerungsrecht). In der ethischen Ordnung mag es aber durchaus als verwerflich angesehen werden, zu einem Vorwurf zu schweigen bzw. ein Zeugnisverweigerungsrecht in Anspruch zu nehmen. Darüber hinaus ist zu beachten, daß innerhalb der Gemeinschaft nicht eine einzige ethische Wertordnung besteht, sondern daß hier sehr viel verschiedene Wertordnungen bestehen können.²³ Deshalb ist es dem

²² vgl. hierzu auch Pieroth/Schlink, a.a.O., Rn. 75ff.

²³ Die Koexistenz wird dann durch die Prinzipien der Toleranz und des ordre public geregelt, vgl. hierzu: Scholler, Kulturkonflikte; Toleranz und Ordre Public, in: ARSP, Beihefte 19 - 22, 1985, 173 ff.

Richter nicht möglich, im Rahmen der Anwendung von Menschenrechten auf eine geschlossene Wertordnung zurückzugreifen. An manchen Stellen verweist das Gesetz allerdings auf die Wertordnung in der Gesellschaft. Dies geschieht dort, wo auf das Sittengesetz oder das Durchschnittsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verwiesen wird. Ein Beispiel, das ich hier auch anführen möchte, ist der Verweis im deutschen Recht auf die "Jagdgerechtigkeit", d.h. auf die Vorstellungen unter den Jägern über die ethisch richtige Anwendung des Jagdhandwerkes. Zu diesen Grundsätzen gehört z.B. das Prinzip, daß ein gejagtes und nicht gleich getötetes Tier möglichst schnell von seinem Leiden erlöst werden muß. Dort, wo aber die Grundrechte nicht unmittelbar auf die allgemeine oder eine spezielle Wertordnung verweisen, kann der Richter nicht einfach Werte an die Stelle von Grundrechten setzen.

II.VIII Die bedeutung von open and democratic society und von civil society für die realisierung der grundrechte als internationaler diskurs

IX und X Durchsetzung der grundrechte - die vierte generation von menschenrechten

Die Durchsetzung der Grundrechte - Bürgerrechte und Menschenrechte - erfolgt durch die Gerichte, soweit sie selbst exekutiv sind. Soziale Grundrechte, directive principles oder kollektive Grundrechte können dagegen nicht durch die Gerichte durchgesetzt werden. Teilweise setzen sie eine Umsetzung durch den Gesetzgeber voraus.

Neben den Gerichten ist es aber notwendig geworden, weitere Einrichtungen einzuschalten wie z.B. den Ombudsmann oder Parlamentskommissionen zur Beobachtung und Realisierung der Menschenrechte. Eine weitere wichtige Rolle spielen vor allem die sogenannten non-governmental organisations (NGOs), die die Einhaltung der Menschenrechte beobachten und im Verletzungsfall mit Beratung und Musterprozessen den Bürgern zur Seite stehen.²⁴ Im internationalen Bereich sind Amnesty International oder Human Rights Watch als wichtige NGOs tätig. In Deutschland ist vor allem in bezug auf die früheren marxistischen Länder die Gesellschaft zum Schutz der Menschenrechte in Frankfurt größeren Kreisen bekanntgeworden.

Der Schutz zur NGOs ist vor allem bei der sogenannten vierten Generation der Menschenrechte, zu denen die kollektiven Menschenrechte und die Menschenrechte auf Umwelt und ähnliches rechnen, von Bedeutung. Die Menschenrechte können nicht vom einzelnen durchgesetzt werden. Es bedarf der Unterstützung durch Gruppen, die in größerem Umfange zur PR-Arbeit in der Lage sind. Damit ergibt sich hier als Ergebnis die Erkenntnis, daß in der modernen Gesellschaft ein wirksamer Grundre-

²⁴ vgl. auch Scholler, "Citizen Advocacy", in: Toward Independent Living, Proceedings of the 6th Asian Conference on Mental Handicap, Indonesia 1983, hrsg. von The Indonesian National Council of Social Welfare 1986, S. 132 ff.

DER WANDEL DER MENSCHENRECHTE

chtsschutz nur dann möglich ist, wenn sie sich zu einer Civil Society entwickelt, in der neben den staatlichen Gerichten andere staatliche Einrichtungen und Institutionen und privatrechtliche Vereinigungen über die Entwicklung und den Schutz der Menschenrechte wachen.

Es wurde schon darauf hingewiesen, daß die Grundrechte auf nationaler Ebene in Übereinklang zu bringen sind mit dem Umfang und der Funktion der Menschenrechte in den internationalen Vereinbarungen und Pakten. Hier tauchen vor allem zwei Probleme auf:

- a. Wie ist das nationale Recht zu ergänzen oder auszulegen, wenn die internationalen Menschenrechtsgarantien weiter sind und
- b. wie können nationale Menschenrechtsgarantien ohne Konflikt mit übernationalem Menschenrecht begrenzt werden?

Diese zweite Frage ist bei weitem die entscheidendere und bedeutungsvollere Frage. Hierbei kommt es auch darauf an, ob die nationale Verfassung Menschenrechte ohne Beschränkungsmöglichkeit garantiert oder ob sie Vorbehaltsschranken genereller oder spezieller Art vorsieht. Das Grundgesetz hat für die Bundesrepublik das System vorgezogen, den einzelnen Grundrechten spezielle Schranken zuzuschreiben und auf eine generelle Schranke verzichtet. (Abgesehen davon gibt es Grundrechte, die im Grundgesetz schrankenlos gewährleistet sind, z.B. die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit sowie die Kultusfreiheit in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.) Es kommt noch hinzu, daß die Vorbehaltsschranken im Grundgesetz keine generalisierende spezielle Vorbehaltsschranke ist. Generalisierend ist dann eine spezielle Vorbehaltsschranke, wenn sie das Grundrecht allgemein unter den Vorbehalt der Gesetze stellt. Dies ist z.B. der Fall bei Art. 2 Abs. 1 und 2 GG, wo die Gesetze eine Vorbehaltsschranke darstellen. Dies ist nicht der Fall, wenn im Falle der Freizügigkeit oder beim Schutz des Post- und Telekommunikationsgeheimnisses oder der Wohnung nur aufgrund von speziellen Rechtsgütern Schranken gezogen werden können. Die überstaatlichen internationalen Menschenrechtsgarantien, wie sie z.B. im Pakt für bürgerliche und politische Rechte enthalten sind, erlauben der nationalen Staatlichkeit Einschränkungen nur, soweit sie in einer offenen und demokratischen Gesellschaft (open and democratic society) zulässig sind, wobei häufig der Zusatz erscheint, daß diese Gesellschaft auf Gleichheit und Frieden basiert oder basieren muß. Damit wird etwas hergestellt, was man den Diskurs der Menschenrechte auf internationaler Ebene bezeichnen kann. Es wird nicht auf irgendein konkretes System der Schranken einer konkreten Nation oder Einrichtung verwiesen, sondern auf einen Typus der offenen und demokratischen Gesellschaft als ein abstraktes Modell. Wer bestimmt nun dieses Modell der open and democratic society, das Modell einer solchen Gesellschaft, das auf peace and justice oder equality gestützt ist? Kann man es den Juristen oder Gerichten überlassen, die Minimumstandards von Menschenrechten herauszuarbeiten, ohne die man nicht von einer open and democratic

society sprechen kann? Gehören hierzu auch soziale Menschenrechte? Ist eine open and democratic society vorstellbar, ohne die Menschenrechte der vierten Generation: Selbstentfaltung, Umweltschutz und Bildung? Die Gerichte stehen hier vor der schwierigen Aufgabe, einen Konsensus herauszuarbeiten, der sich aus dem übernationalen Diskurs über Menschenrechte ergibt. Manche werden auf einen Minimumstandard abstellen und die Menschenwürde und die Selbstbestimmung als essentiell für das Vorliegen eines solchen Modells ansehen, andere dagegen stärker auf die Garantie der Gleichheit, vor allem auch zwischen Mann und Frau oder den Schutz des Kindes abstellen. Schließlich kann man auch als Minimumstandard den Schutz des Lebens und der Rechte der Habeas Corpus-Garantien in den Mittelpunkt rücken. Das deutsche Verfassungsrecht hat mit zwei Bestimmungen an der Spitze des Grundrechtskataloges für die Bundesrepublik einen solchen Diskurs eröffnet, in dem die Menschenwürde und die freie Entfaltung der Persönlichkeit als anthroponome Spitze des Grundgesetzes geschützt wurden. Hier wurde auch die Theorie entwickelt, daß diese Rechte Auffangnormen darstellen, d.h. immer dann als Schutzbereiche in Anspruch genommen werden können und vom Gericht angewendet werden sollen, wenn der Katalog kein spezielles Grundrecht enthält. Die Offenheit des Grundrechtskataloges gehört sicher auch zu dem Begriff der open and democratic society.

Im wissenschaftlichen Diskurs ist der Begriff der Civil Society entwickelt worden. Er entspricht am meisten dem, was unter open and democratic society based on peace and justice gemeint ist. Zu diesem Begriff der open society und ihrem partizipativem Charakter gehört eben, daß im Wege einer vertikalen Gewaltenteilung über die Formen der Dezentralisation des Staatsapparates hinaus Aufgaben und Funktionen auf die Gesellschaft übertragen werden, die ursprünglich vom Staat wahrgenommen wurden. Hierzu gehört z.B. die Beschränkung des staatlichen Einflusses auf die Medienwelt. Rundfunk und Fernsehen sind in der Bundesrepublik Deutschland "staatsfern" organisiert. Der Staat hat keine Fachaufsicht über die Durchführung der Rundfunk- und Fernsehprogramme. Die Kontrolle wird ausgeübt von Rundfunkräten, in welchen die Gruppen der Gesellschaft, die für die Meinungsbildung relevant sind, proportional vertreten sind. Außerdem konkurrieren die staatlichen, aber staatsfernen, auf Landesebene organisierten Rundfunk- und Fernsehanstalten mit Privatfunk und Privatfernsehen. Dieser Vorgang der Privatisierung, Deregulierung und staatsfrei geführten öffentlichen Aufgaben ist ein wesentliches Element der Civil Society. Auch die Organisation der Berufe mit öffentlichen Aufgaben wie die Berufe der Ärzte, der Anwälte, der Notare in entsprechenden Kammern ist hier zu erwähnen. Überhaupt gehört hierzu der breite Bereich der sogenannten NGOs, der non-governmental organisations, zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, zu denen vor allem auch der Schutz der Menschenrechte gehört. In der Civil Society wird gerade auch dem Gedanken der citizen advocacy ein breiter Raum eingeräumt werden müssen.

III Die Menschenrechte im Rechtssystem und Ihre Systematische Verwirklichung

Im nachfolgenden sollen die Menschenrechte in ihrer Statusfunktion (1), in ihrer Wirkweise (2), ihrer Abänderbarkeit oder Beschränkbarkeit (3) und ihrer individuellen oder kollektiven Natur (4) untersucht werden.

1. Während in der Gegenwart von den verschiedenen Generationen der Menschenrechte gesprochen wird als individuelle Rechte, als kollektive Rechte, als soziale und demokratische Rechte, steht die deutsche Rechtstheorie auf dem Standpunkt, daß die Menschenrechte unbeachtet ihrer historischen Entwicklung mehr die Funktion von Statusschutzrechten haben. So hat man die individuellen Menschenrechte als status negativus-Rechte bezeichnet, weil sie ursprünglich einen Freiraum des Menschen gegenüber dem Staat abschirmten, die demokratischen Rechte, die Teilnahme am Staat garantierten, als status activus, und die sozialen Rechte, die auf Leistung gerichtet sind, als status positivus oder status socialis bezeichnet. Diese Einteilung hat gegenüber der Lehre von den Generationen der Menschenrechte den Vorteil, daß der Eindruck nicht entsteht, als würden die jüngsten Generationen der Menschenrechte (Umweltschutz, Diskriminierungsverbote) wichtiger und stärker sein als die älteren, die auf Staatsabwehr gerichtet sind. Auch läßt sich natürlich der Begriff der Statusarten erweitern, so z.B. um die Menschenrechte des status proceduralis, d.h. um solche Rechte, die ein Verfahren garantieren, so z.B. das Verfahren vor einem Verfassungsgericht auf Menschenrechtsschutz, worin eine Weiterentwicklung des rechtlichen Gehörs gesehen werden kann. Die Entdeckung oder - besser gesagt - die Wiederentdeckung der kollektiven Menschenrechte (wie z.B. in der African Charter on Human and People's Rights) stellt auch nur bedingt einen Fortschritt dar, denn ursprünglich waren die Menschenrechtsgarantien wesentlich kollektiver und haben diesen kollektiven Charakter erst im Laufe der Geschichte verloren. An der liberalen Lehre von den Grundrechten als Freiheitsrechte des status negativus ist jedoch heute so viel als unrichtig erkannt, als die Freiheitsrechte nicht nur den Staat abwehren, sondern auch begründen. Sehr deutlich kann dies am Beispiel der Meinungsfreiheit und Pressefreiheit gezeigt werden. Meinungsfreiheit garantiert nicht nur die Äußerung von Meinungen - eventuell auch Tatsachen? - in Schrift, Wort und Bild, sondern sie garantiert auch das Entstehen einer öffentlichen Meinung und damit einer Einflußnahme auf die politische Willensbildung. Das Gleiche kann von der Vereins- und Versammlungsfreiheit gesagt werden, die vor allem in Gestalt der Demonstrationsfreiheit von essentieller Bedeutung für die demokratische Entwicklung und damit den status activus der Grundrechte ist. Hier sieht man also ein Zusammenspiel von echten Menschenrechten mit staatsbürgerlichen Grundrechten.

2. Die Menschenrechte als objektives und subjektives Recht. Über diese Frage wurde bereits im vorigen Abschnitt Näheres ausgeführt. In der geschichtlichen Entwicklung ist richtig festzustellen, daß manche Rechte, die ursprünglich nur objektive Rechte waren, später zu subjektiven Rechten ausgebaut wurden. So war das Eigentumsrecht ursprünglich als subjektives Recht beschränkt auf das Eigentum an Grund und Boden, wurde aber von der Rechtsprechung des Reichsgerichtes auf alle vermögenswerten Rechte erstreckt. Man wird also sagen können, daß das Rechtssystem eines jeden Staates, das auf individuelle Rechtsverwirklichung angelegt ist, die Tendenz entfaltet, daß die objektiven Grundrechtsverbürgungen schrittweise in subjektive Rechte umgewandelt werden. Der Zentralbereich des bürgerlichen Rechtes in einer open and democratic society ist eben die subjektiv-rechtliche Garantie, d.h. eine vom Staat sanktionierte, dem einzelnen zuerkannte Willensmacht, die er in seinem Interesse ausüben kann. Deswegen wird man der Neuentdeckung der kollektiven Rechte nicht unbedingt einen Fortschritt zuerkennen können. Bei den objektiven Rechten ist die Schwierigkeit sofort erkennbar, die darin besteht, daß die Rechtsordnung für die Realisierung objektiver Rechte nur ungenügend Mechanismen zur Verfügung stellt.

3. Auch die Abänderbarkeit und Unabänderbarkeit der Menschenrechte durch sogenannte Ewigkeitsklauseln oder Grundrechtsbeschränkungen stellt ein zentrales Problem dar.²⁵ Kann eine Verfassung, wie das Grundgesetz in Art. 79 Abs. 3 - bestimmte Menschenrechte der Abänderbarkeit durch die Verfassungsänderung entziehen? Art. 79 Abs. 3, die sogenannte Ewigkeitsklausel, entzieht auch nicht die Grundrechte der Abänderbarkeit, sondern nur die Garantie der Menschenwürde, die eine objektive Norm ohne subjektiven Grundrechtsgehalt darstellt. Das Gleiche gilt für die Prinzipien des Art. 20 GG. So haben die Theorie und die Rechtsprechung anerkannt, daß die Menschenwürde als unabänderliche Garantie jeder Verfassungsänderung entzogen ist. Dies bedeutet, daß auch die konkret gewährleisteten Menschenrechte unabänderlich sind, soweit sie ein unverletzbarer Bestandteil der Menschenwürdegarantie sind. Dies gilt einmal für den Wesensgehalt eines Grundrechtes, der auch im Grundgesetz (Art. 19 Abs. 3) geschützt wird. Wird der Wesensgehalt eines Grundrechtes verletzt, dann ist das Gesetz verfassungswidrig. Allerdings schützt der Wesensgehalt nicht vor einem Eingriff des verfassungsändernden Gesetzgebers. Nur die Menschenwürde kann auch vom verfassungsändernden Gesetzgeber nicht beeinträchtigt werden. Jedoch kann die verfassungsgebende Gewalt des Volkes selbstverständlich nicht durch eine Positivierung einer Verfassung daran gehindert werden, sich eine neue Verfassung zu geben. Vor

²⁵ vgl. Lütcke, in: Sachs, a.a.O., zu Art. 79 GG

allein in Südafrika war die Bindung des Verfassungsgebers der Constitutional Assembly an vorgegebene unabänderbare Prinzipien von besonderer Bedeutung. In Situationen eines großen Umbruches scheint es ein passabler Weg zu sein, den Verfassungsgeber aufgrund eines Konsensus in der Öffentlichkeit an bestimmte vorgegebene Prinzipien zu binden. Dies ist natürlich eine Beschränkung der Souveränität des Verfassungsgesetzgebers, nicht aber der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes.

4. Die individuellen und die überindividuellen oder kollektiven Menschenrechte. Es wurde bereits mehrmals auf die Entwicklung kollektiver Menschenrechte hingewiesen. Auch das Grundgesetz kennt ein kollektives Grundrecht, nämlich das Grundrecht der kommunalen Freiheit (Art. 28).²⁶ Es ist allerdings in die Trägerschaft der Kommune verlegt und steht also nicht den Gemeindegürgern zu. Dennoch ist es richtig, es als kollektives Recht anzusehen. Kollektive Menschenrechte werden vor allem dort eingeräumt werden müssen, wo Minderheiten religiöser, rassischer oder kultureller Art in ihrem Bestand bedroht sind. Die äthiopische Verfassung von 1994 geht dabei so weit, daß bei Nichtbeachtung oder Nichtgarantie solcher kollektiver Menschenrechte der Minderheitsgruppierung (Nations, Nationalities and People's) das Recht zur Dismembration oder Sezession eingeräumt wird (Art. 39 äthiopische Verfassung 1994). Dies zeigt gleichzeitig die Schwierigkeiten auf, vor denen der Schutz kollektiver Rechte steht. Meistens sind es eben Minderheitsgruppen, die sich gegenüber den Mehrheitsgruppen durchsetzen wollen und die letzten Endes in der Dismembration oder Sezession die einzige Hoffnung auf Selbstbestimmung sehen. Es ist aber nicht unbedenklich, eine immer wachsende Zahl von Nations, Nationalities and People's als souveräne Völkerrechtseinheiten anzuerkennen. Die Labilität des internationalen Zusammenlebens wird dadurch vermehrt und der Einfluß der Nachbarstaaten unnötig erhöht. Eine Entwicklung zu föderativen Systemen oder Systemen konföderativer Struktur mit weitgehenden Autonomien ist hier vorzuziehen.

IV Der Aufbruch zu Einer Neuen Generation von Menschenrechten: Menschenrechte auf Entwicklung und Umweltschutz

Als zwei Beispiele einer neuen Generation von Menschenrechten soll hier die Garantie der Selbstverwirklichung und Entwicklung sowie des Umweltschutzes²⁷ erwähnt werden. Hierbei ist die Frage aufzuwerfen, ob die Garantie der Entwicklung als

²⁶ vgl. Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, München 1998, § 16 III

²⁷ vgl. Murswiek in: Sachs, aaO., zu Art. 20a

Abwehrrecht zu verstehen ist oder als soziales Recht auf staatliche Leistung. Ist letzteres der Fall, so ist diese Garantie nicht self-executive, sondern bedarf der Umsetzung durch den Gesetzgeber. Das Gleiche wird man auch vom Umweltschutz sagen müssen. Er ist nicht so entwickelt, daß das Gericht im konkreten Falle sagen kann, welche Maßnahmen getroffen werden müssen oder welcher Schadenersatz dem einzelnen zugebilligt werden kann. Hierbei soll noch das Problem angeschnitten werden, was bei einem Konflikt zwischen verschiedenen Grundrechten geschehen soll und welchem Grundrecht man den Vorrang gewähren muß. Vor allem Konflikte zwischen liberal-klassischen Grundrechten und modernen geben, wie z.B. Eigentumsschutz auf der einen Seite und Umweltschutz auf der anderen, aber auch Konflikte innerhalb eines klassischen Menschenrechtsbereiches wie zwischen Freiheitsrechten und Gleichheitsrechten alte und neue Probleme auf. Bisher hat man in Europa den Standpunkt vertreten, daß die Freiheitsrechtsgarantien stärker sind als die Gleichheitsrechtsgarantien. Betrachtet man eine Reihe von neuen Grundrechtskatalogen vor allem in der Dritten Welt, so in Südafrika oder in Äthiopien, so erkennt man, daß eine solche Präponderanz der Freiheit über die Gleichheit nicht mehr ohne spezielle Untersuchung des Grundrechtskataloges anerkannt werden kann. Grund hierfür ist, daß viele Staaten vor der Wende, vor allem in der Dritten Welt, auf Ungleichheiten gestützt waren oder sie nicht bekämpften. Dies waren teilweise politische Ungleichheiten gegenüber der Opposition, aber auch rassische und kulturelle Ungleichheiten gegenüber anderen Rassen oder Kulturen. Von Bedeutung sind die umfangreichen Gleichheitsartikel in der neuen äthiopischen Verfassung (1994) und der am 8. Mai 1996 angenommenen Verfassung der Republik Südafrika. Hier finden sich z. T. detaillierte Bestimmungen gegen die Benachteiligung der Frau. Sie machen es unmöglich, im Konflikt zwischen Religionsfreiheit und Frauengleichheit beispielsweise im Falle der Beschneidung von einem größeren Gewicht der Freiheit der Religion gegenüber dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Nichtdiskriminierung von Frauen zu sprechen.

V Schlußbemerkung

Die Universalität der Menschenrechte zeigt sich sowohl in der historischen vertikalen Richtung, als auch in der horizontal-räumlichen Ausdehnung. Aus allen Kulturräumen hat die Idee gleicher Freiheit, die Idee der Brüderlichkeit und Menschenwürde Zuspruch und Unterstützung erfahren, sind in einer lang zurückreichenden geschichtlichen Entwicklung die rechtlichen Dokumente zum Schutz von Menschenrechten hervorgegangen, die eine neue Grenzziehung zwischen der obrigkeitlichen Macht und der Sphäre des Individuums festlegten. So waren ursprünglich Menschenrechte Abmarkungen im politischen Machtverhältnis. Die demokratische Partizipation und die sozialstaatliche Vorstellung der brüderlichen Teilnahme verstärkten den Strom der Menschenrechte sowohl in historischer als auch in räumlich-horizontaler Richtung. Mit der

DER WANDEL DER MENSCHENRECHTE

Entwicklung völkerrechtlicher Schutzinstrumente und überhaupt der Vorstellung, daß individuelle Rechte von der Staatengemeinschaft her und nicht nur vom Nationalstaat geschützt werden müssen, trat die Idee universeller oder regionaler Menschenrechte in eine neue Phase ein. Hier brach sich auch die Vorstellung Bahn, daß auch im internationalen Recht der einzelne nicht nur Objekt, sondern Subjekt seiner Rechte gegenüber der Staatengemeinschaft sei. Krieg, Hungersnot und Bevölkerungsexplosion sind inzwischen größere Feinde geworden als staatliche Diktaturgewalt. Die Ungleichheit der Ressourcen und des Lebensstandards auf der Welt stellt eine neue Herausforderung an die Idee der Menschenrechte dar. Die Theorie der Menschenrechte sucht immer erneut nach einem Ur-Menschenrecht, das gleichsam der Elan Vital aller anderen Menschenrechte sein könnte. Vieles spricht dafür, daß das moderne Ur-Menschenrecht in dem Doppelgestirn von Recht auf Leben und Selbstbestimmung zu sehen ist.