

## 2. Das Menschenbild als rechtsethische Dimension

### 2.1 „Menschenbild“ als rechtsethischer Begriff

Es ist ein fast unmögliches Unterfangen, den Begriff des Menschenbildes im Sinne einer klar umrissenen Definition darzulegen. Das Bild des Menschen ist entsprechend seinem Wesen so umfassend, dass es von einer Einzeldisziplin oder gar von einem einzelnen Forscher unmöglich in alle Einzelaspekte hinein entfaltet und mit allen Implikationen durchschaut werden kann. Andererseits kann der Mensch begrifflich nicht erfasst werden, ohne Prämissen voranzustellen oder Determinanten anzuwenden, die wiederum seiner Weite widersprechen. „Der Mensch sieht sich als das undefinierbare, freie, offene Wesen“<sup>1</sup> und ist daher schwer „fassbar“. Lexikalisch ist mit der Menschenbildmetapher „eine von bestimmten Fakten und/oder Vorstellungen ausgehende bzw. in den Rahmen bestimmter wiss. oder weltanschaul. Methoden- oder Denksysteme gefügte Betrachtung oder Abhandlung über den Menschen“ zu verstehen. Je nach Zuordnung zu unterschiedlichen Bereichen unterscheiden sich Menschenbilder ganz wesentlich voneinander, denn unterschiedliche Disziplinen fokussieren unterschiedliche Aspekte. Ein biologisches Menschenbild hat genau andere Prämissen und Zielvorstellungen als zB ein philosophisches, pädagogisches oder theologisches.<sup>2</sup>

Im vorliegenden Kontext soll das Menschenbild als rechtsethischer Begriff<sup>3</sup> erhellt werden. Es geht um das Bild vom Menschen in der Schnittmenge von Recht und Ethik, sohin um einen nicht unumstrittenen Bereich, wie die Geschichte der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie zeigt. Der Blickwinkel der rechtsethischen Perspektive für das Menschenbild ist aber nicht zuletzt deswegen von größter Bedeutung, weil die „Verengung der rechtstheoretischen Aufgabenstellung auf die

---

<sup>1</sup> Baruzzi zit n Häberle 24, FN 25.

<sup>2</sup> Vgl Brockhaus 14, 464.

<sup>3</sup> Die Bezeichnung „Begriff“ impliziert hier keine Entscheidung methodologischer oder epistemologischer Art im Gegensatz zB zu „Prinzip“ oder „Rechtsgrundsatz“, sondern meint den „Gegenstand“ aus rechtsethischer Sicht.

analytische Betrachtung positiver Rechtsregeln“ sowie die „Reduktion des Rechtsbegriffs auf die aus einer beliebigen Quelle stammenden effektiven Zwangsnormen“ und die „Verbannung der Gerechtigkeitsfrage aus allen wissenschaftlichen Untersuchungen“ zu lange die Rechtstheorie dominiert hat.<sup>4</sup> „Das Menschenbild ist dem Menschen gewiss nicht alles – aber ohne das Menschenbild ist alles nichts!“<sup>5</sup> Dies gilt auch und gerade für das Menschenbild aus rechtsethischer Perspektive.

Bei einem „ebenso fundamental wie diffus“ empfundenen Menschenbildbegriff im Recht ist es unerlässlich, Konturen „ohne voreilige dogmatische Festlegungen aus allen in Betracht kommenden Richtungen“ zu erarbeiten.<sup>6</sup> Ganz im Kontext dieser dem Begriff inhärenten Weite stehen auch die Ausführungen des 1. Kapitels dieser Arbeit. Das Problem mit der begrifflichen Einordnung des Menschen setzt sich beim Menschenbild fort. Schon auf methodologischer Ebene gibt es unterschiedliche Zugänge. Während *Geiger* von einem „Strukturprinzip der Verfassung“ ausgeht, spricht *Kopp* von einem „zentralen Begriff des geltenden deutschen Rechts im Sinne einer verbindlichen Richtschnur für die Auslegung und Anwendung auch des einfachen Rechts“. Für *Pernthaler* ist das Menschenbild der „legitimierende Einheitsbezug allen Rechts“, für *Häberle* fundamentale Generalklausel.<sup>7</sup> Während nach *Mayer-Maly* jede Rechtsordnung „bewusst oder unbewusst“ von einem bestimmten Menschenbild ausgeht, weswegen es für die Rechtswissenschaft unabdingbar ist, „Vergewisserung über das vorausgesetzte Menschenbild zu suchen“<sup>8</sup>, betonen *Zippelius* und *Böckenförde* die Wandelbarkeit und die Abhängigkeit von den Prämissen des jeweiligen Menschenbildes<sup>9</sup>. *Schünemann* wiederum plä-

<sup>4</sup> Vgl dazu *Braun* 121 sowie *Kriele*, Grundprobleme der Rechtsphilosophie 8 und *Bydlinski F.*, Themenschwerpunkte 364.

<sup>5</sup> *Meinberg*, zit n *Häberle* 46, FN 126.

<sup>6</sup> Vgl *Schünemann* in *Schünemann/Müller/Philipps*, Vorwort.

<sup>7</sup> Vgl ebd 4 sowie *Häberle* 60. Die Kritik *Schünemanns* an der zentralen Stellung des Menschenbildes bei *Häberle* ist mE nicht zutreffend. Aus der umfassenden Bedeutung des Menschenbildes, das *Häberle* multilateral untersucht, einen Gemeinplatz im negativen Sinn abzuleiten, ist nicht sachgerecht.

<sup>8</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 37.

<sup>9</sup> Vgl *Zippelius*, Rechtsphilosophie 121 und *Böckenförde*, Verlust des Standhaften 7 sowie *Böckenförde*, Vom Wandel des Menschenbildes 193-224.

diert für eine Qualifikation des Menschenbildes als Rechtsgrundsatz im Sinne eines fundamentalen Rechtsprinzips.<sup>10</sup> In Abhebung von jeder „*paternalistischen* Bevormundung durch den Staat“ schwebt *Schünemann* ein „Menschenbild des deutschen Verfassungsgebers von 1949 als fundamentales Rechtsprinzip“ vor, das geprägt ist durch das Erbe der Aufklärung und damit durch Selbstbestimmung und Mündigkeit.<sup>11</sup> *Franz Bydlinski* plädiert in seinem Bemühen um die „Wiedererstreckung des Rechtsdenkens auf die rechtsethische Dimension“ dafür, die rechtsethischen Prinzipien Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit als oberste, übergeordnete Rechtsschicht in den Rechtsbegriff aufzunehmen – als „rechtsethische Dimension im Recht“.<sup>12</sup> Ganz in diesem Sinne ist auch das Menschenbild eine rechtsethische Dimension. Trotz unterschiedlicher methodologischer Zugänge besteht in Bezug auf die fundamentale Bedeutung und die rechtsethischen Implikationen des Menschenbildbegriffs im Wesentlichen Konsens.

Das Wort Ethik stammt vom griechischen *εθος* bzw. *ηθος*. *Εθος* bezeichnet das äußerlich sichtbare Verhalten der Menschen, ihre Gewohnheit, ihre Sitte, ihren Brauch und drückt damit aus, dass der Mensch so handelt, wie er es durch seine Erziehung und Herkunft für richtig hält. Mit *ηθος* hingegen ist darüber hinaus gemeint, dass die Handlungen und die ihnen zugrunde liegenden Werte innerlich akzeptiert werden, dass man sie aus einer inneren Einsicht heraus setzt bzw. annimmt. Daher bezeichnet *ηθος* auch *Charakter*, *Denkweise* und *Sinnesart*.<sup>13</sup> Aus der Übersetzung in das Lateinische durch Cicero entsteht der Begriff „Moral“. Während mit Moral meist die tatsächlich gelebten Wertvorstellungen bezeichnet werden, meint Ethik im Sinne einer Begründung des Sittlichen die reflektierte Überprüfung bislang praktizierter Normen und Werte.<sup>14</sup> Objekt der Ethik sind die Moral und die Moralität des Handelnden, zumindest letztere ist als innere

---

<sup>10</sup> Vgl. *Schünemann* in *Schünemann/Müller/Philipps* 5.

<sup>11</sup> Vgl. ebd.

<sup>12</sup> Vgl. *Bydlinski*, *Fundamentale Rechtsgrundsätze* 26.

<sup>13</sup> Vgl. *Gemoll*, *Griechisch-deutsches Schul- und Handwörterbuch*. München-Wien 1954, 241 und 360.

<sup>14</sup> Vgl. *Klopfer* zit. n. *Auer*, *Verfassung und Strafrecht* 17.

oder subjektive Tatseite auch Objekt des Rechts. Rechtsphilosophische Ethik ist, da zur Begründung von Rechtsnormen und ethischen Normen die Erwägung ihrer Folgen gehört, immer auch Verantwortungsethik.<sup>15</sup> *Mayer-Maly* weist zu recht darauf hin, dass durch *Cicero* mit *Moral* ein Kunstwort geschaffen wurde, das auch heute noch „in beliebiger Vermischung“ mit Ethik verwendet wird. Mit seiner neuen Wortprägung knüpft *Cicero* allerdings stärker als die Griechen mit ihrer Ethik an die rechtliche Kategorie an, da die *mores maiorum* (die Sitten der Vorfahren) den Römern neben den Gesetzen als ein Hauptbestandteil ihres Rechts galten.<sup>16</sup> Auch *Kaufmann* verweist auf den vielfach unspezifischen Gebrauch des Wortes *Moral* und auf das immer wieder anzutreffende synonyme Verständnis von *Ethik* und *Moral*. Weiters macht die extensive Verwendung von *Moral* in unterschiedlichen Verbindungen wie zB „Truppenmoral“, „Steuermoral“ etc eine Abgrenzung notwendig.<sup>17</sup> Im vorliegenden Kontext zielt *Ethik* auf den Gegenstand der Ethik, in concreto auf das Menschenbild mit seinen rechtsethischen Implikationen.<sup>18</sup>

Die Metapher „Bild“ dient systemtheoretisch der Reduzierung von Komplexität und damit der Orientierung. „Im juristischen Gebrauch sind alle Bilder dieser Art immer der Versuch, eine *Ganzheit* zu benennen, die hinter den ‚positiven‘, oft diffusen und fragmentarischen Regelungen, Begriffen, Grundsätzen etc. vielfach unbewusst steht.“<sup>19</sup> Die „Programmatik der Bilder“ ist dadurch gekennzeichnet, dass sie ähnlich der teleologischen Methode der Juristen eine „finalistische Auslegungsaufgabe“ haben und damit in Konsens stiftender Funktion die Auslegung auf sich hin leiten.<sup>20</sup> *Häberle* ortet sowohl im Begriff als auch im Wort *Menschenbild* eine „spezifisch deutsche Wissenschaftstradition“, die eine Faszination für andere Länder und für den

---

<sup>15</sup> Vgl *Kriele*, *Recht und praktische Vernunft* 26 unter Bezugnahme auf *M. Weber*.

<sup>16</sup> Vgl *Mayer-Maly*, *Rechtsphilosophie* 18.

<sup>17</sup> Vgl *Kaufmann*, *Rechtsphilosophie* 213.

<sup>18</sup> Vgl ebd. Auch *Kaufmann* scheidet den Begriff Ethik als philosophische Erklärung und Begründung des Sittlichen iSe Abgrenzung aus und konzentriert sich auf den „Gegenstand der Ethik“.

<sup>19</sup> *Häberle* 25 unter Bezugnahme auf *F.H. Tenbruck*.

<sup>20</sup> Vgl ebd.

interdisziplinären Dialog ausübt<sup>21</sup>, wobei er der Menschenbild-Frage im Zusammenhang mit Europa als „werdender Verfassungsgemeinschaft“ besondere Aktualität einräumt. Für *Häberle* ist es notwendig, das hinter den Grundrechten der EMRK stehende Menschenbild „verfassungstheoretisch freizulegen“ und „aus Europa als regionaler Verantwortungsgemeinschaft“ ein Menschenbild zu entwickeln, „ohne dass die Universalität der Menschenrechte vernachlässigt wird“. Mit der These, nicht der „homo oeconomicus“ könne das Ziel sein, „sondern nur der kulturgeprägte Bürger“, plädiert *Häberle* für ein kulturanthropologisch geprägtes Menschenbild im Recht, das durch die Subjektstellung des Menschen gegen jede – auch systemimmanente – Instrumentalisierung charakterisiert ist. Folgerichtig ortet er eine enge Konnexität zwischen Grundrechten und Erziehungszielen, wie sie in der einfachen Schulgesetzgebung, aber auch in Verfassungen und Landesverfassungen festgeschrieben sind<sup>22</sup>, da diese „Aspekte eines bestimmten Menschen-, Welt-, Gemeinschafts-, ja sogar Gottes-Bildes“ enthalten und einen „Grundkonsens unserer freiheitlichen Demokratie“ formulieren und normieren.<sup>23</sup> Das Menschenbild, wie es uns im Verfassungsstaat begegnet, ist für *Häberle* ein „generalklauselartiger *Rahmen-Begriff*“, der deswegen „so allgemein“ sein muss, weil jede begriffliche Einengung der freiheitlich pluralistischen Demokratie widerspräche, die Raum braucht und Raum gibt „für variable Ausgestaltungen und Konkretisierungen“.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Vgl *Häberle* 6. Als „theologische Stimme“ führt er *W. Kaspar*, Christliches Menschenbild und die Zukunft Europas, an; als „philosophische Stimme“ *A. Baruzzi*, Europäisches „Menschenbild“ und das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland; aus rechtsphilosophischer Perspektive führt er *W. Brugger* und *H. Hofmann* an. (Vgl ebd FN 3.)

<sup>22</sup> Vgl ebd 86, ebenso oben 1.3. Die Verbindung von Grundrechten und Erziehungszielen findet sich zB in § 2 Abs 1 SchOG; Art 26 Z 1 Verf. Bremen 1947; Art 131 Abs 2 Verf. Bayern 1946; Art 22 Abs 1 Verf. Thüringen (vgl *Häberle* 24.).

<sup>23</sup> Vgl ebd 46.

<sup>24</sup> Vgl ebd 60.

## 2.2 Das Menschenbild als Einheitsbezug von Ethik und Recht

Die Überschrift dieses Abschnittes lehnt sich bewusst an die Menschenbildcharakteristik *Pernthalers* an, mit der er schon 1969 das Menschenbild als legitimierenden Einheitsbezug allen Rechts postuliert hat.<sup>25</sup> In seinen Ausführungen über die Grundrechtsreform in Österreich nehmen der Mensch und das Verhältnis von Staat und Mensch eine wichtige Rolle ein. In Ablehnung der „in ihrer Einseitigkeit längst als unrichtig erkannten Vorstellungen *G. Jellineks* und *Kelsens*“ greift *Pernthaler* die „Konzeption des *Personalismus*“ auf, „die alle Freiheit und Ordnung in der Gemeinschaft auf ein konkretes *Menschenbild* – nämlich den freien Menschen in bestimmten elementaren Bindungen zu einer freien Gemeinschaft – bezieht“.<sup>26</sup> Nach *Pernthaler* ist dieses Menschenbild „nicht einer Utopie oder Ideologie zu entnehmen, sondern Gegenstand von Rechtsnormen und damit selbst ein rechtlicher Maßstab“. Die Frage, ob dadurch schon „eine geschlossene, rechtlich sanktionierte *Wertordnung* indiziert“ werde oder nicht, lässt er offen. Ein Menschenbild, das als legitimierender Einheitsbezug allen Rechts definiert wird, impliziert aber von sich aus „eine gewisse Öffnung des Rechts gegenüber den *gesellschaftlichen* Wertauffassungen“. Mehr noch, ein freiheitlicher Grundrechtsschutz ist undenkbar, wenn gesellschaftliche Wertvorstellungen vom Recht abge sondert würden, das damit zu einem „autoritär-mechanistischen“ Prozess zu erstarren drohte.<sup>27</sup> Damit postuliert *Pernthaler* angesichts der damaligen Übermacht des „etatistischen Rechtspositivismus“<sup>28</sup> vorsichtig – er spricht von einer „*gewissen* Öffnung des Rechts“ gegenüber gesellschaftlichen Wertvorstellungen – und deutlich zugleich – Recht ohne Werte als „autoritär-mechanistischer Prozess“ – die unabdingbare Verbindung von Ethik und Recht, deren Einheitsbezug im Menschenbild liegt. Damit wird dem Menschenbild in der rechtsethischen Perspektive eine zentrale und grundlegende Rolle eingeräumt,

<sup>25</sup> Vgl. *Pernthaler*, Grundrechtsreform 40.

<sup>26</sup> Vgl. ebd. 39 unter Bezugnahme auf *Westermann*, *Maunz-Dürig* (Kommentar zum GG), *Roemer*, *Luhmann* ua.

<sup>27</sup> Vgl. ebd. 40.

<sup>28</sup> Vgl. *Bydlinski*, Themenschwerpunkte 361.

die geeignet ist, sowohl mit dem Wesen des Menschen als auch mit dem Wesen des Rechts zu korrelieren.<sup>29</sup>

### 2.2.1 Das Menschenbild im Wandel

Es ist eine allgemein menschliche Erfahrung, dass alles Sein vom Wandel geprägt ist. Schon Heraklit von Ephesus (550-480 v. Chr.) hat den Aspekt des Werdens und Vergehens in den Mittelpunkt seines Denkens gestellt: *παντα ρει* - alles fließt und nichts bleibt.<sup>30</sup> Die Sozietäten und deren Kulturen, das Recht und die Werte, damit auch Welt-, Volks- und Menschenbild, unterliegen dem geschichtlichen Wandel. Sieht man von einer bestimmten Ausformung naturrechtlichen Denkens im Sinne einer „lex aeterna“ ab, die auf eine zu allen Zeiten und in allen Kulturen absolut verbindliche Geltung abzielte, bestreitet niemand ernsthaft das Faktum der soziokulturellen Genese von Recht und Menschenbild. Die Natur des Menschen „vollzieht und zeigt sich in seiner Geschichte“, sie zeigt sich „nicht unmittelbar in ihrem Sein, sondern grundsätzlich nur im Vollzug“.<sup>31</sup> „Geschichte ist überall, wo sich eine Vermittlung von Subjektivem und Objektivem vollzieht. Geschichte ist diese Vermittlung, und da es nichts wahrhaft Seiendes gibt, was von dieser Vermittlung ausgeschlossen ist, ist Geschichte der Wesenscharakter der Wirklichkeit überhaupt.“<sup>32</sup> Auch *Kriele* betont den Wandel, die Wandelbarkeit und die kultur- und epochenspezifische Ausprägung von Recht und Gesetz, wenn er sie den „Gesetzen der Natur“ quasi antithetisch gegenüberstellt. Während diese „der Verfügung durch den Menschen entzogen“ sind, kann der Gesetzgeber hingegen „die Gesetze des Rechts erlassen, aufheben, än-

---

<sup>29</sup> Vgl. *Häberle* 76. Klassikerzitate wie das von der „normativen Kraft des Faktischen“ *G. Jellineks* oder *Hobbes'* „auctoritas non veritas facit legem“ zeigen oftmals die Grenzen der Jurisprudenz und der Staatsrechtslehre auf. Als Einwände gegen die zentrale Rolle des Menschenbildes im Recht eignen sie sich nicht und entpuppen sich als „Killerphrasen“.

<sup>30</sup> Vgl. *Kunzmann/Burkard/Wiedmann* 33. Heraklit stellt sich die Welt als im ständigen Austausch gegensätzlicher Bestimmungen vor. Aus der Ableitung allen Geschehens aus Gegensätzlichkeiten resultiert auch der Satz, dass der Krieg der Vater aller Dinge ist. Mit der These vom *λόγος* als Einheit der Gegensätze liegt ein erster dialektischer Denkansatz vor.

<sup>31</sup> Vgl. *Rotter* zit n. *Auer*, Verfassung und Strafrecht 23.

<sup>32</sup> *W. Schulz* zit n. ebd. FN 41.

dern oder ergänzen“.<sup>33</sup> Geht man davon aus, dass das Wesen des Rechtssatzes darin besteht, einen auf einer Wertung aufbauenden, unbedingt geltenden Imperativ auszusagen, der eine konditionale Wenn-dann-Struktur hat, „so reicht der Rechtssatz ... mit seinem konditionalen Teil in die veränderliche Lebenswelt hinein“.<sup>34</sup> „Recht, verstanden als ein Bestand von konditionalen Imperativen, passt sich den Änderungen der Lebenswelt an, ist in diesem Sinne wandelbar, ‚geschichtlich‘.“<sup>35</sup> Die Entwicklung vom theozentrischen Weltbild des Mittelalters zum anthropozentrischen Weltbild des Humanismus und der Aufklärung, die Ablösung der Monarchie durch die Demokratie, der Übergang von der Agrargesellschaft zur Industriegesellschaft im 19. Jahrhundert und zur Dienstleistungsgesellschaft im 20. Jahrhundert kennzeichnen Änderungen in der Gesellschaft, die auf allen Ebenen wirksam werden. Sie beeinflussen die Wertvorstellungen und führen zu einem Wandel der Familie, der Rechtsverhältnisse, des Bildungssystems sowie im Bereich der Industrie und Arbeitswelt, im Partnerschaftsverhalten, in Erotik und Sexualität. Die gesellschaftspolitischen Konzeptionen, die auf die gesellschaftliche Entwicklung reagieren und diese auch prägen, gehen allesamt von Wertvorstellungen aus, die ihrerseits in der konkreten historischen Situation ihren Ursprung haben.

*Radbruch* weist in seiner Heidelberger Antrittsvorlesung daher zu recht darauf hin, dass der Wandel des Menschenbildes sehr eng mit dem Wandel der Geschichte verbunden ist. Das mittelalterlich-deutsche Bild vom Menschen, geprägt durch eine Anhäufung „pflichtdurchdrungener, pflichtgetragener Rechte“ und der Zunft- und Lehensordnung, ist grundlegend verschieden von dem der Aufklärung, das einem „wohlverstandenen Individualinteresse“ folgt, und dieses wiederum von dem des industriellen Zeitalters.<sup>36</sup> Das impliziert jedoch nicht einfach eine Auflösung des Menschenbildes „in eine Vielfalt ständig wechselnder Selbstentwürfe des Menschen“, da vom Phäno-

---

<sup>33</sup> Vgl *Kriele*, *Recht und praktische Vernunft* 21.

<sup>34</sup> Vgl *Ellscheid* in *Kaufmann/Hassemer* 241.

<sup>35</sup> Ebd.

<sup>36</sup> Vgl *Radbruch*, *Der Mensch im Recht* 467-474. Während bei *Radbruch* der Wechsel im Menschenbild in der Geschichte des Rechts „Epoche macht“ (ebd 467), „unterliegt“ es bei *Henkel* dem geschichtlichen Wandel. (Vgl *Henkel* 238.)

men des Wandels im Menschenbild dessen „*Grundbestand allgemein-konstanter Wesenszüge*“ unterschieden werden muss, „die den *Menschen schlechthin* charakterisieren, Merkmale, die er in seiner stammesgeschichtlichen Entwicklung erworben hat, und deren etwaiger Verlust in einer künftigen Entwicklung ihn um seine *Menschlichkeit* bringen würde“.<sup>37</sup> Für ein umfassendes Menschenbild sind beide Elemente unverzichtbar: ein „*Kernbestand allgemein-konstanter Grundbefindlichkeiten des Menschen*“ ebenso wie ein „*Bestand wandelbarer Merkmale und wechselnder Selbstentwürfe des in der historischen Situation stehenden Menschen*“.<sup>38</sup> Für *Henkel* sind es im Besonderen „die *ontologischen Gesetzlichkeiten des Menschseins*“, die dem Menschen eine Stellung in der Seinsordnung zuweisen, die es ihm auch ermöglichen, seine „Aufgabe als Mensch“ in der Geschichte – entsprechend dem jeweiligen Erkenntnisstand – zu erfüllen. Das sind zugleich „die Grundelemente eines auch für die Rechtsordnung relevanten Menschenbildes“. Der Erkenntnisfortschritt in der Anthropologie und den anderen Wissenschaften bedingt dabei eine Berücksichtigung desselben in Rechtsordnung und Rechtstheorie.<sup>39</sup> Dass dies oft nur langsam und gegen Widerstände geschieht, mag ein Blick auf die bekannte Problematik des Rechtspositivismus, dass er machtlos ist „angesichts ungerechter oder unsittlicher Gesetze“, veranschaulichen. Während *Feuerbach* noch betont, dass einer *lex corrupta* kein Gehorsam geschuldet werden muss, nimmt man später den „Positivismus beim Wort, nach dem Gesetz und Recht identisch sind, mithin also *nur* das Gesetz, aber auch *jedes* Gesetz Recht ist“.<sup>40</sup> Es bleibt unverständlich, warum *Kelsen* in der zweiten, vollständig neu bearbeiteten Auflage der „*Reinen Rechtslehre*“ 1960, also nach den tragischen Erfahrungen durch den Nationalsozialismus, aus der „vorausgesetzten Grundnorm“ nach wie vor die These ableitet, dass „jeder beliebige Inhalt Recht“ sein kann. „Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehaltes, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer

---

<sup>37</sup> Vgl. *Henkel* 239.

<sup>38</sup> Vgl. ebd. 239 f.

<sup>39</sup> Vgl. ebd.

<sup>40</sup> Vgl. *A. Kaufmann* in *Kaufmann/Hassemer* 94 f.

Rechtsnorm zu sein.“<sup>41</sup> Vor diesem Hintergrund kann man der ironischen Bezeichnung der Theorie *Kelsens* als „Rechtsleere“ durch *Hermann Klenner* die Berechtigung nicht ganz absprechen.<sup>42</sup>

Der Einschätzung *Häberles*, dass der Jurist in der Regel „erst *a posteriori*“ den Wandel „der für ihn relevanten Bild-Elemente“ erkennt, ist zuzustimmen. Die Gründe liegen in der „Verschichtung“ verschiedener „Bildfragmente“ unterschiedlicher Epochen, verbunden mit der „spezifischen Statik und Dynamik der Entwicklungsprozesse des Rechts“.<sup>43</sup> Sehr heterogene Menschenbildelemente führen zu einem „Konglomerat“ derselben und sind Bestandteil des „relativ offenen Menschenbildes“ des Grundgesetzes, das zu recht als „gemischtes Menschenbild“ bezeichnet werden kann, weil es Pluralität und „Gleichzeitigkeiten“ zugleich in sich vereinigt.<sup>44</sup> *Häberle* sieht den „Wandel der ‚Bilder‘“ im Kontext eines Ensembles von Zusammenhängen und Wechselwirkungen und nennt als historische Eckdaten die „Infragestellung des theonomen Welt-, Staats- und Menschenbildes durch Renaissance und Reformation bzw. Religionskriege sowie die Entwicklung des vernunftrechtlichen Menschen- und Staatsbildes der Aufklärung bzw. der Menschenrechte, wie sie der westliche Verfassungsstaat in den großen Daten von 1776, 1787 und 1789 begründet hat“. Das Menschenbild im Recht entwickelt sich nicht abseits „von diesen Prozessen abendländischer Kulturdynamik“ und ist zudem von präpositiven und vorkonstitutionellen Prozessen, die zum

<sup>41</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre, <sup>2</sup>1960, Neudruck 1992, 200 f. *A. Kaufmann* meint gleichsam entschuldigend, dass es den Positivisten des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts eine selbstverständliche Annahme war, dass der Gesetzgeber keine niederträchtigen Gesetze erlässt. Diese Annahme wurde auf tragische Weise von der Geschichte widerlegt. (Vgl. *A. Kaufmann* in *Kaufmann/Hassemer* 94 f.)

<sup>42</sup> Vgl. *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 15.

<sup>43</sup> Vgl. *Häberle* 25. Als Beispiele führt *Häberle* die Weimarer Verfassung von 1919 an, die dem BGB etwa im Bereich der Sozialbindung des Eigentums und der Gleichstellung der unehelichen Kinder voraus liege. Das Umweltrecht führt er für den umgekehrten Fall an, dass gewandelte Menschenbildelemente sich auf einfachgesetzlicher Ebene früher durchsetzen als im Verfassungsrecht. Auf dem Prüfstand sieht er gegenwärtig das „Bild der Ehe“ nach Art 6 Abs 1 GG durch sog. eingetragene Lebenspartnerschaften.

<sup>44</sup> Vgl. ebd. 62. „Gleichzeitigkeiten“ nennt *Häberle* den Umstand, dass Menschen „gleichzeitig mit bzw. in verschiedenen rechtlich geronnenen Menschenbildern bzw. Segmenten“ leben. Dass dies nicht nur für das deutsche Grundgesetz zutrifft, das *Häberle* in besonderer Weise fokussiert, liegt auf der Hand.

Menschenbild des Grundgesetzes hinführten, geschichtlich geprägt. Die Philosophie des deutschen Idealismus, „vor allem *I. Kants* Beitrag zum heutigen Verständnis der *Menschenwürde* als Rechtsprinzip“, bestätigen diese These.<sup>45</sup> „Die Subjektstellung des Menschen zum archimedischen Punkt des Verfassungsstaates zu machen, ist das Ergebnis eines langen Prozesses bis zur Schwelle des GG.“<sup>46</sup> Indes betont *Häberle* die Entwicklungsoffenheit im Menschenbild des deutschen Verfassungsstaates, wie sie sich vor allem an den neuen ökologischen Grundsatzfragen, in der Kategorie der „Verantwortung“<sup>47</sup> für spätere Generationen oder auch in der völkerrechtlichen Perspektive des „common heritage of mankind“ zeigt.<sup>48</sup> Die Menschenwürde als „heutiger Kern des rechtlichen Menschenbilds im Verfassungsstaat“ verbietet es einerseits, hinter 1789 und „Kant“ zurückzugehen und gebietet es andererseits, „auf diesem Grund behutsam weiterzuschreiten“. Die „*Revision der juristischen ‚Bilder‘*“ geschieht dabei – abge-

<sup>45</sup> Vgl ebd 26.

<sup>46</sup> Ebd.

<sup>47</sup> Bzgl der ökologischen Implikationen eines Menschenbildes im Kontext der Verantwortung sei auf *Hans Jonas* (1903-1993) verwiesen: Angesichts der hemmungslosen Ausbeutung der Umwelt und der Überzeugung, dass die Art der menschlichen Existenz wie die menschliche Existenz auf der Erde selbst auf dem Spiel stehe, fasst er den kategorischen Imperativ *Kants* neu: „Handle so, dass die Wirkungen deiner Handlung verträglich sind mit der Permanenz echten menschlichen Lebens auf Erden.“ (*H. Jonas*, Das Prinzip Verantwortung. Zit n *Wolf* in *Dannowski/Pickerodt/Wolf* 136.) Dass die Rechtsordnung daraus Konsequenzen ziehen muss, kann nicht bezweifelt werden. In einem flammenden Plädoyer proklamiert *Schünemann* „die Umwertung aller heute dominierenden Werte“ und fordert die „*Pflicht zur Bewahrung der Umwelt als überpositive universelle Grundnorm jeder Rechtsordnung*“ ebenso ein wie die Beschränkung des Menschenbildes auf den „homo oecologicus“. (Vgl *Schünemann* in *Schünemann/Müller/Philipps* 12 f.)

<sup>48</sup> Vgl ebd 26 f. *Häberle* bezeichnet die neuen Schweizer Verfassungstexte als „vorbildlich“, vor allem in den charakteristischen Präambelformeln „... im Bewusstsein der Verantwortung für die Bewahrung einer gesunden und lebenswerten Umwelt auch für die kommenden Generationen, in der Bereitschaft, mitzuwirken an der Linderung von Hunger und Armut auf der Welt und am Frieden zwischen den Völkern“ oder „... vom Bewusstsein seiner (sc. des Volkes) Verantwortung vor Gott für Mensch, Gemeinschaft und Umwelt“. (Belegstellen ebd FN 37.)

In der Auseinandersetzung um die neue Verfassung der Europäischen Union haben der Gottesbezug sowie der Hinweis auf das religiöse (in der deutschen Fassung) bzw spirituelle Erbe (in den anderen Sprachen der Europäischen Union) in der Präambel große Meinungsunterschiede zutage gebracht. (Vgl dazu weiter unten 2.3.2 und 2.5.4.)

sehen von Revolutionen wie zB 1789 – evolutiv, wobei der „rechtliche Begriff ‚Menschenbild‘ so *offen* und dank der Grundrechte revidierbar gehalten“ ist, dass er „gewandelte Inhalte allmählich aufnehmen und alte schrittweise abstoßen kann“.<sup>49</sup>

Im Gegensatz zu dieser geforderten Behutsamkeit in der Gestaltung des Menschenbildes setzt *Schünemann* auf eine radikale „Umwertung aller heute dominierenden Werte“<sup>50</sup> und damit auf ein Menschenbild, das den ökologischen Erfordernissen der Gegenwart und der Zukunft entspricht. Für *Schünemann* ist das Menschenbild des BVerfG, das dieser aus dem Grundgesetz ableitet, für die postmoderne Gesellschaft antiquiert.<sup>51</sup> Seine Kritik an diesem Menschenbild setzt einerseits bei der Methodologie an – *Schünemann* qualifiziert die Konzeption des Menschenbildes des BVerfG durch die freie Selbstbestimmung und die Gegenrechte zugleich als „methodologischen Fehler“ – und stellt andererseits auf die kulturelle Entwicklung ab, die „ganz anders verlaufen“ ist, als sie die Menschenbildrechtsprechung vermuten ließe, „nämlich fort von dem in Wahrheit ja zum kulturellen Arsenal des 19. Jahrhunderts gehörenden Idealbild der Persönlichkeit ‚als höchstem Glück der Erdenkinder‘ und hin zur Massenkultur der postmodernen, spätindustriellen Gesellschaft“.<sup>52</sup> Da die heutige Gesellschaft, die nach der Beurteilung *Schünemanns* „hinter der längst sinnentleerten Maske der individuellen Selbstverwirklichung nichts anderes als eine krude Mischung aus Konsum und Kapitalismus, hedonistischem Unterhaltungszwang und Verdrängungskultur in einer in Wahrheit zutiefst inhumanen Welt darstellt“, ihre Kosten nur durch den globalen „Raubbau an den ökologischen Ressourcen“ decken kann, hebt *Schünemann* die Notwendigkeit eines durch den „homo oecologicus“ geprägten Menschenbildes hervor.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> Vgl ebd 81 f.

<sup>50</sup> Vgl *Schünemann* in *Schünemann/Müller/Philipps* 13.

<sup>51</sup> Vgl ebd 8.

<sup>52</sup> Vgl ebd 9.

<sup>53</sup> Vgl ebd. *Schünemann* geht mit der heutigen Gesellschaft hart ins Gericht. Er unstellt ihr, da sie Werte proklamiert, nach denen sie in Wahrheit nicht lebt, eine fundamentale Heuchelei. Diese durchsetze auch das verfassungsrechtliche Fundament und reiche damit in die Rechtskultur hinein. (Vgl ebd 10.) Inwiefern *Schünemann* mit solchen Thesen im leidenschaftlichen Eifer eines Prometheus übers Ziel hinausschießt, kann hier nicht beurteilt werden. Eine differenziertere Sicht von „Gesellschaft“ wäre ein möglicher

Dem „Wandel des Menschenbildes im Recht“ und seinen Auswirkungen für die gegenwärtige und künftige Rechtsordnung hat sich auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde* mehrfach gewidmet.<sup>54</sup> *Böckenförde*, von 1983 bis 1996 selbst Richter des Zweiten Senats des BVerfG, konstatiert eine „bemerkenswerte Heterogenität unserer Rechtsordnung“, die – wenn überhaupt – nicht mehr vom „Menschenbild, welches das Bundesverfassungsgericht 1954 programmatisch formuliert hat“, geprägt wird<sup>55</sup>, und schließt „mit Blick auf die Zukunft“ nicht mehr aus, dass dem geltenden Recht „eine kohärente Vorstellung vom Menschen überhaupt abhanden kommt“.<sup>56</sup> Die Neukommentierung des Art 1 GG im GG-Kommentar *Maunz/Dürig* durch *Matthias Herdegen* scheint dies zu bestätigen.<sup>57</sup> Sie markiert einen „Epochenwechsel“, weil die Grundlagen der Rechtsordnung in den „geisteshistorischen Hintergrund“ gerückt werden und die Würde des Menschen „wie jede andere Rechtsposition auch“ der „Abwägung ausgeliefert“ wird.<sup>58</sup>

Indes wird das Phänomen des im Wandel begriffenen Menschenbildes in der jeweiligen Gegenwart als besonders aktuell und oft auch als Krise wahrgenommen, die historischen Entwicklungen, die in einer

---

Ansatzpunkt, um Einseitigkeiten, wie sie Plädoyers eigen sind, entgegenzuwirken. Im vorliegenden Kontext geht es aber darum, das Zusammenwirken von Menschenbild und Wandel zu verdeutlichen.

<sup>54</sup> Vgl *Böckenförde*, Verlust des Standhaften in jeder Hinsicht. Das Bild des Menschen im gegenwärtigen Recht. In FAZ 172 (2001) 7; ders., Vom Wandel des Menschenbildes im Recht. In Gerda Henkel Stiftung (Hg), *Das Bild des Menschen in den Wissenschaften*. Münster 2002, 193-224; ders., Die Würde des Menschen was unantastbar. Abschied von den Verfassungsvätern: Die Neukommentierung von Artikel 1 des Grundgesetzes markiert einen Epochenbruch. In FAZ 204 (2003) 33.

<sup>55</sup> Wer sich heute auf das Menschenbild des BVerfG 1954 berufe, so *Böckenförde*, verhülle die realen Verhältnisse durch einen „ideologischen Schleier“. (Vgl *Böckenförde*, Verlust des Standhaften 7.)

<sup>56</sup> Vgl *Böckenförde*, Verlust des Standhaften 7.

<sup>57</sup> Vgl *Leicht*, Wahret die Anfänge! In *Die Zeit* 38 (2003), zit n [http://zeus.zeit.de/text/2003/38/Art\\_1\\_GG](http://zeus.zeit.de/text/2003/38/Art_1_GG).

<sup>58</sup> Vgl *Böckenförde*, Die Würde des Menschen war unantastbar 33 sowie zur Frage der Menschenwürde unten 2.6. Im Bereich von Lebensanfang und Lebensende des Menschen zeigen sich Änderungen im Menschenbild am deutlichsten. So beginnt auch *Mayer-Maly* das 6. Kapitel seiner Rechtsphilosophie, das dem Menschenbild im Recht gewidmet ist, mit der Frage nach Beginn und Ende des menschlichen Lebens. (Vgl *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 37-40.)

unabdingbaren Wechselbeziehung zum Menschenbild stehen, müssen aber ebenso berücksichtigt werden, will man die Grundzüge des Wandels verstehen. *Böckenförde* beginnt mit seinen Untersuchungen für den Wandel des Menschenbildes im 16. Jahrhundert.<sup>59</sup> Im Zuge der Glaubensspaltung der Reformation ging aus dem religiös geprägten Menschenbild ein Impuls aus, „das Recht aus der Einbindung in die religiöse Wahrheitsordnung zu lösen“. Dem Grundsatz des Augsburger Religionsfriedens 1555 „cuius regio eius religio“ mit der Religionshoheit des Landesherrn für sein Territorium werden für den Einzelnen ebendort durch das „beneficium emigrationis“ und „die ‚private‘ Glaubens- und Gewissensfreiheit im Westfälischen Frieden“ 1648 Freiheitsräume gegenübergestellt bzw. zuerkannt. In diesen noch spärlichen Rechten findet ein Paradigmenwechsel statt, in dem „das glaubensbezogene Freiheitsrecht der Person prävalierte gegenüber allen bestehenden rechtlichen Einbindungen“. Zu recht kann hier mit *Georg Jellinek* der Ursprung der modernen, individuellen Freiheitsrechte gesehen werden.<sup>60</sup>

Als nächsten grundlegenden Paradigmenwechsel im Menschenbild bezeichnet *Böckenförde* die Französische Revolution mit ihrer „Individuation des Menschen“. Zuvor war das Menschenbild aristotelisch geprägt, obwohl die Theoretiker des Vernunftrechts „einen vom einzelnen Individuum ausgehenden Denkansatz zur Erklärung und Begründung sozialer und politischer Gemeinschaften“ postulierten. Diese vernunftrechtlichen Theorieentwürfe waren ebenso wie die französische Aufklärung philosophische Voraussetzung für die Revolution von 1789 und ihr Bild vom Menschen.<sup>61</sup> Die Vorstellung vom Menschen in der Theorie des Vernunftrechts war geprägt vom „einzelnen, freien, auf sich gestellten Individuum, das als solches Subjekt, auch Subjekt des Rechts ist und allen sozialen und sonstigen Gemeinschaftsbeziehungen vorausliegt“.<sup>62</sup> In der französischen Erklärung der

---

<sup>59</sup> Er begründet diese Entscheidung damit, dass vom 16. bis 18. Jahrhundert „ein folgenreicher Wandel hin zu bewusster Gestaltung des Rechts stattfand“. (Vgl. *Böckenförde*, Vom Wandel des Menschenbildes 194.)

<sup>60</sup> Vgl. ebd. 195 f.

<sup>61</sup> Vgl. ebd. 202.

<sup>62</sup> Vgl. ebd. 203 unter Bezugnahme auf *Thomas Hobbes*, *John Locke*, *Christian Wolff* und *Christian Thomasius*.

Menschen- und Bürgerrechte vom 26.06.1789 kommt dieses „emanzipatorische Potential“ klar zum Ausdruck, wenn Art 1 feststellt: „Die Menschen werden frei und gleich an Rechten geboren und bleiben es“<sup>63</sup> und Art 4 den gewandelten Freiheitsbegriff wiedergibt: „Die Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was einem anderen nicht schadet.“<sup>64</sup> Die autonome Freiheit der Einzelperson, in der die „Herauslösung aus vielen Abhängigkeiten“ und „seine Freisetzung zur Selbstbestimmung“ zum Ausdruck kommen, wird nun „der Ausgangs- und Bezugspunkt der Rechtsordnung“.<sup>65</sup> Dem aristotelischen Bild vom Menschen als *ζῶον πολιτικόν* wird hier keine besondere Bedeutung beigemessen. Schon *Karl Marx* hat in Bezug auf Art 4 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte kritisch festgehalten: „Es handelt sich um die Freiheit des Menschen als isolierter, auf sich zurückgezogener Monade ... das Menschenrecht der Freiheit basiert nicht auf der Verbindung des Menschen mit dem Menschen, sondern vielmehr auf der Absonderung des Menschen von den Menschen. Es ist das Recht dieser Absonderung.“<sup>66</sup> Eine zweite Eigenart des hier vorliegenden Menschenbildes liegt in der Ausklammerung der metaphysischen oder transzendenten Bestimmung. „Das Woraufhin der Freiheit bleibt vom Recht unbeantwortet, es formuliert und verwirklicht um der subjektiven Freiheit und der Autonomie des Einzelnen willen keine verbindliche positive Sozialidee, wie sie vorher in der *eudaimonia* bestand. An die Stelle des ethisch-materialen Rechts, wie es zur Ordnung Alteuropas gehörte, tritt das formale, Freiheit und Autonomie ummantelnde Recht, das auch zur Beliebigkeit freisetzt.“<sup>67</sup>

Das 19. Jahrhundert als „juristisches Jahrhundert“ zeichnet sich in der Entwicklung des Rechts dadurch aus, dass es das neue Menschenbild umsetzt. Die französischen Kodifikationen des *code civil* und des *code de commerce* sind hier ebenso zu nennen wie das österreichische ABGB von 1811, die preußischen Reformen von 1807 bis 1815, die wirtschaftsliberalen Reformen im Vormärz, die Ausgestaltung einer

---

<sup>63</sup> „Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.“

<sup>64</sup> „La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.“

<sup>65</sup> Vgl. Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes 203 f.

<sup>66</sup> Marx zit n ebd 204.

<sup>67</sup> Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes 205.

liberalen Erwerbsgesellschaft nach 1848/49, die grundlegende nationale und liberale Gesetzgebung, wie zB das österreichische StGG von 1867 und das deutsche BGB 1896/1900.<sup>68</sup> Als Leitbild fungiert ein Bild vom Menschen, das geprägt ist von einer „einzelnen, rechtlich freien und gleichen, erwerbstätigen und kapitalbildenden Persönlichkeit, die ihr Leben weithin autonom gestaltet“. Von diesem Bild her werden Recht und Rechtssystem konstruiert, „nicht mehr hingegen von den Lebenszwecken und natürlichen Pflichten der Menschen“. Darin sieht *Böckenförde* „die prinzipielle Scheidung von Recht und Sittlichkeit“ und den „Abschied vom ethisch bestimmten Rechtsbegriff und Rechtsinhalt angelegt.“<sup>69</sup> Eine derart geprägte Rechtsordnung hat enorme Auswirkungen auf die unterschiedlichsten Bereiche menschlichen Lebens und setzt eine „wirtschaftliche und gesellschaftliche Bewegung“ frei, in der „gerade die natürliche und besitzbestimmte *Ungleichheit* der Menschen – die Ungleichheit an Begabung, Bildung, Arbeits- und Einsatzbereitschaft – zur vollen Entfaltung gelangt“. Durch die Industrialisierung und die mit ihr einhergehende Verstärkung der Ungleichheit entsteht eine Klassenspaltung der Gesellschaft, in der „für eine wachsende Zahl von Menschen die allen gewährleistete rechtliche Freiheit zur leeren Formel“ wird, „weil ihnen die sozialen Voraussetzungen zur Realisierung dieser Freiheit fehlten; soziale Ungleichheit ging über in soziale Unfreiheit“.<sup>70</sup> Das Bild vom Menschen bedarf einer neuerlichen Revision.

Der Weg führt vom *status negativus* im Sinne des Schutzes der individuellen Freiheitssphäre vor staatlichen und obrigkeitlichen Eingriffen als Ausfluss eines von Autonomie und Freiheit geprägten Menschenbildes zum *status positivus* im Sinne von Staatsleistungen als Ergebnis einer „Grundrechtssolidarität“ und wird ergänzt durch den *status activus*, der die individuelle Eigenverantwortung im Sinne einer „eigenberechtigten Ausübung öffentlicher Funktionen“ zum Inhalt hat.<sup>71</sup> Das Schicksal der Lohnarbeiterschaft im 19. Jahrhundert – in krassem Gegensatz zur Proklamation der freien und autonomen

---

<sup>68</sup> Vgl ebd 205 f.

<sup>69</sup> Vgl ebd 206 f.

<sup>70</sup> Vgl ebd 210 f.

<sup>71</sup> Vgl *Pernthaler*, Allgemeine Staats- und Verfassungslehre 264-269.

Persönlichkeit – führt zu einer zumindest partiellen „Re-ethisierung“ des Rechts.<sup>72</sup> Neben dem deutschen BGB und dem österreichischen ABGB entsteht eine „Nebenrechtsordnung“, die den schutzbedürftigen Menschen im Auge hat. Das Bild vom Menschen, der schutzbedürftig ist „gegenüber sozialer, besitzbestimmter Übermacht, schutzbedürftig gegenüber den Lebensrisiken, für die er allein keine Vorsorge treffen kann, schutzbedürftig sogar im Hinblick auf die mögliche Wahrnehmung seiner Lebenschancen durch soziale Ausgleichsmaßnahmen“, führt zu einer Sozialgesetzgebung und zu Rechtsfiguren, die sich stärker „an realen Lebenslagen und den sich einspielenden funktionalen Abläufen der wachsenden Industriegesellschaft“ und nicht mehr primär am Willensdogma orientieren.<sup>73</sup>

Durch das ideologisch verzerrte und von Antisemitismus und Rassen- und Größenwahn durchsetzte Weltbild des Nationalsozialismus erfährt das Bild vom Menschen nach der Erfahrung von Unrechtsherrschaft und Terror des NS-Regimes einen neuerlichen und „notwendigen“ Wandel. Mit der Betonung der unantastbaren Menschenwürde in Art 1 GG und der Qualifikation der nachfolgenden Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht wird eine „bewusste metapositive Fundierung der Subjektstellung des Einzelnen im positiven Recht selbst“ vollzogen. Die Aussage „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen“ (Art 1 Abs 1 Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee) markiert nach dem Machtmissbrauch und der totalitären Unterdrückung durch das NS-Regime die Abkehr von demselben auf grundrechtlicher Ebene. Das Menschenbild, das darin zum Ausdruck kommt, ist dabei geprägt von der Abkehr der *aristotelischen* und „alteuropäischen“ Sichtweise, in der der Mensch erst durch die und in der Gemeinschaft zur „Entfaltung seines Menschseins“ kommt.<sup>74</sup> Durch die Formulierung des Art 1 GG mit der Betonung der freien Person mit ihrer unantastbaren Würde und das anschließende Bekenntnis zu „unveräußerlichen und unverletzlichen Menschenrechten“ entsteht in Verbindung mit der „Sentenz“ des BVerfG, das das Menschenbild der Grundgesetzes als „nicht das eines

---

<sup>72</sup> Vgl. Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes 211 f.

<sup>73</sup> Vgl. ebd.

<sup>74</sup> Vgl. ebd. 213.

isolierten souveränen Individuums“, sondern eingebettet in „die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person“ sieht, „ohne dabei deren Eigenwert anzutasten“, eine Synthese „zwischen dem aristotelisch geprägten Menschenbild im Recht Alteuropas und dem individualistischen Menschenbild, wie es in der Folge der Französischen Revolution im Recht vorherrschend wurde“. <sup>75</sup> Ein „Schub zur Individualisierung aller Lebensverhältnisse“ war die Folge dieses Menschenbildes mit seiner „als vorstaatlich gedachten individuellen Freiheit“, der letztlich zu einem „Verlust des Standhaften in jeder Hinsicht“ und durch die Entwicklung „rein funktional orientierter ökonomischer und gesellschaftlicher Handlungsabläufe und Handlungssysteme, die sich dem Einzelnen gegenüber verselbständigen“ und diese unterwerfen, zu einer Verdrängung des Menschen als Person führt. <sup>76</sup> Es sind diese Freisetzung und Entwicklungen, die das Menschenbild gegenwärtig wiederum in einem anderen Licht erscheinen lassen und es als im Wandel begriffen und entwicklungs offen aufzeigen.

Damit in der Heterogenität unserer Rechtsordnung das Recht seine Orientierungskraft für die konkrete Lebensführung nicht verliert, ist es notwendig, der Verblässung des „Rechtsbildes der Menschen von sich selbst“ entgegenzuwirken, indem neben dem „Bestand *wandelbarer Merkmale und wechselnder Selbstentwürfe des in der historischen Situation stehenden Menschen*“ auch ein „*Kernbestand allgemeinkonstanter Grundbefindlichkeiten des Menschen*“ fokussiert und gepflegt wird. <sup>77</sup> In einer Zeit, in der der Mensch Gefahr läuft, durch In-

<sup>75</sup> Vgl ebd unter Bezugnahme auf BVerfGE 4,7 (15f.). Böckenförde bezieht sich auf die Erläuterungen im GG-Kommentar von Günter Dürig und leitet ua aus dem Umstand, dass zum damaligen Zeitpunkt (2002) der Herausgeber noch keine Neubearbeitung veranlasst hat, die Klassifikation der „Dürig-Erläuterung“ zum Art 1 GG als Klassiker ab. (Vgl ebd FN 62.) Zur zwischenzeitlichen Neukommentierung durch Matthias Herdegen (2003) meint Böckenförde zu wissen, was Dürig dazu sagen würde. „Warum habt ihr das gemacht? Musste das denn sein? Das ist nicht mehr der Maunz-Dürig, den ich gewollt, für den ich mit der Leidenschaft, die mir immer eigen war, gearbeitet habe, da ist ein Kernstück herausgebrochen. Und er würde, dies schein mir ziemlich gewiss, darum bitten, seinen Namen hinfort aus dem Titel des Gesamt-Kommentars herauszunehmen.“ (Böckenförde, Die Würde des Menschen war unantastbar 33.)

<sup>76</sup> Vgl Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes 218 f. sowie ders, Verlust des Standhaften 7.

<sup>77</sup> Vgl Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes 224 und Henkel 239 f.

strumentalisierungen in den verschiedenen Lebensbereichen seine Subjektstellung zu verlieren<sup>78</sup>, gehören jene Elemente zum Kernbestand des Menschenbildes, die den Menschen für die gesamte Dauer seiner Lebensspanne als Person, frei und autonom, zugleich als gemeinschaftsbezogen und ökologisch eingebettet in das größere Ganze der Natur als Um- und Mitwelt sowie als mit unveräußerlicher und unantastbarer Menschenwürde ausgestattet charakterisieren.

### 2.2.2 Die Unterscheidung von Sein und Sollen

Die Unterscheidung von deskriptiven und präskriptiven Aussagen spielt sowohl in der Moralphilosophie als auch in der Rechtstheorie eine große Rolle und geht letztlich auf die schon in der Antike vollzogene Unterscheidung von Theorie und Praxis zurück. Während diese auf die „Ordnung des Handelns“ abzielt, richtet sich jene auf Erkenntnis.<sup>79</sup> Zweifellos stehen Rechtsnormen mehr im Dienst der Verhaltensregelung und der Handlungsvorschriften, der Erkenntnisbereich berührt sie in der Regel nur insofern, als sie selber zum Gegenstand der Untersuchung in der Theorie des Rechts und der Rechtsphilosophie werden. Rechtsbestimmungen enthalten darum „entweder unmittelbar Sollensnormen oder doch Teilstücke solcher Normen (z.B. Legaldefinitionen) oder Bedingungen für das Entstehen, die Modifikation und das Erlöschen genereller Verhaltensnormen oder individueller Pflichten“.<sup>80</sup> Zippelius führt zwei überzeugende „Klarstellungen“ an, um zu erläutern, warum aus der Einsicht, dass die Rechtsordnung aus Verhaltensregeln besteht, kein Bekenntnis zur „Imperativtheorie, welche die Rechtsnormen als generelle Verhaltensbefehle der Staatsgewalt begreifen will“, folgt. Zum einen besteht eine Verbindung zwischen Theorie und Praxis, da den „Normen, die ein bestimmtes Handeln gebieten oder verbieten, regelmäßig Einsichten über die Beschaffenheit der Welt und des Menschen“, zugrunde liegen, also ein be-

---

<sup>78</sup> Dies betrifft fast alle Segmente menschlichen Lebens. Als Bereiche mit besonders weitreichenden Implikationen für den Menschen als Person sind Biomedizin und Gentechnologie ebenso zu nennen wie wirtschaftliche Handlungsabläufe und Ideologien jeder Art.

<sup>79</sup> Vgl. Zippelius, Rechtsphilosophie 10.

<sup>80</sup> Vgl. ebd.

stimmtes Welt- und Menschenbild. Zum andern „besteht das ‚wirksame‘ Recht nicht nur aus normativen Sätzen“, sondern hat durch Befolgung und Vollzug „auch eine faktische Komponente“.<sup>81</sup>

Die für die Rechtstheorie über lange Zeit hinweg so wichtige Unterscheidung von Sein und Sollen gründet in der Neuzeit in der Auseinandersetzung *Kants* mit der Variante des Naturrechts, die *semper et ubique* zu gelten beansprucht hat. „Er hat bewiesen, dass es nicht möglich ist, den Inhalt einer Metaphysik – eines Naturrechts – ohne Empirie einfach nur aus formalen apriorischen Prinzipien herzuleiten, und dass daher eine inhaltliche Metaphysik niemals allgemeingültig und mathematisch exakt sein kann. Der Anspruch, aus der ‚Natur‘ ein für alle Menschen und alle Zeiten gleiches Naturrecht mit eindeutigen Inhalt begründen zu können, wurde damit zurückgewiesen.“<sup>82</sup> Dieser Beweis bezieht sich bei genauerem Hinsehen darauf, dass Metaphysik, Naturrecht, Rechtsdogmatik etc. zumindest „nicht als Naturwissenschaften“ betrieben werden können. Während *Kant* den Beweis geführt hat, dass es ein reines Vernunftrecht im Sinne eines „rein rational erkennbaren Naturrechts, das für alle Zeiten und alle Menschen gültig ist“, nicht geben kann, hat er den Bereich der Empirie, und der Inhalt des Rechts stammt weitgehend aus der Empirie, nicht erforscht und damit „ein Moment verfehlt, das für das 19. und 20. Jahrhundert von ausschlaggebender Bedeutung werden sollte, das Moment der *Geschichtlichkeit* des Menschen und, darin eingeschlossen, der *Geschichtlichkeit* des Rechts“.<sup>83</sup> *Kant* hat nur die rationalistisch-absolutistische Variante des Naturrechts widerlegt, „die Naturrechts-

<sup>81</sup> Vgl. ebd. 11.

<sup>82</sup> Kaufmann in Kaufmann/Hassemer 71.

<sup>83</sup> Vgl. ebd. 71, 76. Dieser Frage hat sich dann die historische Rechtsschule gewidmet, wobei zu bemerken ist, dass sie im Grund nur die Geschichte, nicht aber die *Geschichtlichkeit* als Strukturform in den Griff bekommen hat. Die rechtsphilosophische Frage: „Kann eine Rechtsordnung, auch wenn sie nicht immer und überall verbindlich ist, doch wenigstens hier und jetzt verbindlich, d.h. die gesollte Ordnung dieser Zeit und dieses Kulturkreises sein?“ wurde von der historischen Rechtsschule weder gestellt noch beantwortet. (Vgl. ebd. 76.) Die historische Rechtsschule unter *Savigny* geht davon aus, dass das Recht an seine historischen Voraussetzungen gebunden und „ein aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte geborener Teilbereich der Gesamtkultur“ ist, weswegen sie das Historische in der Jurisprudenz nicht als zufällig, sondern als geschichtlich notwendig versteht und von daher Rechtskodifikationen für entbehrlich hält. (Vgl. *Köbler* 212.)

idee als solche hat er nicht widerlegt“.<sup>84</sup> Aber die Trennung von Sein und Sollen und daraus resultierend die „Lehre von der völligen Trennung des Rechts von der Moral“ wird seither mit *Kant* in Verbindung gebracht, aber auch mit *Thomasius* und *Fichte*.<sup>85</sup>

Im Neukantianismus wird dann „mit kompromissloser Schärfe“ zwischen Sein und Sollen unterschieden. Epistemologisch von der These ausgehend, „Ordnung und Einheit in der Vorstellungswelt würden erst durch das Denken erzeugt“, postuliert die Philosophie des Neukantianismus, dass das Denken die Begriffe schaffe und die Gegenstände der Erkenntnis bestimme. Zur Unterscheidung von Sein und Sollen kommt eine zweite, die für die weitere Entwicklung der Rechtstheorie von Bedeutung werden soll, nämlich die zwischen Natur- und Kulturwissenschaften, wobei die Südwestdeutsche Schule der Naturwissenschaft die durch wertfreie und generalisierende Betrachtungsweise gewonnenen Naturgesetze als Erkenntnisgegenstand zuordnet, die kulturwissenschaftliche in der Regel individualisierende Betrachtungsweise hingegen als wertbezogen versteht.<sup>86</sup> In Anlehnung an die Kategorien der Südwestdeutschen Schule ordnet *Radbruch* das Recht den Kulturercheinungen zu und nimmt in seinen Rechtsbegriff eine Wertbeziehung auf, die er mit der dem Recht inhärenten Notwendigkeit, Gerechtigkeit anzustreben, determiniert.<sup>87</sup> Während *Radbruch* „nach einer gänzlich unphilosophisch und positivistisch geprägten Zeit des 19. Jahrhundert einer der ersten“ ist, „der wieder die Frage nach den Gehalten des Rechts stellt und die Rechtswerte in das

---

<sup>84</sup> Vgl ebd.

<sup>85</sup> Vgl *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 214.

<sup>86</sup> Vgl *Zippelius* 11 f.

<sup>87</sup> Vgl ebd 12. *Zippelius* wendet dazu kritisch ein, dass einerseits die Zuordnung zu einer individualisierenden Begriffsbildung nicht voll überzeuge, da bei bestimmten Verboten – er nennt Tötung und Betrug als Beispiele - die grundsätzlichen Aussagen im Gegensatz zu kulturgeschichtlich bedingten Besonderheiten überwiegen, andererseits die Unabdingbarkeit des Gerechtigkeitsbezuges „zweifelhaft“ sei. (Vgl ebd 13.) Anderer Meinung *Kaufmann*, der den Rechtsbegriff *Radbruchs*, wonach Recht die Wirklichkeit ist, „die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen“, nicht ablehnt, selbst aber den analogischen Charakter des Rechts betont, indem er das Recht als „die Entsprechung von Sollen und Sein“, als „etwas Relationales“ kennzeichnet und mit einem Bild von *Edgar Bodenheimer* veranschaulicht: „Law is a Bridge between Is and Ought“. (Vgl *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 136 f.)

Zentrum der Rechtsphilosophie rückt“<sup>88</sup> – schon 1919 hat *Radbruch* den Positivismus als „Götzendienst der Macht“ bezeichnet<sup>89</sup> –, schlägt *Hans Kelsen*, dessen Reine Rechtslehre ihren Ausgangspunkt auch „in der Gedankenwelt des Neukantianismus“ nimmt, einen diametral entgegengesetzten Weg ein.<sup>90</sup> Der kategoriale Unterschied von Sein und Sollen „als letzte, nicht weiter ableitbare Kategorien“ ist Grundlage und Kernpunkt der Reinen Rechtslehre. Das Recht als Sollensnorm kann nach *Kelsen* nur aus einem Sollen begründet werden, andernfalls die „durch eine unüberbrückbare Kluft geschiedenen Kategorien des Seins und des Sollens miteinander vermengt“ werden.<sup>91</sup> Oberstes Postulat der Reinen Rechtslehre ist die „Methodenreinheit“.<sup>92</sup>

Diese absolute Trennung von Sein und Sollen ist zu sehen im Kontext der Reinen Rechtslehre „als gereinigte Rechtslehre“, und zwar gereinigt von Relikten naturrechtlicher Vorstellungen, da der herkömmliche Positivismus *Kelsen* zufolge „zwei Herren gleichzeitig dienen“ wolle, „dem positiven Recht *und* der Gerechtigkeit“.<sup>93</sup> Die absolute Trennung von Recht und Moral, von Seinskategorie und Sollenskategorie, führt als zwingende Folge dazu, „dass dem traditionellen Anspruch, wonach das Recht im Prinzip *gerecht* sein soll, die Grundlage entzogen“ und Gerechtigkeit in den außerrechtlichen Bereich abgetrieben wird.<sup>94</sup> Damit wäre der Verbindung von Recht und Gerechtigkeit zB im Sinne des „*ius est ars boni et aequi*“, wie *Ulpian* unter Bezugnahme auf *Celsus* an der Spitze der *Digesten* definiert<sup>95</sup>,

<sup>88</sup> Vgl *Koch*, Rechtsbegriff und Rechtsidee bei Gustav Radbruch, zit n *Kaufmann*, Demokratie – Rechtsstaat – Menschenwürde 19.

<sup>89</sup> Vgl *Kaufmann*, ebd 25 f.

<sup>90</sup> Vgl *Zippelius*, Rechtsphilosophie 13.

<sup>91</sup> Vgl ebd 14.

<sup>92</sup> Vgl *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 14.

<sup>93</sup> Vgl *Braun* 18.

<sup>94</sup> Vgl ebd 21.

<sup>95</sup> *Ulpian*, D1,1,1: „Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter *Celsus* definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes. Wer mit dem Studium des Rechts beginnen will, muss vorher wissen, woher das Wort stammt. Es ist nämlich von Gerechtigkeit abgeleitet.“ (Denn, wie *Celsus* virtuos formuliert hat, das Recht ist die

der Boden entzogen. Das „reine Sollen“ hat keinerlei Inhalt und kann daher „jeden beliebigen Inhalt“ annehmen.<sup>96</sup> Die Rechtsphilosophie *Kelsens* degradiert so zu einer „Rechtstheorie“, die sich als „*Rechtsphilosophie minus Gerechtigkeit*“ versteht.<sup>97</sup> Der diametrale Gegensatz zum Postulat der Gerechtigkeit durch die Jahrhunderte hindurch ist augenfällig, besonders, wenn man die pointierte und angesichts der Erfahrungen der Geschichte treffende Formulierung des *Augustinus* gegenüberstellt: „Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? Was sind Staaten ohne Gerechtigkeit anderes als große Räuberbanden?“<sup>98</sup>

In der Tat gibt es nach der Reinen Rechtslehre abgesehen von der effizienteren staatlichen Zwangsordnung keinen wesentlichen Unterschied zwischen einer Verbrecherordnung und einer Rechtsordnung.<sup>99</sup> Die Macht wird zum Angelpunkt des Rechts. „Indem der Positivismus den Leitbegriff der Gerechtigkeit durch den der Wirksamkeit ersetzt, nimmt er nur noch die *Macht* wahr... Wer die Macht hat, ist nach positivistischer Auffassung zugleich befugt, mit dem Recht zu schalten und zu walten, wie es ihm beliebt.“<sup>100</sup> Zwar ist eine der zentralen Intentionen *Kelsens* darin zu erblicken, dass er die Rechtswissenschaft vor der Propaganda absoluter Werte und vor dem Missbrauch politischer und ideologischer Vereinnahmung schützen will, zu welchen fatalen Folgen der Missbrauch eines derart „reinen“ Rechtsbegriffs aber führen kann, hat die Geschichte schmerzlich gelehrt.<sup>101</sup>

---

Kunst des Guten und Richtigen. Man könnte uns zu Recht seine Priester nennen, denn wir hegen die Gerechtigkeit und verkünden, was gut und richtig ist, indem wir das Gerechte vom Ungerechten scheiden und das Erlaubte vom Verbotenen, uns bemühen, die Menschen nicht nur durch Drohung mit Strafen, sondern auch durch Ermunterung mit Belohnungen zum Guten zu bringen, und uns um die wahre Philosophie bemühen, wenn ich es richtig sehe, und nicht um eine geheuchelte.)

<sup>96</sup> Vgl *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2<sup>1960</sup>, Neudruck 1992, 200 f.

<sup>97</sup> Vgl *Braun*, Rechtsphilosophie des 20. Jahrhunderts 21.

<sup>98</sup> *Augustinus*, De civitate Dei 4,4. Zit n *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 13.

<sup>99</sup> Vgl *Braun*, Rechtsphilosophie des 20. Jahrhunderts 22.

<sup>100</sup> Ebd.

<sup>101</sup> Vgl *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 14. *Kaufmann* sieht diese Intention *Kelsens* im Kontext des wissenschaftlichen Ethos, „das hinter seiner, wie es scheint: indifferenten Lehre steht“. Dass der Rechtsbegriff der Reinen Rechtslehre gerade im gegenteiligen Sinn einer ihrer zentralen Intentionen missbraucht wurde, ist eine besondere Tragik. *Kelsen*

Nach langen Phasen, in denen die strikte Trennungsthese bis in die letzten Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts hinein die Rechtswissenschaft dominiert hat, setzt sich immer mehr die Erkenntnis durch, dass diese Trennung „nichts mit wissenschaftlich gebotener Begrenzung auf real feststellbare Objekte und Ausschaltung metaphysischer Spekulationen zu tun hat“.<sup>102</sup> „Die scharfe Trennung betrifft auch durchaus ‚positive‘ moralische Urteile und Maximen.“<sup>103</sup> In Ablehnung der Trennungsthese betont *Bydlinski* die Notwendigkeit rechtsethischer Prinzipien, die die „Zugehörigkeit sowohl zur rechtlichen wie zur moralischen Ordnung“ bezeichnen, und postuliert, dass Regeln der positiven Zwangsordnung nur dann zum „Recht“ gezählt werden können, „wenn sie dessen fundamentalen rechtsethischen Bestandteilen nicht (direkt und scharf) widersprechen“.<sup>104</sup> Ähnlich äußert sich *Mayer-Maly*, wenn er unter Bezugnahme auf die Gerechtigkeitsfrage und damit wiederum im Kontext der Frage nach dem Verhältnis von Sein und Sollen urteilt: „Was zu Beginn des 20. Jhs. über die Irrelevanz der Gerechtigkeit für das Recht geschrieben wurde, war Dokument eines Irrwegs.“<sup>105</sup> Der neukantische Dualismus büßt an Bedeutung ein, andere Paradigmen bahnen sich ihren Weg. Das Recht als Relation, als „Entsprechung von Sollen und Sein“, wie es *Kaufmann* definiert<sup>106</sup>, ist ein solches Paradigma, das historisch gewachsene und starre Positionen zugleich überwindet. „Law is a Bridge between Is and Ought.“<sup>107</sup> Im Zusammenhang mit der Bildermetapher schlägt *Häberle* die Brücke: „Der Jurist arbeitet mit dem Menschen- und/oder Gemeinschafts-

---

selbst führt in einer autobiographischen Skizze seine positivistische Grundeinstellung auf seine Herkunft im Österreich des ausgehenden 19. Jahrhunderts zurück, einen pluralistischen „Vielvölkerstaat, dessen Volksgruppen nur zum Teil durch gemeinsame Werte und Vorstellungen verbunden waren“. (Vgl. *Braun*, Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert 20.)

<sup>102</sup> Vgl. *Bydlinski*, Themenschwerpunkte 364.

<sup>103</sup> Ebd.

<sup>104</sup> *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze 128 f.

<sup>105</sup> *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 11.

<sup>106</sup> Vgl. *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 137.

<sup>107</sup> *Bodenheimer*, zit n ebd.

bild, auch Weltbild, auf der Ebene des *Sollens*, aber in der Perspektive auf ein *Sein*.<sup>108</sup>

### 2.2.3 Strukturen des Menschenbildbegriffes

Die Vielschichtigkeit des Menschenbildbegriffes veranlasst den Juristen, nach Strukturen, Elementen und Leitlinien zu suchen, die den Menschenbildbegriff qualifizieren, zur „Erhellung von Zusammenhängen zwischen Mensch und Recht“ beizutragen.<sup>109</sup> Das Wissen darum, dass jede Rechtsordnung bewusst oder unbewusst von einem bestimmten Menschenbild ausgeht und daher jede Rechtswissenschaft „Vergewisserung über das vorausgesetzte Menschenbild“ suchen muss<sup>110</sup>, steht in engem Konnex mit der Frage nach dem Wozu. Nach *Bydlinski* bezweckt das Menschenbild im Recht mit den damit verbundenen „charakteristischen Vorstellungen von den wesentlichen, typischen Eigenschaften des Gattungswesens ‚Mensch‘“ ein „besseres Verständnis des Rechts als Normenordnung“, andererseits dient es als „Kritikmaßstab“ und Korrektiv, „wenn die geltendem Recht zugrundeliegende und eine bestimmte Regelung miterklärende Vorstellung vom Menschen sich anhand jenes Menschenbildes als unzutreffend erweisen lässt“.<sup>111</sup> Während der Menschenbildbegriff auf die ganzheitliche Erfassung des Menschen zielt<sup>112</sup>, wollen Strukturen jene Elemen-

<sup>108</sup> *Häberle* 31. Nach *Bergmann* geht die Kurzformel „Ebene des Sollens, in Perspektive auf ein Sein“ auf *Zippelius*, Rechtsphilosophie 1994, zurück. (Vgl. *Bergmann* 27, FN 80.)

<sup>109</sup> Vgl. *Zöllner* 132. *Zöllner* meint, das der Bildbegriff für diese Erhellung „nicht wirklich leistungsfähig“ ist.

<sup>110</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 37. Anderer Meinung *Zöllner*, der die grundlegende Erkenntnis *Radbruchs*, dass jeder Rechtsordnung und jeder Rechtsepoche ein Menschenbild zuzuordnen ist, ebenso ablehnt wie die These *Michael Landmanns*, wonach jede Kulturschöpfung eine Anthropologie mit einschließt und daher im Kontext des je zugrunde liegenden Menschenbildes verständlich wird. Eine Begründung für die Ablehnung der angeführten Positionen gibt *Zöllner* nicht. Formulierungen wie „die Unrichtigkeit dieser These ... scheint mir evident“ oder in Bezug auf *Radbruch* „... dürfte keine sinnvolle Aussage sein“ sind für eine wissenschaftlich redliche Auseinandersetzung nicht geeignet, zumal *Zöllner* weder das hohe Komplexitätsniveau der Thematik noch die Argumentationsebene von *Radbruch*, *Landmann* und *Henkel* entsprechend berücksichtigt. (Vgl. *Zöllner* 125.)

<sup>111</sup> Vgl. *Bydlinski*, Das Menschenbild des ABGB 119 f.

<sup>112</sup> Vgl. *Zöllner* 124.

te und Leitlinien offen legen, die das Menschenbild determinieren. Diese „Grammatik“ ist ein tragendes Element des Menschenbildes, sie ist aber nicht das Ganze. Strukturen sind wie die „Statik“, die das Ganze zusammenhält, oder wie der Fokus, der den Blickwinkel und damit den aktuellen Erkenntnishorizont festlegt. Sie sind nicht das Ganze, können es auch nicht sein, auch nicht in additiver Form, weil der holistische Charakter dem Menschenbildbegriff selbst zukommt, nicht aber der Struktur als einem wenn auch tragendem Element des Menschenbildes. Ihre Bedeutung liegt viel mehr darin, dass sie die Grundart des jeweiligen Menschenbildbegriffs bestimmen.<sup>113</sup>

In der Menschenbildliteratur des rechtswissenschaftlichen Bereichs haben sich einige Grundmuster herauskristallisiert, die hier angesprochen werden sollen. Die Frage ist zu klären, ob die Strukturen und Grundarten der ganzheitlichen Menschenbilder jeweils exklusiven Charakter haben und die anderen Menschenbildpostulate ausschließen oder ob diese zueinander auch komplementär sein können. *Henkel* meint, in der Heidelberger Antrittsvorlesung *Radbruchs* „Der Mensch im Recht“ das Postulat der „Irrealität des Menschenbildes“ zu erkennen, das *Radbruch* zur gesetzgeberischen Methode erhebe, indem er von der Fiktion eines Menschen ausgeht, der rücksichtslos egoistisch und intelligent zugleich ist.<sup>114</sup> In der Tat weist *Radbruch* bestimmte Menschenbilder als geistesgeschichtlich und historisch bedingt auf, eine Ablehnung des Menschenbildgedankens ist damit aber nicht verbunden, zumal seine Fiktion vom Menschen durchaus – zumindest bedingt – der realtypischen Menschenbildstruktur zugeordnet werden kann und auch seine Qualifizierung des gesamten Rechts als „zunächst im subjektiven wie im objektiven Sinne Gemeinschaftsrecht“ ein bestimmtes Menschenbild impliziert.<sup>115</sup> Im Kontext der Suche nach Menschenbildstrukturen führt *Henkel* aus, dass sowohl Bestimmungsfunktion als auch inhaltliche Festlegung rechtlicher Normen „notwendigerweise einen Akt des Selbstverständnisses des Menschen“ voraussetzen. „Das zum Menschenbild gewordene Selbstverständnis des Menschen“ stellt „ein bedeutsames *Leitbild des Rechts*“ dar, „des-

---

<sup>113</sup> Vgl ebd 127.

<sup>114</sup> Vgl *Henkel* 237.

<sup>115</sup> Vgl *Radbruch*, *Der Mensch im Recht* 476.

sen Wirkung in die Tiefe und in die Breite kaum überschätzt werden kann“. Derart wird das Menschenbild zum „offen oder geheim wirkenden *Regulator allen Rechts*“. <sup>116</sup> Die These vom *richtigen* Recht als Folge einer *richtigen* Vorstellung vom Menschen beantwortet indes noch nicht die Frage, welche Vorstellung als „richtig“ bezeichnet werden darf. <sup>117</sup> *Henkel* ortet in der Frage, ob für den Gesetzgeber ein Bild vom Menschen „maßgeblich“ sein soll, „wie er *ist* oder wie er *sein soll*“, eine Übereinstimmung in der Vorstellung eines „*Allgemeintypus des Menschen*“, die jedoch noch keine Entscheidung für ein realtypisches oder idealtypisches Menschenbild impliziert. <sup>118</sup> Nach Ablehnung sowohl der realtypischen wie der idealtypischen Menschenbildstruktur plädiert *Henkel* für ein Menschenbild, das sich „lediglich als *Zusammenfassung der Einzelzüge sich wandelnder und wechselnder menschlicher Selbstentwürfe*“ versteht. <sup>119</sup> Dieser Ansatz berücksichtigt nicht nur eine mögliche Überwindung exklusiv verstandener Menschenbildstrukturen, sondern eignet sich auch für eine segmentäre Untersuchung von Menschenbildelementen zB im Zivil-, Arbeits-, Familien- oder Strafrecht. Als weiteres Grundmuster einer Menschenbildstruktur stellt *Zöllner* „das normative Menschenbild im Sinn dessen, wie der Mensch sein soll“, zur Diskussion <sup>120</sup>, sodass prinzipiell vier Grundmuster von ganzheitlichen Menschenbildern vorliegen: das normative, das idealtypische, das realtypische und das *personale* Menschenbild, das an den Gedanken der Zusammenfassung der Einzelzüge sich wandelnder und wechselnder menschlicher Selbstentwürfe anknüpft und auch Elemente der anderen drei Ansätze sowie der Grund-, Freiheits- und Persönlichkeitsrechte aufnimmt.

---

<sup>116</sup> Vgl. *Henkel* 235. In ansprechender Differenzierung und antizipativer Öffnung gegenüber der ökologischen Frage stellt *Henkel* fest, dass „der Mensch zwar nicht das Maß aller Dinge, wohl aber ein Maß“ ist, „ein Faktor, der für das Recht maßgebend ist“. (Vgl. ebd.) Ähnlich postuliert es der Politikwissenschaftler *Wilhelm Hennis*, der davon ausgeht, dass sich ohne ein richtiges Bild vom Menschen der Zweck des Staates nicht bestimmen lasse. (Vgl. *Starck*, Menschenbild, Institutionen und Ethos 927.)

<sup>117</sup> Vgl. *Henkel* 235.

<sup>118</sup> Vgl. ebd. sowie unten 2.2.3.2 und 2.2.3.3.

<sup>119</sup> Vgl. *Henkel* 237.

<sup>120</sup> Vgl. *Zöllner* 127.

### 2.2.3.1 Das normative Menschenbild

Nach *Zöllner* zeichnet sich das normative Menschenbild dadurch aus, dass es „einen idealtypischen Menschen vorstellt, dessen Verhalten dem einer sinnvoll normativ geordneten menschlichen Gemeinschaft entspricht“. Die gesellschaftlichen und rechtlichen Normen sind Befolgungsmaßstab für den nach dem normativen Menschenbild gedachten Menschen.<sup>121</sup> Diese Art der Verwendung und Interpretation des Menschenbildbegriffes finde sich auch in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts, vor allem in den Entscheidungen, in denen das Menschenbild des Grundgesetzes als „nicht das eines isolierten souveränen Individuums“ charakterisiert wird, sondern im Spannungsverhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft „im Sinn der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten“. *Zöllner* vertritt die Meinung, dass das Bundesverfassungsgericht diesen Menschenbildbegriff instrumentalisieren, um insbesondere Schranken für grundrechtliche Freiheiten zu entwickeln.<sup>122</sup> „Der Menschenbildbegriff wird hier nicht in einem die menschliche Natur ganzheitlich verstehenden, sondern seine Stellung innerhalb der Rechtsgemeinschaft normativ-präskribierenden Sinn gebraucht.“<sup>123</sup> Während *Zöllner* große Bereiche des Rechts vor allem dadurch charakterisiert, dass in ihnen weithin die negative Verbotskomponente vorherrsche, klassifiziert er den Grundrechtskatalog als „breite Erkenntnisquelle für Positives“, aus der sich sogar „eine Art Grundskizze eines menschlichen Wesens“ gewinnen lasse, „freilich nimmermehr“ ein ganzheitliches Menschenbild.<sup>124</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass es sehr wohl möglich ist, ein positives Bild ex negativo zu erhalten. Das positive Bild entsteht aus der Erkenntnis daraus, wie es nicht sein soll. Dieses Prinzip ist in der Katharsis, die die griechische Tragödie beim Zuseher bezweckt, ebenso gegeben wie in all den Rechtsnormen, aus deren Befolgung oder Nichtbefolgung sich ein positives Bild gewinnen lässt. *Zöllner* übersieht, dass Verbote und Imperative eben nicht das Primäre sind. Bevor

---

<sup>121</sup> Vgl ebd 128.

<sup>122</sup> Vgl ebd unter Bezugnahme – bzgl des Finalsatzes – auf *Häberle*.

<sup>123</sup> Ebd.

<sup>124</sup> Vgl ebd 128 f.

nämlich der Gesetzgeber „befiehlt oder verbietet, muss der das betreffende Verhalten als gesollt oder nicht gesollt *bewertet* haben“.<sup>125</sup>

Mit seiner These, „ein Menschenbild dieser Art mit auch nur annäherungsweise ganzheitlichem Charakter“ habe bisheriger Gesetzgebung „explizit noch niemals“ zugrunde gelegen, und der Behauptung, es existiere „kein in juristischer Absicht kreierter Entwurf eines gesollten Menschenbildes“<sup>126</sup>, stößt *Zöllner* auf harsche Kritik. „Entschieden“ widerspricht *Mayer-Maly* dieser Auffassung, weil sowohl das Straf- als auch das Schadenersatzrecht einen Menschen voraussetzen, „der zwischen Schuld und Unschuld unterscheiden kann“ und mit freiem Willen ausgestattet ist.<sup>127</sup> In der Tat wird in den Ausführungen *Zöllners* selbst wiederholt „ein zur Selbstbestimmung fähiger und zur Selbstverantwortung bereiter Mensch“ vorausgesetzt,<sup>128</sup> sodass die These von der Nichtexistenz eines in juristischer Absicht kreierten Entwurfs eines gesollten Menschenbildes schon in sich nicht stimmig ist. Im Blick auf ein „ganzheitliches Menschenbild normativer Art“ als Leitbild künftiger Gesetzgebung postuliert *Zöllner*, dass ein so verstandenes Menschenbild „unter den Bedingungen einer modernen pluralistischen Demokratie nicht nur politisch unmöglich, sondern gar nicht erlaubt“ sei, weil eine normative Konzeption des Menschen den Prinzipien freiheitlicher Demokratie widerspräche.<sup>129</sup> Gerade von daher sei es dem Gesetzgeber verwehrt, „den von den Grundrechten skizzierten Menschen zu einem vollen Bild auszumalen“, um Wertpluralismus zu erhalten und um „Totalitarismus in Gestalt der Unterwerfung unter politische Macht“ zu vermeiden.<sup>130</sup> Und unter Bezugnahme auf die Bemühungen der Rechtswissenschaft der DDR um rechtliche Fortentwicklung der Erziehung zum Menschen nach sozia-

---

<sup>125</sup> Vgl. *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 99.

<sup>126</sup> Vgl. *Zöllner* 128 f.

<sup>127</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 40. *Mayer-Maly* fügt diesem Satz im Zusammenhang mit der Willensfreiheit eine Parenthese ein: „ob zu Recht oder zu Unrecht, das sei hier vorerst dahingestellt“. Er betont damit das Faktum, dass die genannten Rechtsbereiche die Willensfreiheit voraussetzen, deutet aber eine andere Auffassung *Mayer-Malys* zur Sache an.

<sup>128</sup> Vgl. ebd.

<sup>129</sup> Vgl. *Zöllner* 129 f.

<sup>130</sup> Vgl. ebd. 130.

listischer Prägung konkludiert *Zöllner* für alle gesellschaftlichen und politischen Ordnungen, „dass sie sich mit gesamthaften Konzepten eines Menschenbilds überfordern“.<sup>131</sup> Auch *Bydlinski* erteilt dem normativen Menschenbild, „das die nach einer Normenordnung gesollten menschlichen Eigenschaften zusammenfasst“, eine klare Absage. Es könne nichts zum besseren Verständnis des Normensystems oder zu dessen Kritik beitragen und sei „schon deshalb untauglich, weil es in nichts anderem bestehen kann als in den menschenbezogenen Anforderungen des Normensystems selbst“.<sup>132</sup> Die Absage sowohl *Zöllners* als auch *Bydlinskis* an ein normatives Menschenbild in dieser absoluten Art ist insofern nicht stichhaltig, als sich der Aspekt der Normorientierung bei diesem auf „menschenbezogene Anforderungen des Normensystems“, bei jenem auf die negativ konnotierte menschliche Maßfigur reduziert, die sich einfach an vorgegebenen gesellschaftlichen und rechtlichen Normen orientiert. Normen sind aber im Sinne der Bewertungsnormentheorie geronnene Wertentscheidungen und damit auch Ausdruck einer Interdependenz von sozialer Wirklichkeit, Recht und Moral.<sup>133</sup> In diesem Sinn kann das normative Menschenbild sehr wohl einen Beitrag zu einem ganzheitlichen Menschenbild leisten, weil Normen dergestalt nicht zur Einschränkung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Grund- und Freiheitsrechte führen, wie *Zöll-*

<sup>131</sup> Vgl ebd 131.

<sup>132</sup> Vgl *Bydlinski*, Das Menschenbild des ABGB 120.

<sup>133</sup> Diese Interdependenz „zeigt sich grundlegend darin, dass das Soziale in all seinen Ausformungen einerseits – als je konkret Vorgegebenes – sich als *Handlungsmuster* erweist, von dem her sich sittliches Sein-Können formuliert und aktualisiert; dass es andererseits – als je zu Leistendes – auch *Handlungsentwurf* bleibt, der im Horizont dessen, was sein soll, je neu erbracht werden muss.“ Das Soziale – als vorgegebenes Handlungsmuster – ist dabei Objekt der empirisch-analytischen Soziologie, während mit dem Begriff des Sozialen – im Sinne eines zu leistenden Entwurfs – im weitesten Sinn die sozial-ethische und damit auch die rechtliche Fragestellung angesprochen ist. (Vgl *Böckle* in *Böckle/Böckenförde* 305.) Im gedachten „Idealfall einer durch Sitte und Sittlichkeit verbundenen Gesinnungsgemeinschaft“ sind Gesetze letztlich nur „Ausführungsvorschriften zu der im Volk herrschenden Sitten- und Moralanschauung“. Wer in diesem Fall den Sitten und der Sittlichkeit folgt, handelt rechtmäßig, auch wenn er das Gesetz nicht kennt.“ (Vgl. *Holzhammer/Roth* 14.) In der freiheitlichen durch Wertepluralismus gekennzeichneten Demokratie ist diese Übereinstimmung lediglich bzw zumindest fakultativ gegeben.

ner insinuiert, sondern über die der Gesetzgebung vorgelagerten gesellschaftlichen Wertungen Ergebnisse dieses Prozesses und eine positive Orientierung darstellen.

### 2.2.3.2 Das idealtypische Menschenbild

Das idealtypische Menschenbild hat einen Idealtypus des Menschen zum Inhalt, ein Bild, wie der Mensch sein soll, nicht wie er ist, ein Ideal, das der Mensch erreichen kann und soll, wenn er sich darum bemüht. Gegen die idealtypische Menschenbildstruktur wendet *Henkel* nicht zu unrecht ein, dass der Mensch immer auch mit der ihn umgebenden und ihn bestimmenden Realität gesehen werden muss und als „Idealität“ für das Recht „nicht eine religiöse oder ethische Vollkommenheitsforderung maßgeblich sein darf, sondern die bescheideneren Zielsetzung der Sozialität“. Der Mensch ist „in seinem Sein- und Handeln-Sollen“ nicht adäquat vorstellbar, wenn man nicht „zugleich seine Realität, sein Bedingtsein durch die ihn umgebende und in ihm selbst festgelegte Wirklichkeit“ mitberücksichtigt.<sup>134</sup> Eine gänzliche Ablehnung des idealtypischen Ansatzes für ein Menschenbild lässt sich bei *Henkel* allerdings nicht feststellen. Es sind die idealtypischen Extreme und Absolutsetzungen, die geeignet sind, Totalitarismen zu fördern und den Pluralismus zu gefährden, denen *Henkel* zu recht eine klare Absage erteilt.<sup>135</sup> Auch *Bydlinski* erwartet vom idealtypischen Menschenbild keinen Erkenntnisgewinn, „soweit diese Darstellung realitätsfremd ist“. <sup>136</sup> Das idealtypische Menschenbild stellt nach *Bydlinski* einen Menschen dar, „der zur sinn- und funktionsgerechten Normbefolgung typischerweise fähig ist“. Dieser idealtypische Ansatz provoziere falsche Begründungen und falsche Kritik gleichermaßen. Ersteres geschehe dann, wenn Gesetzgeber davon ausgehen, „dass ihre Regelung im Hinblick auf ein bestimmtes Menschenbild angemessen sei, welches aber in Wahrheit bloß für die Rechtfertigung dieser Rege-

---

<sup>134</sup> Vgl. *Henkel* 136.

<sup>135</sup> Vgl. ebd.

<sup>136</sup> Vgl. *Bydlinski*, Das Menschenbild des ABGB 120.

lung konstruiert wurde“.<sup>137</sup> Zweitgenanntes sei ein „häufiges, aber zu billiges Kritikmittel“ in Form der bloßen Unterstellung, wonach der Gesetzgeber einer bestimmten Regelung „realitätsfremd idealtypische Vorstellungen vom Menschen zugrunde“ lege.<sup>138</sup> Daher eignen sich nach *Bydlinski* idealtypische Menschenbilder „weder als Argumente im Rahmen einer normativen Rechtfertigung noch als Kritikansatz, der ein solches Menschenbild dem Kritikobjekt unterstellt“.<sup>139</sup> Die Ablehnung der idealtypischen Menschenbildstruktur erfolgt hier unter der Voraussetzung, dass sie realitätsfremd ist und/oder missbräuchlich im Kontext der normativen Rechtfertigung oder als Kritikansatz verwendet wird. Während *Henkel* und *Bydlinski* ihre Ablehnung des idealtypischen Menschenbildes an konkrete Voraussetzungen binden, lehnt es *Zöllner* pauschal als „noch weniger sinnvoll“ als das normative ab und behauptet, dass der Gesetzgeber das idealtypische Menschenbild „bei der Schaffung von Normen ohne Rücksicht auf die Realität gleichsam implizite voraussetzt, damit die Normen funktionieren“. Diese These mit dem Hinweis auf Schuldrecht und Vertragsfreiheit, die *Zöllner* als Begründung für seine These ins Treffen führt, um aufzuzeigen, dass die idealtypischen Voraussetzungen der Normen des Gesetzgebers an der Realität vorbeigingen, ist nach Ansicht *Bydlinskis* jenem Bereich zu subsumieren, den er als „banale Stereotype gängiger Sozial- und Rechtskritik“ bezeichnet.

Auf der Suche nach einer idealtypischen Menschenbildstruktur ist die Gefahr einer ideologisch-weltanschaulichen Vereinnahmung nicht von der Hand zu weisen, und auch die rechtsphilosophischen Diskussionen sind in dieser Frage nicht ganz frei davon. Dennoch ist es falsch, der idealtypischen Menschenbildstruktur deswegen einfach eine Absage zu erteilen. Der Mensch braucht in seiner je konkreten

---

<sup>137</sup> Vgl ebd. *Bydlinski* führt als konkretes Beispiel für diesen Widerspruch die rechtlichen Bestimmungen für außereheliche Väter in Bezug auf Besuchs- und Mitbestimmungsrechte an, die nach seiner Auffassung an der Wirklichkeit vorbeigehen.

<sup>138</sup> Vgl ebd 121. Hier führt *Bydlinski* als Beispiel zur Veranschaulichung die als „banale Stereotype gängiger Sozial- und Rechtskritik“ klassifizierte Behauptung an, die im Privatrecht zentrale „Vertragsfreiheit beruhe auf Vorstellungen von Gleichheit und gleicher Freiheit der Menschen“, die mit der Realität ungleicher Voraussetzungen unvereinbar seien.

<sup>139</sup> Vgl ebd.

sozialen Bedingtheit Ideale, die erreichbar sind und die anzustreben es sich lohnt, für ihn selber ebenso wie für die Sozietät, in der er lebt, und für die Völkergemeinschaft. In der Frage nach „*dem* richtigen Ideal“ gibt es hingegen keine allgemein gültige und für alle verbindliche Antwort, will man sich nicht der Gefahr und dem Vorwurf der unzulässigen Vereinnahmung aussetzen. Der Pluralismus der Werte impliziert aber keineswegs, dass es keine richtigen Ideale gibt. Gerechtigkeit, Freiheit und Frieden finden sich ebenso in der Schnittmenge unterschiedlicher Wertvorstellungen wie die Grund- und Freiheitsrechte, wie die Menschenrechte. Das ist mehr als nur „ein Skelett“, wie es *Zöllner* im Kontext seiner Ausführungen zum normativen Menschenbild in negativer Konnotation beschreibt.<sup>140</sup> Es ist die Grundstruktur eines ganzheitlichen Menschenbildes bestehend aus idealtypischen Elementen. Eingebettet in die den Menschen umgebende und ihn bestimmende Realität ist diese idealtypische Struktur nicht nur Orientierung, sondern auch Anspruch, die je unzulängliche Wirklichkeit nach Kräften zu optimieren. Darin liegt der Grund, dass die Erziehungsziele der Schule in der Regel nicht nur mit den Grund- und Freiheitsrechten korrelieren, sondern im Spannungsverhältnis zwischen Realität und Idealität auch darauf abzielen, Optimierungsbeiträge zu ermöglichen.<sup>141</sup>

### 2.2.3.3 Das realtypische Menschenbild

Ziemlich einig ist sich die rechtliche Menschenbildliteratur in der Notwendigkeit, „dass der Normgeber sich an einem durch die Erfahrung gegebenen *realen Menschenbild* ausrichtet“.<sup>142</sup> Doch während im idealtypischen Entwurf eines Menschenbildes die Gefahr einer ideologisch-weltanschaulichen Vereinnahmung und des Missbrauchs für eine normative Rechtfertigung durch den Gesetzgeber oder einen Kritikansatz dagegen und im normativen Menschenbild die Gefahr einer Reduzierung des Blickwinkels auf das Normensystem selbst, ohne dessen Interdependenz in den Blick zu bekommen, angesprochen wurde, ist es in der realtypischen Menschenbildstruktur eine andere

---

<sup>140</sup> Vgl. *Zöllner* 129.

<sup>141</sup> Vgl. oben 2.1 FN 22.

<sup>142</sup> Vgl. *Henkel* 236.

Gefahr, der begegnet werden muss, nämlich einen Allgemeintypus zu konstruieren und den Menschen „in einer allgemeinen Realitätsformel auszudrücken“.<sup>143</sup> Aus den Gegensätzlichkeiten rationalistisch-naturrechtlicher Systeme, die den Menschen „auf angeblich empirischer Grundlage“ von Natur aus einmal als böse, egoistisch und rücksichtslos, dann wieder als „ein zur Sozialität neigendes, vernünftiges und verträgliches Wesen“ darstellen, lässt sich nach *Henkel* „das Scheitern eines solchen Bemühens eindeutig erkennen“.<sup>144</sup> Gegen die realtypische Menschenbildstruktur führt er daher ins Treffen, dass schon aus dem „Wirrwarr dieser als Realauffassungen entworfenen Menschenbilder“ der Schluss auf die „Verfehltheit einer Methode der Rechtsgestaltung und Rechtsverwirklichung nach einem angeblich der Erfahrung abgewonnenen *abstrakten Menschenbild*“ zu ziehen sei. Aus eben diesem Grund habe *Radbruch* „die Irrealität des Menschenbildes geradezu zur gesetzgeberischen Methode“ gemacht durch die „Fiktion eines Menschen, der in moralischer Hinsicht unterhalb des empirisch anzunehmenden Durchschnittsniveaus einzustufen ist, rücksichtslos-egoistisch, dabei aber intelligent“.<sup>145</sup> Tatsächlich geht diese Schlussfolgerung *Henkels* zu weit, weil die Heidelberger Antrittsvorlesung *Radbruchs* ja selbst ein fiktives Menschenbild beinhaltet, wenn er vom Menschen im Recht als einem „Menschen in der Gesellschaft“, einem „Kollektivmenschen“<sup>146</sup> spricht, in den „ein Stück kollektives Ethos“ hineingedacht werden muss<sup>147</sup>, und feststellt: „In der Tat muss nämlich jeder Gesetzgeber sein Gesetz so gestalten, als wäre der Mensch so eigennützig, dass er rücksichtslos seinem Interesse folgen würde, wären ihm nicht Rechtsschranken gesetzt, und so klug, dass er jede Lücke dieser Schranken sofort erkennen würde, sein Gesetz muss (mit Kant zu reden) auch für ein Volk von Teufeln passen, sofern sie nur Verstand haben.“<sup>148</sup> Damit liegt *Radbruch* näher bei *Thomas Hobbes* als bei *Hugo Grotius*, um in der von *Henkel* in Bezug auf Gegen-

---

<sup>143</sup> Vgl ebd.

<sup>144</sup> Vgl ebd unter Bezugnahme auf *Hobbes* und *Hugo Grotius*.

<sup>145</sup> Vgl ebd 237.

<sup>146</sup> Vgl *Radbruch*, *Der Mensch im Recht* 472.

<sup>147</sup> Vgl ebd 474.

<sup>148</sup> Ebd 469 f.

sätzlichkeiten rationalistisch-naturrechtlicher Systeme genannten Bandbreite zu bleiben.

Ein Menschenbild „als ein realtypisches aufeinander bezogenes Gefüge teils biologisch, teils kulturell vermittelter Verhaltensmuster“ ist nach *Zöllner* ähnlich wie das normative Menschenbild, das die Rechtsordnung widerspiegelt, geeignet, zum „Korrelat einer empirischen Gesellschaftstheorie“ zu werden.<sup>149</sup> Daraus leitet *Zöllner* ab, „dass es kein intersubjektiv überzeugendes einigermaßen ganzheitliches Menschenbild realtypischer Art gibt oder in absehbarer Zeit geben wird, das geeignet wäre, dem Gesetzgeber als Leitbild zu dienen“.<sup>150</sup> Den Ausführungen *Henkels* mit dem Rückgriff auf die ontologischen Gesetzlichkeiten, die ontologischen und anthropologischen Schichtenlehren sowie die Kulturanthropologie kann *Zöllner* ebenso wenig abgewinnen wie dem fiktiven pessimistischen Menschenbild *Radbruchs*. Letzteres zitiert er gar als deutlichen Beleg für seine Annahme einer „geringen Förderlichkeit und Missverständlichkeit des Menschenbildgedankens für die Klärung von Zusammenhängen mit dem Recht“.<sup>151</sup> Als Resultat der Auseinandersetzung mit der Menschenbildfrage bei *Henkel* bleibt für *Zöllner* nur die nicht weiter begründete Schlussfolgerung, dass „so weder ein ganzheitliches Bild noch ein Leitbild“ zu gewinnen sei. Die Behauptung, *Henkel* habe ein „ganzheitliches Menschenbild realtypischer Art“ postuliert, ist nicht zutreffend, weil *Henkel* gerade im Gegenteil von der Unmöglichkeit eines solchen Menschenbildes spricht.<sup>152</sup> Weil *Zöllner* dem Menschenbildgedanken im Gesamten nicht viel abgewinnen kann<sup>153</sup>, verhält es sich mit dem rechtsphilosophischen und rechtsanthropologischen Zugang *Henkels* nicht anders. In Summe kommt *Zöllner* zum Ergebnis, dass es nicht nur kein normatives und idealtypisches, sondern auch kein realtypisches Menschenbild ganzheitlicher Art gebe, „das sich dem Recht retrospektiv oder prospektiv gegenüberstellen lässt“.<sup>154</sup>

<sup>149</sup> Vgl. *Zöllner* 133 f.

<sup>150</sup> Vgl. ebd. 134.

<sup>151</sup> Vgl. ebd. 135 FN 32.

<sup>152</sup> Vgl. ebd. 134 und *Henkel* 237.

<sup>153</sup> Vgl. *Zöllner* 135 FN 32.

<sup>154</sup> Vgl. ebd. 135.

Differenzierter nähert sich *Bydlinski* dem realtypischen Menschenbild, das „normunabhängige anthropologische Eigenschaften hervorhebt, die durch die empirischen und philosophischen Disziplinen bereitgestellt werden“. Zwar betont auch *Bydlinski*, dass in keiner Rechtsordnung ein alle Regelungsbereiche „umfassendes, abschließendes und einheitliches, d.h. widerspruchloses Menschenbild“ realtypischer Art nachweisbar sei<sup>155</sup>, im Rekurs auf „menschliche Dauer-eigenschaften, die ersichtlich in bestimmten Regelungsbereichen als wesentliche Voraussetzungen zugrunde gelegt wurden oder bei zutreffender Realitätssicht zugrunde zu legen wären“, ortet er aber realtypische Menschenbildstrukturen, Eigenschaften, die für das Recht als „besonders wesentlich“ gelten. Dazu zählen als „durchaus ambivalente Züge der menschlichen Natur“<sup>156</sup> vor allem Menschenwürde und Freiheit im Sinne von Selbstbestimmung, Hilfsbedürftigkeit, das Streben nach einem friedlichen und geordneten Zusammenleben, das Bedürfnis nach Vervollkommnung und Vernunft einerseits, Selbstsucht und Machtgier, verbunden mit weiteren typischen menschlichen Schwächen und irrationalen Neigungen wie zB Neid andererseits.<sup>157</sup> Den durch die Gegenläufigkeit normativer Tendenzen indizierten Grenzen eines rechtlich relevanten Menschenbildes will *Bydlinski* nicht mit der Preisgabe der „Möglichkeiten besserer rechtlicher Orientierung durch Rückgriff auf ein realistisches Menschenbild“ begegnen, sondern mit den Möglichkeiten der „Prinzipienoptimierung“, um auf der Suche nach einem kompromisshaften Ausgleich „etwa zwischen Freiheit und Hilfsbedürftigkeit oder zwischen Beachtung von

<sup>155</sup> Vgl. *Bydlinski*, Das Menschenbild im ABGB 121. *Bydlinski* begründet dies mit dem Hinweis auf zwei Rechtsbereiche, die offensichtlich durch ganz unterschiedliche Vorstellungen vom Menschen geprägt sind: das demokratische Wahlrecht, das einen Menschen voraussetzt, der in der Lage ist, „über die gemeinsamen öffentlichen Angelegenheiten mitzuzentscheiden“, und die Schutzrechte zB im Abreitnehmer-, Mieter- und Verbraucherbereich, die von einer Vorstellung ausgehen, dass Menschen in bestimmten typischen Situationen „unfähig sind, sogar ihre eigenen Angelegenheiten frei und ihren Interessen gemäß wahrzunehmen“. Der aus letzterem resultierende und beobachtbare „Rechtspaternalismus“ ist aus Sicht *Bydlinskis* „häufig übertrieben“. (Vgl. ebd 121 f.)

<sup>156</sup> Die Fokussierung menschlicher Wesenseigenschaften ist verbunden mit einer Sicht vom Menschen, der „immer als Bedürfniswesen, als Aggressor und als Fürsorger zugleich“ erscheint. *Böckle* bezeichnet dieses Triptychon als „strukturelle Grundlage“ einer sittlichen Norm. (Vgl. *Böckle* in *Böckle/Böckenförde* 310.)

<sup>157</sup> Vgl. *Bydlinski*, Das Menschenbild im ABGB 123.

menschlicher Selbstsucht und Herstellung einer friedlichen Ordnung“ erfolgreich zu sein.<sup>158</sup> Durch die Fokussierung der Fragestellung im Rahmen des ABGB in der Rechtsentwicklung ist der Gegenstand des Erkenntnisinteresses enger und konkreter gefasst, als dies bei *Zöllner* der Fall ist.

Für das Menschenbild des ABGB sind vor allem, wie *Bydlinski* treffend bemerkt, seine einleitenden Abschnitte und insbesondere das Personenrecht aufschlussreich. Über all den Einzelaspekten, dass der Mensch in Beziehungen zu seinesgleichen steht (§§ 1, 26) und zugleich dem Gesetz Gehorsam und sorgfältige Aufmerksamkeit schuldet (§ 2), dass er „zur Erreichung der allgemeinen Wohlfahrt“ Beschränkungen der „natürlichen Rechte und Pflichten“ unterworfen werden kann (nach § 28 des *Martini*-Entwurfs 1797), dass Gesetze kundgemacht werden müssen, keine Rückwirkung haben und primär nicht nach richterlichem Ermessen, sondern „im Einklang mit allgemein erkennbaren natürlichen Rechtsgrundsätzen anzuwenden“ sind (§§ 3, 5, 6 f), dass es eine allgemeine gleiche Handlungsfähigkeit und eine ebensolche Erwerbs- und Vertragsfreiheit gibt, über all diesen Einzelaspekten steht der § 16 ABGB, der als grundlegende Prämisse<sup>159</sup> normiert, dass *jeder* Mensch „als Person zu betrachten“ ist, weil er „angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“ hat.<sup>160</sup> *Bydlinski* verweist in diesem Zusammenhang auf *Zeiller* als „wichtigsten Redaktor des ABGB in der abschließenden Ausarbeitungsphase“, der zu diesen in § 16 ABGB normierten Rechten „jedenfalls das ‚Urrecht‘ der Persönlichkeit“ zählt, „also die Befugnis, ‚die Würde eines vernünftigen, frei handelnden Wesens zu behaupten‘, somit die Respektierung der Menschenwürde, die viel später Art. 1 GG an die Spitze der deutschen Verfassung gestellt hat“.<sup>161</sup> Während der „Schutz des Schwachen gegen den Stärkeren“ im *Martini*-Entwurf allgemein proklamiert ist (§ 33), wird er im ABGB in konkreten

<sup>158</sup> Vgl ebd 123 f.

<sup>159</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 41.

<sup>160</sup> Vgl *Bydlinski*, Das Menschenbild im ABGB 124 f.

<sup>161</sup> Vgl ebd. *Bydlinski* verweist darauf, dass im *Martini*-Entwurf 1797 die angeborenen Rechte noch – vor allem als Rechte zur Persönlichkeitsentfaltung - exemplifiziert waren, in das ABGB jedoch „unter Berufung auf die gebotene Kürze“ nicht bzw nur über die Generalklausel der angeborenen Rechte Eingang gefunden haben.

Schutzbestimmungen normiert, wie der Schutz Minderjähriger und Behinderter in § 21 und der Schutz der noch ungeborenen Kinder in § 22 zeigt.<sup>162</sup> Die Konnexität der genannten Normen mit der „Grundnorm“ des § 16 ist offensichtlich und erklärt sich nicht zuletzt aus den Wurzeln rationalistisch-naturrechtlicher Herkunft. Ein weiterer zentraler Aspekt im Menschenbild realtypischer Art im ABGB ist neben der Personwürde die Freiheit, die „jedermann völlig gleichmäßig zugestanden“ wird. Der große Einfluss *Kants* wird hier sichtbar<sup>163</sup>, obwohl die Bedeutung der Freiheit schon von *Solon* im 6. Jahrhundert v. Chr. als Voraussetzung der Gleichheit und diese als Grundlage der Verhinderung von Krieg postuliert wurde. Mit scharfen Worten geißelt *Bydlinski* die weitgehende Verhinderung einer Entfaltung der Wirksamkeit angeborener Persönlichkeitsrechte durch die herrschende pandektistische Deutung durch über 100 Jahre und ortet „nach Beseitigung eines wahren Schuttberges von inadäquater Dogmatik“ hinsichtlich der Schutzgesetzentwicklung eine Realitätsnähe und Modernität des ABGB, die dem BGB überlegen ist.<sup>164</sup> In Summe gibt das Menschenbild des ABGB „vielen und disparaten der menschlichen Eigenschaften Raum, über die uns die Erfahrung belehrt“. Daraus zieht *Bydlinski* den Schluss, dass ein Menschenbild, an dem sich ein künftiger Kodifikator des Privatrechts auf staatlicher wie europäischer Ebene orientiert, „realistischerweise nicht viel anders aussehen“ dürfte als das des ABGB.<sup>165</sup> Als zentrales Menschenbildelement „unbedingt bewahrenswert“ hebt *Bydlinski* in Anlehnung an *Mayer-Maly* die „gleiche Personenhaftigkeit und damit Würde jedes Menschen“ hervor, die nicht „gewaltsame Gleichmacherei in allem und jedem“ meint, sondern „normativ“ ausschließt, „dass Menschen legitimerweise bloß als Mittel für fremde Zwecke behandelt oder hinsichtlich ihrer zentralen

---

<sup>162</sup> Vgl ebd 125. In Bezug auf die dem § 22 ABGB und Art 2 Abs 1 EMRK widersprechende so genannte Fristenlösung in § 97 Abs 1 Z 1 österr. StGB vgl *Auer*, Verfassung und Strafrecht 114-117.

<sup>163</sup> Vgl ebd.

<sup>164</sup> Vgl ebd 126 f. *Bydlinski* führt die Entwicklungen in Österreich im Arbeitnehmer-, Mieter- und Verbraucherschutz „abseits des allgemeinen Privatrechtssystems“ darauf zurück, dass die Ansätze im ABGB für eine konkrete Ausgestaltung des Schwächerenschutzes „ziemlich gewaltsam verschüttet“ worden sind.

<sup>165</sup> Vgl ebd 127.

Persönlichkeitsgüter diskriminiert werden“<sup>166</sup>. Das Postulat *Mayer-Malys*, dass darin auch der „Ansatz für die Bewältigung der aktuellen ‚multikulturellen‘ Probleme der Gegenwart“ liegt, wird von *Bydlinski* nicht nur vollinhaltlich geteilt, er schließt damit auch seine Ausführungen zum „Menschenbild des ABGB in der Rechtsentwicklung“ und hebt damit den Aspekt der Würde besonders hervor.<sup>166</sup>

#### 2.2.3.4 Das personale Menschenbild

Auf der Suche nach dem Menschenbild als Regulator des Rechts<sup>167</sup> erweisen sich das normative, das idealtypische als auch das realtypische Menschenbild als jeweils unzulänglich. Sie eignen sich zwar, um Strukturen des Menschenbildes aus der jeweiligen Perspektive zu erhellen, versagen aber dort, wo das Menschenbild in seinem holistischen Charakter auf hohem Komplexitätsniveau fokussiert werden soll.<sup>168</sup> Für den Gesetzgeber ist das Bild vom Menschen, wie er sein soll, ebenso *maßgeblich* wie das realtypische Menschenbild, das vom Menschen ausgeht, wie er ist. Beide Ansätze, der normativ-idealtypische ebenso wie der realtypische, stehen einander nicht kontradiktorisch gegenüber, sondern komplementär. Nur wenn man sie jeweils für sich alleine absolut setzt, ist ihre Unzulänglichkeit offenkundig.<sup>169</sup> Andererseits darf dieser Befund nicht zu einer pauschalen Ablehnung dieser Grundmuster ganzheitlicher Menschenbilder führen.

In Anlehnung an *Henkel* scheint jener Versuch eines Menschenbildes angemessen zu sein, der auf Absolutsetzungen von Menschenbildern verzichtet, der an die Zusammenfassung von Einzelzügen sich

<sup>166</sup> Vgl ebd 128.

<sup>167</sup> Vgl *Henkel* 235.

<sup>168</sup> Vgl oben 2.2.3.1 bis 2.2.3.3.

<sup>169</sup> Nicht nur an den Grund- und Freiheitsrechten und den wertbezogenen Generalklauseln, auch am Beispiel des objektivierten Schuldmaßstabs im Strafrecht wird deutlich, dass der Mensch, wie er ist, und auch als solcher, wie er sein soll, in das positive Recht Eingang gefunden hat. Vgl dazu § 10 Abs 1 (österr.) StGB, wo „von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen“ die Rede ist. Die Schuld als Vorwerfbarkeit der Tat wird nicht an der Individualität des Täters bemessen, sondern am maßgerechten Menschen in der Situation des Täters. Als schuldhaft wird das Verhalten des Täters dann klassifiziert, „wenn ein anderer (= der maßgerechte Mensch) in der Lage des Täters nach allgemeiner Erfahrung der Tatversuchung widerstanden hätte“. (Vgl *Kienapfel/Höpfel* Z 13 RZ 8 und 9.)

wandelnder und wechselnder menschlicher Selbstentwürfe anknüpft, ohne die Personalität des Menschen im Sinne des § 16 ABGB als „Kernbestand allgemein-konstanter Grundbefindlichkeiten des Menschen“ aufzugeben<sup>170</sup>, der aber auch Elemente der normativen, ideal- und realtypischen Menschenbildstrukturen mitberücksichtigt sowie die Grund-, Freiheits- und Persönlichkeitsrechte und die Menschenwürde als tragendes Fundament. Im Mittelpunkt dieses *personalen* Menschenbildes steht der Mensch als Person. Das personale Menschenbild zielt nicht auf ein unwandelbar feststehendes Bild ab, sondern beinhaltet eine Vielfalt menschlicher Selbstentwürfe, die zum Bild des Menschen gehören oder gehört haben. Dieses personale Menschenbild ist ein offenes und dynamisch-evolutionäres, geprägt sowohl vom Wissen um die geschichtliche Entwicklung als auch um die begrenzte Erkenntnis. Weil es offen ist, kann es Elemente unterschiedlicher Denkansätze in sich vereinigen und im Blick auf die großen Problembereiche der Gegenwart und der Zukunft seine Funktions- und Tragfähigkeit – anders als in sich abgeschlossene Menschenbilder – aktuell hinterfragen und anpassen. Weil es personal ist, bleibt die tragende Rolle des Menschen als Subjekt und als Objekt des Rechts, der Mensch als Grund und Ziel allen Rechts (*Radbruch*) gewahrt. Mit dem personalen Menschenbild ist es nicht notwendig, „alte“ Menschenbilder durch „neue“ zu ersetzen, wie dies zB *Schünemann* verlangt, wenn er die „überfällige Ersetzung“ des „grundgesetzlichen Menschenbildes“ durch den „homo oecologicus“ fordert.<sup>171</sup> Die Sicht vom Menschen in Art 1 GG mit der Betonung der freien Person in ihrer unantastbaren Würde und das Bekenntnis zu „unveräußerlichen und unverletzlichen Menschenrechten in Verbindung mit der Rechtsprechung des BVerfG, das aus dem Grundgesetz das Menschenbild nicht eines isolierten souveränen Individuums, sondern auch die „Gemeinschaftsgebundenheit der Person“ ableitet, „ohne dabei deren Eigenwert anzutasten“<sup>172</sup>, und die Notwendigkeit eines grundlegenden ökologischen Denk- und Handlungsansatzes ergänzen einander und sind gleichermaßen und ebenso von der Dynamik des personalen

---

<sup>170</sup> Vgl. *Henkel* 239.

<sup>171</sup> Vgl. *Schünemann* in *Schünemann/Müller/Philipps* 3.

<sup>172</sup> Vgl. *Böckenförde*, Vom Wandel des Menschenbildes 211 f.

Menschenbildes umfasst wie der Mensch als selbst bestimmtes und gleichberechtigtes Individuum im demokratisch freiheitlichen Verfassungsstaat in der jeweiligen konkreten Gegebenheit und Aufgabenstellung. Das personale Menschenbild berücksichtigt den Menschen als „Phänomen, das *seinshaft und prozesshaft zugleich* ist“ sowie als Person und als „Ensemble der Beziehungen, in denen der Mensch zu anderen Menschen oder zu Sachen steht“. <sup>173</sup> Durch die personale Fundierung <sup>174</sup> ist dieses Menschenbild resistenter gegenüber Instrumentalisierungen und Reduzierungsversuchen durch Ideologien und andere Interessensgruppen, durch die evolutionäre Dynamik ist es offen und adaptabel für geänderte gesellschaftliche Herausforderungen.

#### 2.2.4 Wertbezogene Generalklauseln im Recht

Die praktische Jurisprudenz ist „ungeachtet der theoretischen Herrschaft eines engen etatistischen Rechtspositivismus“ und der „staatlich produzierten positiven Rechtsvorschriften“ auf darüber hinausgehende normative Grundlagen angewiesen, um „die benötigten Ausgangspunkte für ihre Begründungsarbeit vervollständigen zu können“. <sup>175</sup> Die „durchaus normative Aufgabenstellung der eigentlichen Jurisprudenz“ kann keineswegs durch die „Kenntnis von Normen“ allein erfüllt werden. <sup>176</sup> Sie ist angewiesen auf normative Größen wie Geset-

---

<sup>173</sup> Vgl Kaufmann in Kaufmann/Hassemer 176.

<sup>174</sup> Vgl oben 1.1.4. Der Mensch verwirklicht sich als Person im eigenen Selbstvollzug und aufgrund seiner Sozialität im personalen Bezug mit anderen. (Coreth)

<sup>175</sup> Vgl Bydlinski, Themenschwerpunkte 365.

<sup>176</sup> Vgl ebd 363. Bydlinski kritisiert in diesem Zusammenhang „radikal ‚realistische‘ Vorstellungen“, die das gesamte Recht „in reale Verhältnisse auflösen“ wollen und betont unter Bezugnahme auf N. Luhmann, dass dieser Ansatz „keinen Anhaltspunkt dafür gebe, welchen sozialen Entwicklungen zu folgen sei und welchen nicht“. Bydlinski zeigt dies anhand der angeblichen Wertneutralität des Reformpostulats auf: „Vermehren sich zB in der Gesellschaft Zahl oder Akzeptanz von Abtreibungen, Ehebrüchen, Scheidungen, Ladendiebstählen, Rauschgiftaktivitäten oder von verantwortungsloser Verschuldung über die jeweiligen wirtschaftlichen Möglichkeiten hinaus, so soll die rechtliche ‚Anpassung‘ in der Beseitigung oder Milderung der Sanktionen bzw der rechtlichen Beschränkungen bestehen. Steigen dagegen nach Zahl oder Akzeptanz etwa Alkohol am Steuer, Kindesmisshandlung, Umweltverschmutzung, Korruption oder Steuerhinterziehung, so werden als ‚Anpassung‘ verschärfte rechtliche Sanktionen gefordert. Wie die Reaktion auf die sozialen Entwicklungen also beschaffen sein soll, bleibt selbst hinsichtlich der grundsätzlichen Richtung ganz offen!“ (Ebd 363 FN 11.)

zeszwecke, allgemeine Rechtsprinzipien, die Natur der Sache sowie gesetzliche Generalklauseln wie Treu und Glauben oder die guten Sitten.<sup>177</sup> Im Folgenden sollen einige dieser wertbezogenen Generalklauseln und die Goldene Regel zur Sprache kommen.

#### 2.2.4.1 Die Goldene Regel als präpositive Fundamentalnorm

Die Goldene Regel findet sich in unterschiedlichen Kulturen zu unterschiedlichen Zeiten in unterschiedlicher Formulierung, jeweils jedoch als eine auf dem Gedanken der Reziprozität beruhende Grundregel rechten Handelns. Die frühesten Belege des Begriffes, der zuerst in englischer Sprache als *Golden Rule* aufscheint, stammen aus dem 18. Jahrhundert<sup>178</sup>, ihr sachlich-inhaltlicher Ursprung reicht jedoch weit in die Geschichte zurück. Die enorme Verbreitung der Goldenen Regel schon für die Mitte des ersten vorchristlichen Jahrtausends hat der Religionswissenschaftler *Khoury* aufgezeigt.<sup>179</sup> In den asiatischen Hochkulturen finden wir sie sowohl bei *Konfuzius* als auch in den Upanishaden und im Buddhismus. *Konfuzius* antwortet auf die Frage eines Schülers, ob es ein Wort gebe, nach dem man das ganze Leben hindurch handeln könne: „Die Nächstenliebe. Was du selbst nicht wünschst, tu nicht den anderen.“<sup>180</sup> In den Upanishaden des Hinduismus kann die so genannte *upanishadische Einheitsformel* „Das bist du“ im Sinne von „Erkenne dich im anderen wieder!“ als Handlungsanweisung auf reziproker Basis und damit als Goldene Regel verstanden werden.<sup>181</sup> Im Pali-Kanon wird aus einer Rede des Buddha der Satz überliefert: „Was mir aber unlieb und unangenehm ist, wie sollte ich das einem anderen zufügen?“<sup>182</sup> Der um 435 v Chr geborene Philosoph *Isokrates* sagt in der Rede an *Demonicus*: „Zeige dich deinen Eltern gegenüber so, wie du es von deinen Kindern dir gegenüber

<sup>177</sup> Vgl ebd 365.

<sup>178</sup> Vgl *Huber*, Gerechtigkeit und Recht 213 und *Mayer-Maly*, Der Weg der Goldenen Regel 759 unter Bezugnahme auf *Hruschka*.

<sup>179</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 48.

<sup>180</sup> *Konfuzius*, zit n *Klopfer*, Einführung in die Ethik. Unveröffentl. Manuskript 1997, 11.

<sup>181</sup> Vgl *Klopfer* 11.

<sup>182</sup> Zit n *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 48.

wünschst.“<sup>183</sup> Der griechische Naturphilosoph *Thales von Milet* hat auf die Frage, wie man am besten und gerechtesten leben könne, geantwortet: „Wenn wir das, was wir an anderen tadeln, selber nicht tun.“<sup>184</sup> Und *Seneca* schreibt im 94. Brief seiner *Epistulae morales*: „Was du dem andern tust, erwarte von ihm.“<sup>185</sup> Die Goldene Regel ist also nicht Kulturgut nur einer Tradition oder Kultur, sondern „Gemeingut einer von Griechenland bis China reichenden praktischen Ethik“.<sup>186</sup>

Die Goldene Regel ist indes nicht oberstes Prinzip zur Begründung einer Moral. Sie trifft „keine Entscheidung darüber, was im Einzelfall gut oder böse ist, sondern leitet dies aus einer unmittelbaren Intuition ab, was der Einzelne sich selbst zumuten möchte“. Wesentlich sind der gedankliche Perspektivenwechsel und die Empathiezuwendung.<sup>187</sup> „Die Goldene Regel plädiert also nicht für einen bestimmten Maßstab zur Beurteilung einer geplanten Handlung auf ihre Moralität hin, sondern fordert nur, für sich den gleichen Maßstab zu wählen, den man dem anderen zumutet.“<sup>188</sup> Der immer wieder gezogene Vergleich der Goldenen Regel mit dem Kategorischen Imperativ *Kants* ist nur sehr bedingt möglich. Denn einerseits kennt die Goldene Regel keine Pflichten sich selbst gegenüber, und andererseits ist die Reziprozität als ihr Hauptmerkmal nicht im gleichen Maß das Charakteristikum des Kategorischen Imperativs. Letzterem geht es vor allem um die Universalisierbarkeit, die die Goldene Regel nur implizit beinhaltet.<sup>189</sup>

<sup>183</sup> Zit n ebd 49.

<sup>184</sup> *Diogenes Laertius*, zit n ebd 10.

<sup>185</sup> *Seneca*, zit n ebd.

<sup>186</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 49 sowie *Huber* 212.

<sup>187</sup> Vgl *Klopfer* 11 f.

<sup>188</sup> Ebd 12.

<sup>189</sup> *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft: „Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeine Gesetzgebung gelten könne.“ Ders, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten: „Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.“ Beide zit n *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 172.

*Hruschka* postuliert, dass der Kategorische Imperativ aus der Goldenen Regel hervorgegangen ist.<sup>190</sup>

In der abendländischen Rezeptionsgeschichte der Goldenen Regel sind vor allem die jüdisch-christlichen Quellen von Bedeutung. Ist doch auch die geradezu sprichwörtliche Fassung „Was du nicht willst, dass man dir tu, das füg auch keinem andern zu!“ biblischen Ursprungs.<sup>191</sup> Diese auf dem Buch *Tobit* (Tob 4, 16) basierende Fassung der Goldenen Regel ist eingebettet in das Verbot der Vorenthaltung des Lohnes und die Aufforderung zu sozialem und karitativem Handeln.<sup>192</sup> Während die Formulierungen der Goldenen Regel bei *Konfuzius*, *Thales von Milet* und im Buch *Tobit* prohibitiv gestaltet sind, haben sie in der upanishadischen Einheitsformel, bei *Seneca*, aber auch in den neutestamentlichen Fassungen bei *Matthäus* und *Lukas* hortativen Charakter, indem sie positiv zu einer bestimmten Verhaltensweise ermuntern und ermahnen: „Alles, was ihr also von anderen

<sup>190</sup> Vgl. *Hruschka*, Die Konkurrenz von Goldener Regel und Prinzip der Verallgemeinerung in der juristischen Diskussion des 17./18. Jahrhundert als geschichtliche Wurzel des kategorischen Imperativs. Zit. n. *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 173.

<sup>191</sup> Diese „sprichwörtliche“ Fassung entspricht der Lutherübersetzung von Tob 4, 16. Die unterschiedlichen Fassungen dieser Stelle resultieren wohl aus dem Umstand, dass das Buch *Tobit* ursprünglich nicht den kanonischen Schriften zugezählt wurde und erst seit dem Konzil von Hippo 393 als Teil des Alten Testaments gilt. Die Evangelischen Kirchen zählen den *Liber Tobiae* wiederum nicht zum Kanon atl. Schriften. Die Funde von Qumran (Mitte des 20. Jahrhunderts) mit hebräischen und aramäischen Fragmenten des Buches *Tobit* lassen sie Schlussfolgerung zu, dass unterschiedliche Abschriften in griechischer, hebräischer, lateinischer und aramäischer Sprache vorhanden waren, die, wie es für apokryphe Schriften eigen ist, auch starke inhaltliche Unterschiede aufweisen. (Vgl. *Brown/Fitzmayer/Murphy* [Hg], *The Jerome Biblical Commentary*. Vol I and II. Englewood Cliffs 1968, I/620.) In der Fassung der Vulgata lautet Tob 4, 16: „Quod ab alio oderis fieri tibi, vide ne tu aliquando alteri facias.“ Unter Berufung auf *Beate Ego* weist *Mayer-Maly* daraufhin, dass der *Liber Tobiae* im Original semitsprachig war und zwischen dem 4. Jh v. Chr. und 175 v. Chr. entstanden ist. (Vgl. *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 47 f.)

<sup>192</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Der Weg der Goldenen Regel 756. Auch *Mayer-Maly* hebt diesen Kontext hervor und verweist in Bezug auf das Verbot der Lohnvorenthaltung auf Lev 19, 13 als weitere atl. Quelle (Vgl. ebd. FN 8.), die durch Dtn 24, 14-15 zu ergänzen ist, ebenso im NT durch Jak 5, 4. In der katholischen katechetischen Tradition zählt das Vorenthalten des Lohnes zu den *himmelschreienden* Sünden. (Vgl. *Katechismus der Katholischen Kirche*. München 1993, 490 Z 1867.)

erwartet, das tut auch ihnen!“<sup>193</sup> Oder: „Was ihr von anderen erwartet, das tut ebenso auch ihnen!“<sup>194</sup>

*Wolfgang Huber* betont den besonders hervorgehobenen Zusammenhang der Goldenen Regel des Neuen Testaments mit der Bergpredigt.<sup>195</sup> Er bezeichnet sie bei *Matthäus* als „Brücke zwischen Liebe und Recht“ und hebt bei *Lukas* den Zusammenhang mit der Feindesliebe hervor, wodurch sie sogar eine „zugespitzte Kritik am Prinzip der Gegenseitigkeit“ beinhalte und das Prinzip der Reziprozität sprengte. Die Goldene Regel in Lk 6, 31 sei daher nicht imperativisch, sondern indikativisch zu verstehen.<sup>196</sup> In der Charakterisierung der Goldenen Regel bei *Matthäus* als „Inbegriff des Gesetzes und der Propheten“<sup>197</sup> sieht er eine „Pädagogisierung“ des Liebesgebots“. Aus der positiven Fassung sowohl bei Mt 7, 12 als auch bei Lk 6, 32 schließt *Huber* zutreffend, dass die daraus resultierende Praxis ein initiatives, kein reaktives Handeln sein soll.<sup>198</sup>

*Mayer-Maly*, der sich sehr ausführlich mit der Goldenen Regel und ihrem „Weg“ auseinandersetzt<sup>199</sup>, bezeichnet ihre Klassifikation in Mt 7, 12b im Sinne des Inbegriffs von Gesetz und Propheten als „sensationsvolle Qualifikation“. Dass dieser Text an der Spitze des Decretum Gratiani steht<sup>200</sup>, führt *Mayer-Maly* trotz der großen Unterschiede zwi-

<sup>193</sup> Mt 7, 12a. In der Fassung der Vulgata: „Omnia ergo quaecumque vultis ut faciant vobis homines ita et vos facite eis.“

<sup>194</sup> Lk 6, 31. In der Fassung der Vulgata: „Et prout vultis, ut faciant vobis homines, facite illis similiter.“

<sup>195</sup> Die Bergpredigt – bei *Lukas* *Feldpredigt* – gilt als zentral in der Verkündigung Jesu.

<sup>196</sup> Vgl. *Huber* 211. *Wolfgang Huber* hat sich in seinem Buch „Gerechtigkeit und Recht“ mit den Grundlinien christlicher Rechtsethik auseinandergesetzt ist nunmehr Vorsitzender der evangelischen Kirche Deutschlands. Er setzt an bei der „Verheißung der Gerechtigkeit“. Diese bilde den „Horizont des Rechts“ und sei Maßstab jeder Rechtsethik zugleich. (Vgl. ebd., Umschlagklappentext)

<sup>197</sup> Mt 7, 12b: „Darin besteht das Gesetz und die Propheten.“ In der Fassung der Vulgata: „haec est enim lex et prophetarum.“

<sup>198</sup> Vgl. ebd. 212.

<sup>199</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 47-54 sowie ders., Der Weg der Goldenen Regel 755-760.

<sup>200</sup> Die *Distinctio Prima* beginnt mit den Worten: „Humanum genus duobus regitur, naturali uidelicet iure et moribus. Ius naturae est, quod in lege et euangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere, quod sibi uult fieri, et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit

schen dem biblischen und dem kanonistischen Gesetzesbegriff auf die Rede vom *Gesetz* in Mt 7, 12 zurück.<sup>201</sup> Es erstaunt nicht, dass die Goldene Regel vor allem in der christlichen Literatur thematisiert wird, wenn auch im Gegensatz zu *Matthäus* und *Lukas* meist in prohibitiver Form. Während sowohl *Irenäus von Lyon* als auch *Hieronymus* die prohibitive Fassung verwenden, greift *Gratian* auf die hortative Fassung der Goldenen Regel vermutlich bei *Isidor von Sevilla* zurück.<sup>202</sup> Dass die Goldene Regel im Bereich der Jurisprudenz und der rechtswissenschaftlichen Dogmatik – obwohl „immer wieder ins Spiel gebracht“ – keine wesentliche Bedeutung erlangt hat, liegt wahrscheinlich daran, dass sie den Juristen als „zu subjektsbezogen“ erscheint. Weder findet sie Eingang in die römische Jurisprudenz noch in die meisten Schriften der Glossatoren und Kommentatoren. Dies, obwohl der „Grundgedanke der Goldenen Regel schon im 4. Jahrhundert v. Chr. antikes Gemeingut“ war, wie Textstellen bei *Herodot* und *Isokrates* nahe legen. Während aber noch in neuzeitlichen Kodifikationsentwürfen, die philosophische Aspekte berücksichtigen, die Goldene Regel nicht aufscheint, findet sie in der neueren Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie „starke Beachtung“.<sup>203</sup> Diese setzt schon ein im neuzeitlichen Vernunftrecht bei *Samuel Pufendorf*, *Christian Thomasius* und *Christian Wolff*. *Pufendorf* trennt das Naturrecht völlig vom göttlichen Recht und subsumiert den Rechtspflichten „einzig die Pflichten gegen die Gemeinschaft“, deren drei grundlegenden sind: „a) niemand schädige den anderen (*neminem laedere*; dazu gehören auch die Achtung des Eigentums und die Erfüllung von Verträgen); b) jeder behandle den anderen als gleichberechtigt (*suum cuique*, Achtung der Menschenwürde); c) jeder unterstütze den anderen soweit möglich (*Fürsorge*)“.<sup>204</sup> In der Folge postuliert *Thomasius* im Zuge der von ihm vorangetriebenen „scharfen Scheidung“ von Ethik, Politik und Recht drei Vernunftgebote: die Ethik,

---

fieri. Unde Christus in euangelio: ‘Omnia quecunque uultis ut faciant uobis homines, et uos eadem facite illis. Haec est enim lex et prophetarum.’“ Zit n. Edition Friedbergs 1897. In [http://mdz.bib-bvb.de/digbib/gratian/text/@ebt-link?target=idmatch\(n,53\)](http://mdz.bib-bvb.de/digbib/gratian/text/@ebt-link?target=idmatch(n,53)).

<sup>201</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Der Weg der Goldenen Regel 756.

<sup>202</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 53.

<sup>203</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Der Weg der Goldenen Regel 756 f.

<sup>204</sup> Vgl. *Kaufmann* in *Kaufmann/Hassemer* 62.

das honestum, hat es mit den „Pflichten gegen sich selbst“ zu tun („quod vis ut alii sibi faciant, tu et facias“), Gegenstand der Politik ist das „Wohlanständige, das decorum“, dessen Maßstab die hortative Goldene Regel sei („quod vis ut alii tibi faciant, tu et ipsis facias“), „oberstes Prinzip“ des Rechts, des iustum, ist es, anderen nicht zu schaden, weswegen diesem Vernunftgebot die prohibitive Form der Goldenen Regel entspreche („quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris“).<sup>205</sup>

*Kelsen* betont die Notwendigkeit des differenzierten Zugangs zur Goldenen Regel als Grundnorm einer Gesellschaftsordnung in dem Sinn, dass man andere so behandeln soll, nicht wie man tatsächlich auch selbst behandelt zu werden wünscht, „sondern wie man wünschen soll, auch selbst behandelt zu werden“. Formal erblickt *Kelsen* in der Goldenen Regel „einen Fall der Derogation, der Aufhebung einer älteren Norm durch eine jüngere, auf der Ebene der Ethik“.<sup>206</sup> Die Frage nach dem Inhalt der Norm ist nach *Kelsen* nicht zu beantworten.<sup>207</sup> „Auf diese die entscheidende Frage gibt die goldene Regel ebenso wenig eine Antwort, wie die Formel des suum cuique auf die Frage, was jedem das ‚Seine‘ ist.“<sup>208</sup> Ähnlich argumentiert *Arthur Kaufmann*. Er bezeichnet die Prinzipien der Gerechtigkeit, zu denen er auch die Goldene Regel zählt, als „in der Tat ‚Leerformeln‘“, die nach Maßgabe der jeweiligen Zeitumstände „mit Inhalt gesättigt“ werden müssen, um Sinn und Rangordnung zu erhalten.<sup>209</sup>

Systemisch unterliegt die Goldene Regel der Relation von Universalität und Partikularität. Aus dem universalistischen Prinzip sind konkrete ethische Handlungsrichtlinien ableitbar.<sup>210</sup> Man kann die

<sup>205</sup> Vgl ebd.

<sup>206</sup> Vgl zustimmend *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 50.

<sup>207</sup> Vgl *Koriath*, *Hans Kelsen: Gerechtigkeit – eine Illusion?* In <http://www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek/texte/Koriath2.html#top>.

<sup>208</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre 368. Zit n ebd.

<sup>209</sup> Vgl *Kaufmann* in *Kaufmann/Hassemer* 32.

<sup>210</sup> Die Gefahr einer Missinterpretation durch Reduktion des universalistischen Prinzips auf eine nur situationsethische Handlungsanweisung ist aber ebenso gegeben wie die Aushöhlung der Goldenen Regel durch *Maßnahme* richtigen Handelns nur an sich selbst und seinen Interessen. Im Verhältnis von Ethnien, Staaten und Religionen zueinander sind zur Präzisierung des Inhalts der Goldenen Regel daher Freiheit und Gleichheit unabdingbare Voraussetzungen.

Goldene Regel aber „nicht ‚anwenden‘ wie ein Kochrezept“, man kann „nicht ‚subsumieren‘ wie unter den Diebstahlsparagrafen“, weil sie als allgemeines Rechtsprinzip zu allgemein und zu normativ zugleich ist. Besonderes Gewicht erhält sie vor allem dann, „wenn es um den Schutz von Minderheiten und Schwachen geht“.<sup>211</sup> Diese Schwerpunktsetzung liegt in der Konsequenz der Fortführung des paradigmatischen Wandels bei *Radbruch*.<sup>212</sup> Auch *Bydlinski* geht der Goldenen Regel im Zusammenhang mit den Begründungswegen zu fundamentalen rechtsethischen Prinzipien nach und beschreibt als eine ihrer Eigenschaften, dass sie „unmittelbar bestimmte (für sich allein freilich gewiss nicht zureichende) Verhaltensnormen begründen“ kann.<sup>213</sup> Folgerichtig zählt er die Goldene Regel zu den „zentralen rechtlichen Grundwertungen“, die in ihrer alltagspraktischen Bedeutung Teil der Erziehung und professionellen Pädagogik sind bzw sein sollen.<sup>214</sup> Wo, wenn nicht in der Erziehung, soll die Grundlage zu einem ethischen Bewusstsein geschaffen werden? Erziehung zu ethischem Bewusstsein impliziert Erziehung zu Regelbewusstsein und damit zu Rechtsbewusstsein, in freiheitlich demokratischen Staaten darüber hinaus zu Demokratiebewusstsein. Der Goldenen Regel kommt in diesem Kontext eine besondere Rolle zu.

Die positiven Erfahrungen mit dem hohen Konfliktvermeidungs- und Konfliktlösungspotenzial der Goldenen Regel haben ihr nicht nur den Namen gegeben, diese sind auch durch ihr Auftreten in unterschiedlichen Kulturen, Konfessionen und Zeiten beeindruckend belegt. Sie kann ihr Potenzial nicht nur zwischen Individuen, sondern auch zwischen Staaten als Völkerrechtssubjekten entwickeln. Angriffskriege sind dann nicht nur völkerrechtlich durch die Satzung der Vereinten Nationen<sup>215</sup> verboten, sondern schon präpositiv durch die Goldene Regel.<sup>216</sup> Den Zusammenhang zwischen universellen Nor-

---

<sup>211</sup> Vgl *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 185.

<sup>212</sup> Vgl *Bydlinski*, Themenschwerpunkte 371.

<sup>213</sup> Vgl *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze 174.

<sup>214</sup> Vgl *Bydlinski*, Zur erzieherischen Funktion des Rechts. Zit n <http://www.imabe.org/imago/2000/ausgabe%204/Bydlinski.htm>.

<sup>215</sup> Vgl ua Art 1 Abs 2, Art 2 Abs 4 SVN.

<sup>216</sup> Während zB der Irak-Krieg 1991 nach der Annexion Kuwaits durch den Irak, als dieser Kuwait zu seiner 19. Provinz erklärte, als Verteidigungskrieg gewertet werden

men, denen die Goldene Regel zweifelsohne zuzurechnen ist, und dem Frieden unter den Völkern betont auch *Kofi Annan*, der Generalsekretär der Vereinten Nationen, in der 3. Rede zum Weltethos, die er an der Universität Tübingen gehalten hat. Diese Rede, die vom ursprünglich geplanten Termin wegen des Irak-Krieges auf den 12.12.2003 verschoben werden musste, beendet *Kofi Annan* mit den Worten: „Do we still have universal values? Yes, we do, but we should not take them for granted. They need to be carefully thought through. They need to be defended. They need to be strengthened. And we need to find within ourselves the will to live by the values we proclaim - in our private lives, in our local and national societies, and in the world.“<sup>217</sup>

---

kann, trifft dies für den Irak-Krieg 2003 nicht zu. Weder haben in diesem Fall die Regierungen der USA und von Großbritannien eine Resolution des Sicherheitsrates der VN erreicht, die ihnen ein Mandat für eine Militärintervention eingeräumt hätte, noch konnten die angeführten Kriegsgründe, nämlich die Verbindung zum Terrornetzwerk al-Qaida, die Erzeugung von Atomwaffen und die Massenvernichtungswaffen, verifiziert werden. Die Umschreibung „Präventivkrieg“ oder die Bezeichnung „Operation Iraqi Freedom“ ändern nichts an der Klassifizierung dieses Krieges als *völkerrechtswidriger Angriffskrieg*.

Die Berücksichtigung der Goldenen Regel zwischen den Völkerrechtssubjekten USA und Großbritannien einerseits und Irak andererseits hätte friedliche Konfliktlösungsmöglichkeiten gesucht. So haben sich die politischen Verantwortungsträger vom Prinzip des Dualismus (Vgl oben 1.1.2.) leiten lassen, und zwar in einer gefährlich-naiven Form, in der die Welt im Schwarz-Weiß-Schema in „Gute“ und „Böse“ eingeteilt worden ist und die „bösen“ Staaten Irak, Iran und Nordkorea die „Achse des Bösen“ bilden. Auf der gleichen Linie liegt die Unterteilung von „Freunden“ in die gut-willigen (Großbritannien, Spanien, Polen) und die un-willigen (Frankreich, Deutschland, Russland). (Vgl *Küng*, Weltpolitik und Weltethos. In *Küng/Senghaas* [Hg], Friedenspolitik. Ethische Grundlagen internationaler Beziehungen. München-Zürich 2004, 51. NB: Das Beispiel des Irak-Krieges 2003 ist zum Zeitpunkt der Abfassung dieser Zeilen besonders aktuell. Es könnten genauso andere Beispiele genannt werden, um die Bedeutung der Goldenen Regel im Verhältnis von Völkerrechtssubjekten zueinander aufzuzeigen.)

Die Goldene Regel intendiert auch im Makrobereich der Weltpolitik durch die Fähigkeit zum Perspektivenwechsel und zur Empathie, die ja affektive *und* kognitive Elemente in sich vereinigt, das diametrale Gegenteil dessen, was die binär-fundamentalistische Logik des Dualismus an Grausamkeit und Unmenschlichkeit hervorgebracht hat und hervorzubringen imstande ist.

<sup>217</sup> „Gibt es noch universelle Werte? Ja, es gibt sie, aber wir dürfen sie nicht für selbstverständlich halten. Sie müssen sorgfältig durchdacht, sie müssen verteidigt, und sie müssen gestärkt werden. und wir müssen in uns selbst den Willen finden, nach den Werten zu leben, die wir verkünden – in unserem Privatleben, in unseren lokalen und nationa-

Die Renaissance, die die Goldene Regel in der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts erfahren hat, ist ebenso zu begrüßen wie all jene Initiativen, die die Goldene Regel in ihrer pazifizierenden Wirkung erkannt haben und ihre Verbreitung und Umsetzung auf unterschiedlichen Ebenen fördern.<sup>218</sup> Zwar liefert sie „keine fertigen Problemlösungen“, sie führt aber - bescheiden formuliert – zu „brauchbaren Verhaltensforderungen und Einschätzungen“<sup>219</sup> sowie zu einem respektvollen und friedlichen Umgang zwischen Individuen, Ethnien, Staaten und Religionen. Mit dem ihr inhärenten Konfliktvermeidungs- und Konfliktlösungspotenzial ist die Goldene Regel, zumal sie nicht nur und nicht erst im Recht wirksam sein kann, eine *präpositive Fundamentalnorm* und wird als *fundamentaler Rechtsgrundsatz*<sup>220</sup> zu einem wichtigen Topos in der rechtsethischen Argumentation.

#### 2.2.4.2 Die guten Sitten

Anders als die Goldene Regel haben „die guten Sitten“ Eingang in das positive Recht gefunden. Die praktische Jurisprudenz ist immer wieder auf den Rückgriff auf die Generalklausel der guten Sitten angewiesen, wenn sie normative Grundlagen in ihrer Argumentation und Begründungsarbeit berücksichtigt. Damit wird der Jurisprudenz gesetzesintern ein „Weg zu anderen als etatistisch-positiven Normen“ eröffnet<sup>221</sup>, im Besonderen zur rechtsethischen Dimension. Als zusätzliche normative Prämisse können die guten Sitten zur „Überwindung der Vagheit, Mehrdeutigkeit, Lückenhaftigkeit und Widersprüchlichkeit“ beitragen, „die dem positiven Recht anhaften und seine Eignung als alleinige Grundlage begründeter juristischer Problemlösungen ausschließen“.<sup>222</sup> *Mayer-Maly* bezeichnet die guten Sitten sogar als „Maßstab des Rechts“ und begründet diese Qualifikation damit, dass

---

len Gemeinwesen und in der Welt.“ (Original und Übersetzung zit n <http://www.weltethos.org/index.htm>)

<sup>218</sup> Vgl dazu zB die „Stiftung Weltethos für interkulturelle und interreligiöse Forschung, Bildung und Begegnung“ (<http://www.weltethos.org/index.htm>).

<sup>219</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Der Weg der Goldenen Regel 760.

<sup>220</sup> Vgl ebd.

<sup>221</sup> Vgl *Bydlinski*, Themenschwerpunkte 365.

<sup>222</sup> Vgl ebd 366.

das Recht in der Hauptsache „Niederschlag einer sittlichen Bewertung menschlichen Verhaltens“ ist. Für Rechtsordnungen liegt es immer wieder nahe, „direkt bei ihren Wertgrundlagen anzuknüpfen. Das ist die eigentliche Funktion jener Rechtsnormen, die von den guten Sitten sprechen.“<sup>223</sup>

Als *boni mores* begegnet uns diese „maßgebliche Kategorie“ schon im römischen Recht. Im Gegensatz zur Gegenwart erscheint sie dort jedoch im Kontext der Edikte über die Verletzung der Persönlichkeit. Die Edikte über die iniuria normieren, dass das dort beschriebene Verhalten nur dann die gravierenden Folgen der Infamation nach sich zieht, wenn es *contra bonos mores* war. Älteste Zeugnisse für die Heranziehung der guten Sitten für die Geltungsfähigkeit von Rechtsgeschäften sind *Julian* (D 45,1,61) und *Gaius* (Gai inst. 3, 157).<sup>224</sup> Dass die *boni mores* bei den Römern Eingang in die „Kataloge der Quellen des Rechts“ gefunden haben, ist kennzeichnend für deren Verständnis des Zusammenspiels von Recht und Sitten. Das Nebeneinander von *leges*, kaiserlichen Dekreten und *boni mores* in den *Paulussentenzen* belegt dieses Verständnis ebenso wie weitere Stellen, die die Einbettung der guten Sitten in das römische Rechtsquellengefüge aufzeigen.<sup>225</sup>

In den gegenwärtigen Rechtsordnungen der deutschsprachigen Länder Deutschland, Österreich und Schweiz haben die guten Sitten einen festen Platz sowohl im legislativen als auch im judiziellen Bereich. In der Schweiz findet sich die Hauptquelle für die guten Sitten

---

<sup>223</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts 600. „Die guten Sitten als Maßstab des Rechts“ ist der Titel der Semestereröffnungsvorlesung, die *Mayer-Maly* am 17.10.1985 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn gehalten hat. Neben der Veröffentlichung dieser Vorlesung in *JuS* 8 (1986) 596-600 hat sich *Mayer-Maly* immer wieder mit der grundlegenden Bedeutung der guten Sitten auseinandergesetzt, am umfangreichsten und mit einer Fülle von Detailinformationen, die sowohl das Recht Deutschlands als auch Österreichs und der Schweiz berücksichtigen, 1994 in *AcP* (1994) 105-176. Überraschenderweise hat *Mayer-Maly* in seiner 2001 erschienenen „Rechtsphilosophie“ den guten Sitten im Gegensatz zur Goldenen Regel kein eigenes Kapitel gewidmet, wiewohl sie mehrfach zur Sprache kommen.

<sup>224</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Die Guten Sitten als Maßstab 598. Aus der Kommentierung dieser Edikte durch den Spätklassiker *Ulpian* wissen wir, dass sich schon zur Zeit des *Augustus* der Frühklassiker *Labeo* mit der Bedeutung dieser Edikte auseinandergesetzt hat. (Vgl. ebd.)

<sup>225</sup> Vgl. ebd. 599.

im Obligationenrecht. Art 19 Abs 2 OR normiert Abweichungen vom Gesetzesrecht unter der Voraussetzung, dass sie nicht „gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit“ verstoßen.<sup>226</sup> Mayer-Maly spricht in Bezug auf Art 19 Abs 2 OR von einem „überschießenden Wortlaut“, hebt aber gleichzeitig als „sehr sinnvolle Funktion“ zutreffend die Absicherung des dispositiven Rechts „gegen eine aus Wirtschaftsmacht resultierende Beliebigkeit“ hervor.<sup>227</sup> Einer Reduktion des Menschen auf einen *homo oeconomicus* kann mit Normen dieser Art ebenso begegnet werden wie einer möglichen systemimmanenten Instrumentalisierung weltanschaulicher, religiöser, pädagogischer oder ökonomischer Art. Allerdings darf neben der großen Bedeutung und Unverzichtbarkeit der guten Sitten nicht die Gefahr übersehen werden, die von Rechtsanwendern ausgeht<sup>228</sup>, die Generalklauseln und unbestimmten Gesetzesbegriffe missbräuchlich und gegen den „Geist der Rechtsordnung“ instrumentalisieren.<sup>229</sup> Mayer-Maly führt diese Gefahr auf den dynamischen Charakter der guten Sitten zurück, die sich auch als „Einfallspforte für Ideologien“ erwiesen haben.<sup>230</sup> Diese Gefahr vermag aber nicht die grundlegende Bedeutung der guten Sitten im Sinne der Rückkoppelung an die normativen Grundlagen und ihre multilaterale

---

<sup>226</sup> „Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schließt.“ (Art 19 Abs 2 OR)

<sup>227</sup> Vgl. Mayer-Maly, Was leisten die guten Sitten? 110.

<sup>228</sup> Von den Rechtsanwendern, nicht von den Generalklauseln geht die potenzielle Missbrauchsgefahr aus.

<sup>229</sup> Vgl. Barta 745 und 755. Missbräuche dieser Art sind im Nationalsozialismus zB im Mietrecht in § 19 MG (heute § 30 MRG) belegt, wo im Umstand, dass Mieter Juden waren, der für die Kündigung „wichtige Grund“ erblickt wurde. Barta weist unter Zugrundelegung von Hedemann daraufhin, dass allein in Wien „ab 1938 etwa 60.000 Mietwohnungen auf diese Weise ‚arisiert‘“ wurden. (Vgl. ebd 755.)

<sup>230</sup> Vgl. Mayer-Maly, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts 597 f. Mayer-Maly weist darauf hin, dass nach 1933 in der Rechtsprechung zu § 138 BGB stärker als bei anderen Themenbereichen des Zivilrechts „nationalsozialistische Töne“ angeschlagen worden sind. In Anlehnung an Rüthers spricht er von der „Indienstnahme der Generalklauseln durch die totalitären Machthaber“, die sich besonders im Kontext der guten Sitten findet.

Funktion<sup>231</sup>, nicht zuletzt zur Anpassung der Rechtsordnung an die Erfordernisse der Zeit auch ohne Tätigwerden des Gesetzgebers<sup>232</sup>, zu schmälern. Das Bemühen um eine interpretatorische Konkretisierung der guten Sitten muss darauf zielen, „ein pragmatisches, nicht durch Ideologien befrachtetes Verständnis zu erschließen“.<sup>233</sup>

In Deutschland ist die Hauptquelle der guten Sitten § 138 BGB, welcher verhindern soll, dass sich die Rechtsordnung in den Dienst des Unsittlichen stellt.<sup>234</sup> Abs 2 führt demonstrativ Handlungen an, die „insbesondere“ gegen die guten Sitten verstoßen und die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes bewirken, wie zB Ausbeutung von Zwangslage oder Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen oder erhebliche Willensschwäche. Das österreichische Gegenstück zu §§ 134 und 138 BGB ist § 879 Abs 1 ABGB, der seinen Charakter als Generalklausel erst 1916 von der III. Teilnovelle erhalten hat<sup>235</sup> und normiert, dass ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist.<sup>236</sup> Abs 2 und 3 führen wiederum demonstrativ Fälle an, durch die „insbesondere“ die Nichtigkeit von Verträgen bewirkt wird.<sup>237</sup> Während in Deutschland die Missbilligung eines rechtsgeschäftlichen Verhaltens gegen die Rechtsordnung in § 134 BGB und jene durch die Verletzung der guten Sitten in § 138 BGB getrennt normiert ist, hat § 879 ABGB die unterschiedlichen Gründe der Missbilligung in einem Paragraphen zusammengefasst. § 879 ABGB steht in einer „inneren Verwandtschaft“ mit dem auf *Martini* zurückgehenden § 7 ABGB<sup>238</sup>, dessen Funktion in § 897 ABGB fortgesetzt wird.<sup>239</sup>

---

<sup>231</sup> Vgl. *Bydlinski*, Themenschwerpunkte 365.

<sup>232</sup> Vgl. *Barta* 756 und *Mayer-Maly*, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts 597.

<sup>233</sup> Vgl. ebd. 598.

<sup>234</sup> „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“ (§ 138 Abs 1 BGB)

<sup>235</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 111.

<sup>236</sup> „Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“ (§ 879 Abs 1 ABGB)

<sup>237</sup> Vgl. *Barta* 747 f mit Fallbeispielen und Erkenntnissen.

<sup>238</sup> „Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig-

Das Schweizer Pendant zu den §§ 134, 138 BGB und § 879 ABGB ist Art 20 Abs 1 OR.<sup>240</sup> Alle diese Normen zielen darauf ab, die Normunterworfenen von rechtsgeschäftlichen Regelungen abzuhalten, „die sich mit den fundamentalen Wertungen der betreffenden Rechtsgemeinschaft nicht vertragen“. Eine Funktion der gesetzgeberischen Verweisung auf die guten Sitten liegt darin, „diese fundamentalen Wertungen nicht näher zu bezeichnen, sondern an Allgemeinüberzeugungen und deren richterliche Artikulation zu appellieren“, womit einerseits der Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung und andererseits der Wandelbarkeit auch fundamentaler Wertungen Rechnung getragen wird.<sup>241</sup> Barta betont, dass es *Martinis* Verdienst war, diesbezüglich das preußische Landrecht verlassen und noch vor dem französischen Code civil „als erster die legistische Bedeutung einer Abkehr von der sog Kasuistik erkannt und an deren Stelle bewusst (!) allgemeine und unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln, überhaupt Generalisierung sowie den Mut zur Lücke gesetzt zu haben“.<sup>242</sup>

Im klassischen allgemeinen Privatrecht spielen die guten Sitten eine besondere Rolle im Bereicherungsrecht und im Deliktsrecht. Im ersteren wurzelt die „Relevanz der Sittenwidrigkeit“ in der römischen *condictio ob turpem vel iniustam causam*; § 817 BGB, Art 66 OR als auch § 1174 ABGB<sup>243</sup> regeln den Ausschluss der Rückforderung im

---

tig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.“ (§ 7 ABGB)

<sup>239</sup> Vgl Barta 746.

<sup>240</sup> „Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.“ (Art 20 Abs 1 OR)

<sup>241</sup> Vgl Mayer-Maly, Was leisten die guten Sitten? 110.

<sup>242</sup> Vgl Barta 746.

<sup>243</sup> „War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.“ (§ 817 BGB)

„Was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist, kann nicht zurückgefordert werden.“ (Art 66 OR)

„(1) Was jemand wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben hat, kann er nicht wieder zurückfordern. Inwiefern es der Fiskus einzuziehen berechtigt sei, bestimmen die politischen Verordnungen. Ist aber etwas zur Ver-

Zusammenhang der Sittenwidrigkeit.<sup>244</sup> Im Deliktsrecht ortet *Mayer-Maly* trotz der Divergenz der generellen deliktsrechtlichen Konzeptionen eine Konvergenz der einschlägigen rechtlichen Bestimmungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz und führt dies zum Teil auf Rezeptionen, zum Teil auf Sachstrukturen zurück.<sup>245</sup> Als Beispiele dienen § 826 BGB, § 1295 ABGB und Art 41 OR.<sup>246</sup> § 826 BGB zielt darauf ab, für Ersatz zu sorgen, wenn es zu einer vorsätzlichen Schädigung kommt, „die zwar als solche vom Gesetz nicht vertatbestandlich wurde, aber gegen elementare Wertungen – eben die guten Sitten – verstößt“. Aus dieser Intention erklärt sich sowohl die Rede von der Moral in den Materialien zu § 826 BGB als auch die „Anstandsformel“, die zu dieser Vorschrift entwickelt wurde. Das Deliktsrecht des ABGB geht in § 1295 Abs 1 ABGB von einer Generalklausel aus, seit der III. Teilnovelle 1916 beinhaltet aber Abs 2 die Grundzüge des § 826 BGB und fordert für die Annahme von Rechtsmissbrauch bzw Schikane, dass die Rechtsausübung in Schadenzufügungsabsicht erfolgte.<sup>247</sup> Ähnlich verhält es sich im Schweizer OR, dessen Art 41 Abs

hinderung einer unerlaubten Handlung demjenigen, der diese Behandlung begehen wollte, gegeben worden, so findet die Zurückförderung statt. (2) Ein zum Zweck eines verbotenen Spieles gegebenes Darlehen kann nicht zurückgefordert werden.“ (§ 1174 ABGB)

<sup>244</sup> Vgl im Detail *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 112. *Mayer-Maly* sieht die in § 1174 ABGB nicht genannten guten Sitten von der Rechtswidrigkeit „mit umfasst“.

<sup>245</sup> Vgl ebd 113.

<sup>246</sup> „Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“ (§ 826 BGB nach dem gleichen Wortlaut sowohl in der Fassung vom 01.01.1964 als auch in der neuen Fassung vom 02.01.2002.)

„(1) Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. (2) Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen.“ (§ 1295 ABGB)

<sup>247</sup> *Barta* moniert, dass § 1295 Abs 2 ABGB besser in den Zusammenhang des § 1305 ABGB aufgenommen worden wäre. Die neue Rechtsprechung zu § 1295 Abs 2 ABGB nimmt Schikane nicht nur dann an, wenn Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet, sondern „bereits dann, wenn zwischen den Interessen des Handelnden und jenen des Beeinträchtigten ein ‚(ganz) krasses Missverhältnis‘ besteht“. (Vgl *Barta* 754.)

1 eine deliktsrechtliche Generalklausel beinhaltet, „die sich an der Widerrechtlichkeit orientiert und bei Absicht oder Fahrlässigkeit eingreift“, während Abs 2 eine nur bei absichtlicher Schädigung vorgesehene Haftung nach Sittenverstoß normiert.<sup>248</sup>

Für die Nichtigkeitsfolge der §§ 138 Abs 1 BGB, 879 ABGB und Art 20 Abs 1 OR ist auch die Frage subjektiver Voraussetzungen zu klären. Als mögliche Elemente werden *verwerfliche Gesinnung*, *Bewusstsein der Wertung des Geschäfts als sittenwidrig* sowie die *Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Umstände*, auf denen das Sittenwidrigkeitsurteil beruht, genannt.<sup>249</sup> Eine verwerfliche Gesinnung und ein Bewusstsein der Wertung als sittenwidrig scheiden schon deswegen als obligatorisches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal aus, weil andernfalls jene, die die guten Sitten gar nicht erst zur Kenntnis nehmen, wirksam kontrahieren könnten und damit der gänzliche Mangel an „Anstandsgefühl“ belohnt würde. In Bezug auf die Kenntnis der tatsächlichen Umstände ist je nach Einzelfall zu differenzieren.<sup>250</sup> Auf die subjektiven Voraussetzungen kann es sohin nicht ankommen, um die Nichtigkeitsfolge der Sittenwidrigkeitsbestimmungen zu konstituieren. „Subjektive Faktoren können Unbedenkliches bedenklich machen, während Bedenkliches nicht allein wegen des Fehlens subjektiver Voraussetzungen unbedenklich wird.“<sup>251</sup> In einer pluralistischen Gesellschaft, in der die Wertvorstellungen stark differieren, ist es mitunter ein schwieriges Unterfangen, die guten Sitten und damit die Sittenwidrigkeit adäquat zu bestimmen. Die Rechtsprechung orientiert sich an dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ und stellt damit vorrangig auf die Anschauungen des betroffenen Rechtskreises ab.<sup>252</sup> *Mayer-Maly* warnt davor, das Sittenwidrigkeitskalkül monokausal „auf *einen* bestimmten Maßstab – etwa das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denken-

<sup>248</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 113 f und 111 FN 38.

<sup>249</sup> Vgl *Rüßmann*, zit n <http://ruessmann.jura.uni-sb.de/bvr99/Vorlesung/sittenwi.htm>.

<sup>250</sup> Vgl ebd. *Rüßmann* vertritt die Auffassung, dass es auf die Kenntnis der Beteiligten nicht ankommen kann, wenn sich die Sittenwidrigkeit allein aus dem objektiven Geschäftsinhalt ergibt. Anders verhält es sich, wenn sich die Sittenwidrigkeit erst aus dem Geschäftszweck oder sonstigen Umständen ergibt.

<sup>251</sup> Ebd.

<sup>252</sup> Vgl ebd.

den“ einzuschränken, und plädiert für eine Gesamtbeurteilung der Rechtsgeschäfte. Demnach ist es sowohl denkbar, dass eine ganze Reihe von Indizien (Ausnützung von Übermacht, krasses Leistungsmissverhältnis, verwerfliche Gesinnung, übermäßige Freiheitsbeschränkung durch Verträge, Handeln zum Schaden Dritter) Sittenwidrigkeit konstituiert, als auch, dass „das sehr ausgeprägte Auftreten eines einzigen Indikators“ zur Annahme von Sittenwidrigkeit führen kann.<sup>253</sup>

Neben dem klassischen allgemeinen Privatrecht sind es vor allem das internationale Privatrecht, das Wettbewerbsrecht und das Arbeitsrecht, in denen die guten Sitten eine „gesteigerte Bedeutung“ erhalten haben. Die Vorbehaltsklausel des Art 6 EGBGB untersagt die Anwendung einer Rechtsnorm eines anderen Staates, wenn sie im Ergebnis „mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist“, was insbesondere vorliegt, „wenn die Anwendung mit dem Grundrecht unvereinbar ist“. Die guten Sitten werden hier nicht mehr genannt – anders als in der Vorgängernorm Art 30 EGBG, der die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ausgeschlossen hat, wenn diese „gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde“.<sup>254</sup> Als „Abschied von den guten Sitten“ ist die Änderung des Textes dennoch nicht zu interpretieren. Zwar ist ein allfälliges Bewusstsein der Sittenwidrigkeit nach Art 6 EGBGB in concreto nicht relevant<sup>255</sup>, durch die Genese dieser Gesetzesnorm und den Charakter der Generalklausel bilden die guten Sitten aber einen Erkenntnishorizont für Art 6 EGBGB. In Österreich ist die Vorbehaltsklausel in § 6 IPR geregelt. Demnach ist die Bestimmung eines fremden Rechts dann nicht anzuwenden, wenn dies im Ergebnis „mit den Grundwerten der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar“ ist. Auch diese Norm stellt in ihrem Wortlaut nicht mehr auf die guten Sitten ab, ohne sich damit aber von diesen zu verabschieden, zumal die guten Sitten wesentlich die Grundwerte

---

<sup>253</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts 597 unter Bezugnahme auf *Walter Wilburg* und seinen Schülerkreis.

<sup>254</sup> Zit n. *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 114.

<sup>255</sup> Vgl. ebd. 114 f.

bestimmen.<sup>256</sup> In der Schweiz erklärt Art 17 schwBG über das Internationale Privatrecht 18.12.1987 BBl 1988 I 5-60 die Anwendung von Normen eines ausländischen Rechts unter der Voraussetzung für ausgeschlossen, wenn sie im Ergebnis mit dem *ordre public* der Schweiz unvereinbar ist. Die Konkretisierung dessen, was dem Schweizer *ordre public* entspricht, überlässt das Gesetz dem Interpreten, der zur Erfüllung dieser Aufgabe ohne Heranziehung der guten Sitten kaum auskommen dürfte.<sup>257</sup> Als Resultat dieser Überlegungen nennt *Mayer-Maly* für die internationalprivatrechtliche Relevanz der guten Sitten zwei Funktionen. Einerseits zielen sie auf die „Eliminierung nicht geltungswürdiger Regelungen“ und sind daher § 138 BGB, § 879 ABGB und Art 20 Abs 1 OR „nicht unähnlich“. Andererseits „verleihen sie ‚Grundwerten‘ oder ‚wesentlichen Grundsätzen‘ einer Rechtsordnung gegenüber sonst anzuwendenden Vorschriften eine übergeordnete Bedeutung“, auch wenn sie im Wortlaut der angeführten Gesetzesstellen zum IPR nicht (mehr) aufscheinen.<sup>258</sup>

Große praktische Bedeutung kommt jenen Normen zu, die sich unter Berufung auf die guten Sitten gegen sittenwidrigen Wettbewerb richten. In Deutschland und Österreich ist es jeweils § 1 UWG<sup>259</sup>, der im Blick auf das Wettbewerbsrecht diesem eine Generalklausel voranstellt, die es an die guten Sitten bindet. Die Generalklausel erfasst jedes gegen die guten Sitten verstoßende Verhalten im Wettbewerb und kommt dann zur Anwendung, wenn das sittenwidrige Wettbewerbsverhalten nicht einem der Sondertatbestände zu subsumieren ist. Die

---

<sup>256</sup> *Mayer-Maly* geht einen Schritt weiter und will die Grundwerte mit den guten Sitten „eher identifizieren“. (Vgl ebd 115.)

<sup>257</sup> Vgl ebd.

<sup>258</sup> Vgl ebd.

<sup>259</sup> „Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden.“ (Gleicher Wortlaut im deutschen und österreichischen § 1 UWG) Der gleiche Wortlaut ergibt sich aus der Rezeption des § 1 dtUWG 1909, den der österreichische Gesetzgeber als Generalklausel den Sondertatbeständen des österreichischen UWG 26.09.1923 BGBl 531 vorangestellt hat. Zwischen 1940 und 1947 galt in Österreich deutsches Wettbewerbsrecht, mit dem Wettbewerbs-Überleitungsgesetz 1947 wurde das österreichische Wettbewerbsrecht in der am 13.03.1938 geltenden Fassung wieder hergestellt. (Vgl *Fitz/Gamerith*, Wettbewerbsrecht. Wien oJ, 9.)

umfangreiche Wettbewerbsrechtsprechung hat dazu geführt, Fallgruppen mit Unlauterkeitsmerkmalen zu bilden, deren wesentlichen Kategorien *Kundenfang*, *Behinderung*, *Ausbeutung* und *Rechtsbruch* sind.<sup>260</sup> Obwohl er die Methode der Fallgruppenbildung positiv beurteilt, verweist *Mayer-Maly* doch auf die fundamentale Bedeutung der Generalklausel. „Alle Fallgruppenbildung kann nichts daran ändern, dass neuartige Problemstellungen zum direkten Rückgriff auf die Generalklausel nötigen.“<sup>261</sup> In der Schweiz, in deren Gesetzestexten besonders oft von den guten Sitten die Rede ist<sup>262</sup>, werden diese im Wortlaut des Schweizer UWG 1986 nicht genannt. Art 2 schwUWG bezeichnet als „unlauter und widerrechtlich“ aber „jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst“. Art 2 schwUWG ist das Pendant zu den §§ 1 des österreichischen und deutschen UWG und ebenso als Generalklausel – die Überschrift zu Art 2 lautet *Grundsatz* - konzipiert. Auch wenn sich eine Identifizierung von Treu und Glauben mit den guten Sitten nach den in der Schweiz vorherrschenden Anschauungen verbietet, bewegt sich „die Vorstellung von Treu und Glauben“ doch „innerhalb des Bezirks, den die guten Sitten abstecken“.<sup>263</sup>

Die Schutzgesetzgebung ist ein weiterer großer Bereich, in dem die guten Sitten eine große Rolle spielen. Doch werden sie aufgrund dessen, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich vielfach direkt jene Normen festlegt, die seinen Schutzvorstellungen entsprechen, selten beim Namen genannt. Die guten Sitten sind in diesem Bereich durch den Gesetzgeber in einer Vielzahl von gesetzlichen Normen konkretisiert, besonders im Arbeitsrecht, im Konsumenten- und Mutterschutz und im Mietrecht. Wird dennoch auch im Wortlaut auf sie Bezug genommen, wird die Bedeutung, die der Gesetzgeber der Norm beimisst,

---

<sup>260</sup> Vgl. *Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 17 1993, ähnlich für Österreich *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht II<sup>2</sup>, 1987, 181 ff.

<sup>261</sup> *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 117.

<sup>262</sup> Vgl. ebd. 116 unter Bezugnahme auf *Zufferey-Werro* (FN 65).

<sup>263</sup> Vgl. ebd. unter Bezugnahme auf *Zeller* (FN 66).

besonders hervorgehoben. So wird zB durch § 13 Abs 2 dtKSchG<sup>264</sup> eine Kündigung für nichtig erklärt, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt.<sup>265</sup> Das Arbeitsrecht nimmt in der Schutzgesetzgebung eine dominante Rolle ein, weil es wegen der großen Zahl an Normunterworfenen und der Vielfältigkeit der Regelungsbereiche eine ganze Reihe von Gesetzen umfasst und in den letzten hundert Jahren ein „immer engmaschiger gewordenes Regelungsgeflecht“ zum „Schutz der Arbeitnehmer in ihrer schwächeren Position“ gegenüber den Arbeitgebern hervorgebracht hat. Durch die Heranziehung der guten Sitten sollen einerseits Missbräuche der Übermacht korrigiert werden, andererseits erübrigt sich durch die Leistungsfähigkeit dieser Generalklausel eine überschießende Kasuistik, die antizipativ alle erdenklichen Fälle einer Regelung zuführen will.<sup>266</sup>

Zum Schutz des wirtschaftlich Schwächeren ist auch § 765 a dtZPO<sup>267</sup> im Kontext der guten Sitten konzipiert, indem ein Vollstreckungsschutz gewährt wird, wenn die Maßnahme eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist. Von „erheblicher grundsätzlicher Bedeutung“ ist das „Gemeinsame Protokoll über Leitsätze“ als Teil des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland

---

<sup>264</sup> „Verstößt eine Kündigung gegen die guten Sitten, so finden die Vorschriften des § 9 Abs 1 S 1 und Abs 2 und der §§ 10 bis 12 entsprechende Anwendung.“ (§ 13 Abs 2 dtKSchG)

<sup>265</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 118.

<sup>266</sup> Vgl. ebd 159 und 161. *Mayer-Maly* bezeichnet die ältere österreichische Arbeitsrechtsprechung, die ohne Rückgriff auf die guten Sitten auszukommen glaubte, als verfehlt, da der „durchaus legitime Einfallsreichtum von Arbeitgebern, die mehr betriebswirtschaftlichen Erfolg anstreben, der Schutzgesetzgebung stets einen Schritt voraus“ sein werde und schon von daher der Rückgriff auf die Generalklausel unerlässlich und offen zu halten ist. (Vgl. ebd 162 unter Hinweis auch auf *Floretta* und *Strasser*, FN 276) Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen, zumal die guten Sitten in diesem oft die Existenz des Menschen betreffenden Bereich in engem Zusammenhang mit dem Menschen als Person und damit im Kontext der Menschenwürde zu sehen sind.

<sup>267</sup> „Auf Antrag des Schuldners kann das Vollstreckungsgericht eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung ganz oder teilweise aufheben, untersagen oder einstweilen einstellen, wenn die Maßnahme unter voller Würdigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers wegen ganz besonderer Umstände eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist.“ (§ 765 a 1. Satz dtZPO)

und der Deutschen Demokratischen Republik<sup>268</sup>, in dem unter A I 2 erklärt wird, „dass Vorschriften, die auf die sozialistische Gesetzlichkeit, die sozialistische Staats- und Gesellschaftsordnung, die Vorgaben und Ziele zentraler Leitung und Planung der Volkswirtschaft, das sozialistische Rechtsbewusstsein, die sozialistischen Anschauungen, die Anschauungen einzelner Bevölkerungsgruppen oder Parteien, die sozialistische Moral oder vergleichbare Begriffe verpflichten, nicht mehr angewendet werden“.<sup>269</sup> Weiter wörtlich: „Die Rechte und Pflichten der am Rechtsverkehr Beteiligten finden ihre Schranken in den guten Sitten, dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Schutz des wirtschaftlich schwächeren Vertragsteils vor unangemessener Benachteiligung.“<sup>270</sup> Es ist beachtlich, dass für Völkerrechtssubjekte mit so unterschiedlicher weltanschaulicher Prägung die guten Sitten und der Grundsatz von Treu und Glauben eine derart Konsens stiftende Kraft haben. Das Beispiel zeigt, dass die guten Sitten nicht nur in der klassischen Schutzgesetzgebung wie im Arbeitsrecht, Konsumentenschutz, Mutterschutz und Mietrecht von fundamentaler Bedeutung sind, sondern auch im Makrobereich des Völkerrechts, wo ebenso der Schwächere vor unangemessener Benachteiligung geschützt wird.

Mit der öffentlichen Ordnung stehen die guten Sitten in einer dynamischen Wechselbeziehung, auch wenn bzw gerade weil die Fundstellen in den Gesetzestexten in ihrer Genese sehr unterschiedlich sind. In der Schweiz nennt Art 19 Abs 2 OR gute Sitten und öffentliche Ordnung nebeneinander und erklärt von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen „nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten

<sup>268</sup> BGBl 1990 II S 5645 bzw 547.

<sup>269</sup> Zit n *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 130.

<sup>270</sup> Ebd. Zwar wird diese Derogation nicht in den Einigungsvertrag selbst aufgenommen – dessen Art 9 bindet die Fortgeltung von DDR-Recht nur an die Vereinbarkeit mit dem GG, dem unmittelbar geltenden Recht der Europäischen Gemeinschaft und dem Einigungsvertrag –, die „Ersetzung der sozialistischen Moral durch die guten Sitten“ wird jedoch in der Kommentarliteratur festgehalten (Vgl ebd 130 f.) und ist für die Genese des Einigungsvertrages und dessen Verständnis sowie das des GG von großer Bedeutung.

Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schließt“.<sup>271</sup> Die öffentliche Ordnung im eidgenössischen Verständnis folgt den Art 6 und 1133 Code civil und ist als „Inbegriff der Wertungsprinzipien“ zu verstehen, „die gesetzlich nicht explizit normiert oder doch nicht ausreichend deutlich konkretisiert“ sind. *Mayer-Maly* ortet im Versuch, gute Sitten und öffentliche Ordnung scharf voneinander zu trennen, geradezu eine Unmöglichkeit.<sup>272</sup> „Was sittenwidrig ist, widerspricht in vielen Fällen auch der öffentlichen Ordnung. Andererseits sind viele Verstöße gegen die öffentliche Ordnung auch sittenwidrig.“<sup>273</sup> Aus dem Umstand, dass zwischen guten Sitten und öffentlicher Ordnung kaum Gegensätze ausgemacht werden können, lässt es sich auch erklären, dass die in Art 20 Abs 1 OR<sup>274</sup> genannten Gründe für eine Vertragsnichtigkeit ohne Erwähnung der öffentlichen Ordnung auskommt und sich auf die Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit und den Verstoß gegen die guten Sitten beschränkt.<sup>275</sup> Die gemeinsame Nennung von öffentlicher Ordnung und guten Sitten findet sich im Schweizer Recht an mehreren Stellen<sup>276</sup>. Die Schweizer Bundesverfassung 1874, in der in Art 50 Abs 1 Sittlichkeit und öffentliche Ordnung als Grenzen der freien Religionsausübung normiert waren<sup>277</sup>, ist mit dem Bundesbeschluss vom 18.12.1998 zur neuen Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft außer Kraft gesetzt worden. Ein Äquivalent zu Art 50 Abs 1 BV 1874 ist in Art 72 Abs 2 BV 1999 zu erblicken, in dem Sittlichkeit und öffentliche Ordnung nicht mehr im Wortlaut aufscheinen, dafür aber Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeit ermächtigt werden, Maßnahmen zu treffen zur „Wahrung des öffentlichen Friedens zwischen den Angehörigen der verschiedenen Religionsgemeinschaften“.<sup>278</sup> Die „Wahrung des öffentlichen Friedens“

---

<sup>271</sup> Vgl oben FN 226.

<sup>272</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 127.

<sup>273</sup> Ebd.

<sup>274</sup> Vgl oben FN 240.

<sup>275</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 127.

<sup>276</sup> Vgl ebd. mit einer Auflistung der Fundstellen.

<sup>277</sup> Vgl ebd.

<sup>278</sup> „Bund und Kantone können im Rahmen ihrer Zuständigkeit Massnahmen treffen zur Wahrung des öffentlichen Friedens zwischen den Angehörigen der verschiedenen Religionsgemeinschaften.“ (Art 72 Abs 2 BV 1999)

ist als eine Konkretisierung dessen zu werten, was zuvor mit Sittlichkeit und öffentlicher Ordnung bezeichnet worden ist. Während Art 50 Abs 1 BV 1874 jedoch allgemein formuliert war, stellt die Ermächtigung in Art 72 Abs 2 BV 1999 auf die Wahrung des öffentlichen Friedens zwischen Angehöriger *verschiedener* Religionsgemeinschaften ab. Der Schweizer Verfassungsgesetzgeber hat damit einer veränderten gesellschaftlichen Situation Rechnung getragen, die 1874 offensichtlich kein verfassungsrechtlich regelungsbedürftiges Thema war.<sup>279</sup>

In Österreich findet man das Nebeneinander von guten Sitten und öffentlicher Ordnung viel seltener. Dem Schweizer Art 50 Abs 1 BV 1874 entsprechend nennt der Staatsvertrag von St. Germain in Art 63 Abs 2 gute Sitten und öffentliche Ordnung als Schranken der Religionsausübung<sup>280</sup> und derogiert damit, ebenso wie Art 9 EMRK, dem Art 16 StGG, der den Anhängern der nicht anerkannten Religionen nur das Recht der *häuslichen* Religionsausübung zugesteht.<sup>281</sup> Ein aktuelles Beispiel in diesem Kontext ist das Schächten von Tieren, das bei Juden und Muslimen rituell determiniert und in der Regel unabdingbar ist, während in der säkularisierten Gesellschaft Mitteleuropas das Schächten mehrheitlich als atavistisch und als Tierquälerei empfunden wird.<sup>282</sup> Weitere österreichische Fundstellen für das Nebenein-

<sup>279</sup> Es kann in diesem Rahmen nicht beurteilt werden, ob und inwiefern dem eidgenössischen Verfassungsgesetzgeber für Art 72 Abs 2 BV 1999 mehr die Änderung des Religionszugehörigkeitsgefüges durch Immigranten und Gastarbeiter muslimischen Bekenntnisses Ende des 20. Jahrhunderts ausschlaggebend waren oder das historische Bewusstsein der Religionskriege in der Folge der Reformation, die in der Schweiz des 16. Jahrhunderts durch *Calvin* und *Zwingli* sowie durch die Maßnahmen der Gegenreformation eine zentrale Rolle gespielt hat. (Vgl Brockhaus 19, 659 f.)

<sup>280</sup> „Alle Einwohner Österreichs haben das Recht, öffentlich oder privat jede Art Glauben, Religion oder Bekenntnis frei zu üben, sofern deren Übung nicht mit der öffentlichen Ordnung oder mit den guten Sitten unvereinbar ist.“ (Art 63 Abs 2 StVStGermain)

<sup>281</sup> Vgl dazu *Walter/Mayer* Rz 1442.

<sup>282</sup> Vgl *Auer*, Verfassung und Strafrecht 126-133. 1997 hat der OGH Urteile erster und zweiter Instanz, in denen das Schächten als Tierquälerei iSd § 222 öStGB qualifiziert wurde, kassiert und das rituelle Schächten dem verfassungsrechtlichen Schutzbereich der Religionsfreiheit zugeordnet. (Vgl EvBl 1996, 670 f.) Zwei Jahre später schloss sich der VfGH fast wörtlich dieser Auffassung an, als er in einem sehr ähnlichen Fall über eine Beschwerde gemäß Art 144 B-VG gegen einen Bescheid des UVS des Landes Vorarlberg wegen Verletzung des Vorarlberger Tierschutzgesetzes zu Recht erkennen musste. (Vgl VfGH 17.12.1998, B 3028/97.) Der OGH stellte wie gleichermaßen auch der VfGH auf

ander von guten Sitten und öffentlicher Ordnung sind Art 53 des von Österreich ratifizierten Europäischen Patentübereinkommens, Art V eines zwischen Österreich und den USA am 27.05.1931 abgeschlossenen Freundschaftsvertrages sowie in den Art 3 und 15 d des Vertrages zwischen Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein über die Vollstreckung von Unterhaltstiteln (öBGBI 1968/99).<sup>283</sup> In Deutschland gibt es das Nebeneinander von guten Sitten und öffentlicher Ordnung durch die Derogation von Art 30 EGBGB nicht mehr. Die Neufassung der Vorbehaltsklausel in Art 6 EGBGB stellt auf die Unvereinbarkeit mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, im besonderen des GG, ab. „Man stößt nun in allen zitierten Vorschriften weder auf die öffentliche Ordnung noch auf die guten Sitten. Dennoch wird niemand behaupten wollen, dem Gedanken der öffentlichen Ordnung komme fürderhin im deutschen Recht keine Bedeutung mehr zu.“<sup>284</sup> Zu recht zieht *Mayer-Maly* aus diesem Befund die Schlussfolgerung, dass bei der Prüfung, ob etwas mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts vereinbar ist, die öffentliche Ordnung „mitgedacht“ werden muss.<sup>285</sup>

Nicht zuletzt stehen die guten Sitten sowohl in einem Verhältnis zum Beurteilungsmaßstab der Rechtswidrigkeit als auch der Ethik.

---

den Islam als anerkannte Religionsgemeinschaft ab und klassifizierte unter Bezugnahme auf ein hundert Jahre altes VwGH-Erkenntnis, das die Nichtgestattung der rituellen Schächtung von Tieren im israelitischen Kultus als „Beeinträchtigung der verfassungsgemäß gewährleisteten Glaubens- und Gewissensfreiheit“ bezeichnet (VwGH 10.666/1897, VwGH 5248/A/1907), das Schächten von Tieren „für die Angehörigen der israelitischen als auch der islamischen Glaubensgemeinschaft“ als „Akt der Religionsausübung“, der „nicht als unsittlich“ zu werten sei und der dem Interesse der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer nicht entgegenstehe. (Vgl EvBl 1966, 671.) Noch deutlicher der VfGH: „Das Schächten ... ist daher weder mit der öffentlichen Ordnung noch mit den guten Sitten unvereinbar.“ (Ebd.) Nicht zuletzt wegen der großen Diskrepanz zwischen der öffentlichen Meinung und den angeführten höchstgerichtlichen Erkenntnissen ist in Österreich ein Bundestierschutzgesetz ausgearbeitet worden, das vom Nationalrat am 27.05.2004 mit den Stimmen aller im Parlament vertretenen Parteien beschlossen worden ist. Darin ist das Schächten zwar erlaubt, aber nur in bestimmten Schlachthöfen und nur unter Betäubung der Tiere unmittelbar nach dem Schnitt. (Zum Zeitpunkt der Abfassung dieser Zeilen stand noch keine zitierfähige Ausgabe des Gesetzestextes zur Verfügung.)

<sup>283</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 128.

<sup>284</sup> Ebd.

<sup>285</sup> Vgl ebd.

Vielfach wird Sittenwidrigkeit als „qualifizierte, offenbare oder gar gewöhnliche Rechtswidrigkeit“ dargelegt.<sup>286</sup> Während im schweizerischen Recht „Sittenverstoß häufiger neben die Rechtswidrigkeit als solche gestellt“ wird, zB in Art 20 Abs 1 OR<sup>287</sup> oder Art 41 OR, dessen 1. Absatz die deliktische Haftung entweder aus schuldhafter oder widerrechtlicher Schadenszufügung ableitet, im 2. Absatz jedoch auf absichtliche, gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung abstellt<sup>288</sup>, steht die Sittenwidrigkeit in Deutschland und Österreich, besonders in den §§ 134, 138 BGB und § 879 ABGB, im Kontext des Verstoßes gegen zwingendes Recht.<sup>289</sup> Sittenwidrigkeit indiziert daher in jedem Fall Rechtswidrigkeit, nicht aber umgekehrt. Daraus die These abzuleiten, dass das Sittenwidrigkeitssurteil aus dem Recht gewonnen werde<sup>290</sup>, ist nur bedingt zulässig, wenn Recht nicht auf ein etatistisch positiviertes Rechtsverständnis reduziert wird. Damit stellt sich wiederum die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Ethik – im Kontext der guten Sitten.

Wenn Recht als „Entsprechung von Sollen und Sein“<sup>291</sup> charakterisiert wird oder als „Brücke zwischen Sein und Sollen“<sup>292</sup>, dann trifft diese Vermittlung von Ethik und Recht für die guten Sitten besonders

---

<sup>286</sup> Vgl ebd 128 FN 110-112.

<sup>287</sup> Vgl oben FN 240.

<sup>288</sup> „(1) Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet. (2) Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt.“ (Art 41 OR)

<sup>289</sup> Vgl oben FN 234, 236. „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“ (§ 134 BGB)

<sup>290</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 174 f. unter Bezugnahme auf *Krejci* in Rummel I<sup>2</sup> (1990) Rz 56 zu § 879 ABGB. Vgl auch *Koziol/Welser* I 146, wo referiert wird, dass die guten Sitten mit dem ungeschriebenen Recht gleichgesetzt werden, „zu dem die allgemeinen Rechtsgrundsätze, nach überwiegender Meinung aber nicht die allgemein anerkannten Normen der Moral gehören“. Interessanterweise werden zur Stützung dieser These auch jene Autoren und Erkenntnisse zitiert, die sich auf die deutsche Anstandsformel beziehen. *Mayer-Maly* verweist darauf, dass *Koziol/Welser* noch in der 6. Auflage (1983) ihres Grundrisses des bürgerlichen Rechts auf die „allgemein anerkannten Normen der Moral“ Bezug genommen haben. (Vgl *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 174 FN 331.)

<sup>291</sup> Vgl *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 137.

<sup>292</sup> *Bodenheimer*, zit n ebd.

zu.<sup>293</sup> Schon von dieser Funktion her ist es nicht möglich, die guten Sitten unilateral zu konkretisieren, weder durch das positive Recht noch durch außerrechtliche Sollensordnungen allein. Hat *Radbruch* die Vergeblichkeit aller Versuche postuliert, Recht und Sitte begrifflich voneinander abzugrenzen<sup>294</sup>, so trifft dies für das Verhältnis von guten Sitten und Ethik noch viel mehr zu. Um zu einer sachgerechten Erfassung des Verhältnisses von guten Sitten und Ethik zu kommen, ist es daher unerlässlich, die Dogmen der über Jahrzehnte geführten Auseinandersetzung zwischen den Erscheinungsformen des Rechtspositivismus mit seinen Trennungsthesen auf der einen und dessen nur teilweise naturrechtlich orientierten Kritikern auf der anderen Seite<sup>295</sup> zu überwinden und den Blick zwischen positivem Recht und außerrechtlichen Sollensordnungen hin- und herwandern zu lassen. Dieser dialektische Prozess heuristisch-hermeneutischer Prägung „vermittelt die verschiedenen Sollensordnungen, deren Kontakte die gesellschaftliche Wirklichkeit unabhängig von allen Abstraktionsversuchen prägen“, und ermöglicht eine realistische Jurisprudenz.<sup>296</sup> Derart ist Rechtsfindung „nicht einfach nur ein passiver Akt der Subsumtion, sondern ein gestaltender Akt, in den der Rechtsfindende mit eingeeht“. *Kaufmann* zieht daraus die treffende Schlussfolgerung, dass „alles Recht *Verhältnischarakter*“ hat.<sup>297</sup> „Recht ist etwas Relationales, es besteht in den Beziehungen der Menschen untereinander und zu den Dingen.“<sup>298</sup> Sind damit aber angesichts des Wertpluralismus der modernen Sozietäten nicht einem schrankenlosen Relativismus Tür und Tor geöffnet? Keineswegs. Denn das hermeneutische Denken, das den dialektischen Prozess im Verhältnis von Recht und außerrechtlichen Sollensordnungen wesentlich mitbestimmt, ist „keine Hinwendung zum Subjektivismus“, sondern es „lebt aus dem ‚Erbe‘ der *Tradition* als dem ‚gemeinsamen Boden der öffentlichen Welt, auf dem wir ste-

<sup>293</sup> Vgl dazu auch oben 2.2.2.

<sup>294</sup> Vgl *Radbruch*, Rechtsphilosophie 50.

<sup>295</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 175.

<sup>296</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts 599. „Gegenüber beiden Trennungsthesen halte ich dafür, dass des Gedankens Schärfe die Wirklichkeit verfehlt.“ (Ebd.)

<sup>297</sup> Vgl *Kaufmann* in *Kaufmann/Hassemer* 123.

<sup>298</sup> Ebd.

hen', dem ‚gesicherten Bestand der öffentlichen Einsichten, aus dem wir leben‘<sup>299</sup>, den Grund- und Freiheitsrechten, den Menschenrechten.<sup>300</sup> Auch der Rekurs auf die Rechtsidee mit ihren Komponenten: Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit<sup>301</sup> vermag im Kontext der Rechtsgewinnung die These von der Vermittlung zwischen Recht und Ethik gut zu untermauern. Gerade im Zusammenhang mit Fragen der Gerechtigkeit ‚spielt die Bewertung von menschlichem Verhalten als gut oder schlecht eine unverzichtbare Rolle‘. Und angesichts vielfältiger Formen von Kriminalität und deren Vorstufen im Bereich von Politik und Wirtschaft, von Amtsmissbrauch und zwielichtigen Machenschaften, von Organ- und Menschenhandel usw. erhält ‚die belächelte Formel vom Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden‘ in der Tat einen neuen Stellenwert.<sup>302</sup> Die Konkretisierung der guten Sitten hängt sowohl von ihrem jeweiligen ethischen Gehalt, zB im Sinne der Anstandsformel, als auch von der Funktion der Rechtsnormen ab, die auf die guten Sitten abstellen. *Bydlinski* postuliert ebenso die Sinnhaftigkeit dieser synkretistischen Vorgangsweise, wenn er feststellt, dass es bei der Konkretisierung der guten Sitten in vielen Fällen ‚möglich und hilfreich‘ ist, einen ‚innerrechtlichen‘ Ansatz zu benutzen und gleichzeitig ethische Bezüge der guten Sitten zu berücksichtigen.<sup>303</sup>

An den Schluss über die Ausführungen über die guten Sitten sei ein Zitat gesetzt, dessen Treffsicherheit wohl kaum zu überbieten ist. *Mayer-Maly* beendet seine Semesterantrittsvorlesung an der Universi-

<sup>299</sup> Vgl ebd unter Zugrundelegung von *Maihofer*.

<sup>300</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts 599. *Mayer-Maly* hält dem Pluralismus-Argument, das allseits anerkannte Wertordnungen in der gegenwärtigen Gesellschaft in Abrede stellt und die allgemeine Anerkennung auf jene Regeln reduziert, die als verbindlich für die ganze Gesellschaft festgesetzt sind, entgegen, dass eine Rechtsgemeinschaft, die Aussicht auf Bestand haben will, ‚mehr an gemeinsamen Werten anerkennen‘ muss ‚als nur die Spielregeln der Mehrheitsbildung‘ und nennt zur Konkretisierung die Grundrechte. Er betont, dass dieser ‚Grundkonsens aber nicht im Kodex einer religiös oder sonst wie weltanschaulich formierten Gruppe‘ gesucht werden kann. Vielmehr sei jene ‚Allerweltsethik‘ zu befragen, ‚die einigermaßen anständigen Menschen gemeinsam ist‘.

<sup>301</sup> Vgl ebd; *Bydlinski*, Themenschwerpunkte 369; *Radbruch*, Rechtsphilosophie 54 ff.; *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 154.

<sup>302</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts 599.

<sup>303</sup> Vgl *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten? 175.

tät Bonn über die guten Sitten als Maßstab des Rechts mit den Worten: „In der rechtlichen Relevanz der guten Sitten manifestiert sich ... die unentrinnbare Wertungsabhängigkeit des Rechts. Weil Recht nur zu einem bescheidenen Teil eine Art von Gesellschaftstechnik, in der Hauptsache aber Niederschlag einer sittlichen Bewertung menschlichen Verhaltens ist, liegt es für Rechtsordnungen immer nahe, direkt bei ihren Wertungsgrundlagen anzuknüpfen. Das ist die eigentliche Funktion jener Rechtsnormen, die von den guten Sitten sprechen.“<sup>304</sup> Dem ist nichts hinzuzufügen.

#### 2.2.4.3 Treu und Glauben

Eine weitere auf die Welt der Werte bezogene Generalklausel ist die von *Treu und Glauben*. Ebenso wie auf die guten Sitten ist die praktische Jurisprudenz auch auf diese normative Größe und in ihrer Konkretisierung auf eine Sollensordnung angewiesen, die den Rahmen des positiven Rechts sprengt. Rechtshistorisch geht der Grundsatz von Treu und Glauben auf die römischrechtliche *exceptio doli*, die Einrede der Arglist, zurück, die aber in den Grundzügen schon in der Nikomachischen Ethik des *Aristoteles* vorkommt<sup>305</sup>, wo das Gerechte als das Proportionale, das Ungerechte als Verstoß gegen die Proportionalität verstanden wird.<sup>306</sup> *Gschnitzer* sprach vom Grundsatz von Treu und Glauben als der „Zwillingsschwester“ der „Gute-Sitten-Klausel“<sup>307</sup>, *Barta* postuliert, dass Treu und Glauben über die Sittenwidrigkeit und das Schikaneverbot hinausreichen und für diese eine komplementäre Funktion haben.<sup>308</sup>

In Deutschland findet sich die schuldrechtliche Generalklausel von Treu und Glauben in § 242 BGB. Demnach ist der Schuldner verpflichtet, „die Leistung so zu bewirken, „wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“ Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte sind aber nicht nur im Schuldrecht, sondern auch für die Vertragsauslegung von entscheidender Bedeutung. § 157

---

<sup>304</sup> *Mayer-Maly*, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts 600.

<sup>305</sup> Vgl. *Barta* 753.

<sup>306</sup> Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik V 7, 210 Rz 18-19.

<sup>307</sup> Vgl. *Barta* 752.

<sup>308</sup> Vgl. ebd. 753.

BGB normiert, dass Verträge so auszulegen sind, „wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“. Für das Verständnis von Treu und Glauben wird nach hM und ständiger Rechtsprechung die gedachte Maßfigur des redlich und anständig denkenden und handelnden Menschen herangezogen, determiniert im Wortlaut des Gesetzes lediglich durch die „Verkehrssitte“, unter der man die im Verkehr der beteiligten Kreise herrschende tatsächliche Übung versteht. Die gesetzliche Formulierung in den §§ 157 und 242 BGB ist „bewusst weiter und allgemeiner“ gefasst, „um eine möglichst effektive und flexible Anwendung in der Rechtspraxis zu gewährleisten“.<sup>309</sup> Rechtsanwender werden damit in die Lage versetzt, „unerwünschte rechtliche Ergebnisse“ schon im Einzelfall korrigieren zu können.<sup>310</sup> „Der Gesetzgeber delegiert mit einer Generalklausel einen Teil der Rechtssetzungsmacht an den Rechtsanwender, der im Einzelfall unter Zugrundelegung der in der Generalklausel allgemein umschriebenen Wertungen festzustellen hat, ob ein von einer Partei gewünschtes oder erzielttes rechtliches Ergebnis den von der Rechtsordnung statuierten Grundwertungen entspricht oder nicht.“<sup>311</sup> Diese auf Generalklauseln bezogene Definition trifft auch auf den Grundsatz von Treu und Glauben zu, der vor allem im Schuldrecht von Bedeutung ist. Dies wird durch jene Gesetzesstellen des BGB verdeutlicht, die einen Verweis auf den schuldrechtlich orientierten Treu-und-Glauben-Grundsatz des § 242 BGB beinhalten. So § 162 BGB (Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintrittes), § 275 Abs 2 BGB (Ausschluss der Leistungspflicht), § 320 Abs 2 BGB (Einrede des nicht erfüllten Vertrages) oder § 815 BGB (Nichteintritt des Erfolgs). In Zusammenhang mit der Verletzung von Treu und Glauben muss aber auch § 226 BGB (Schikaneverbot) genannt werden, obwohl der Bezug nicht im Wortlaut aufscheint.<sup>312</sup> In all diesen Normen wird durch den direkten oder indirekten Verweis auf Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte das „Gebot der Fairness im Rechtsverkehr“

---

<sup>309</sup> Vgl ebd 750.

<sup>310</sup> Vgl ebd.

<sup>311</sup> Ebd 750 f.

<sup>312</sup> „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.“ (§ 226 BGB)

als eine grundlegende Norm festgehalten<sup>313</sup>, die dem Rechtsanwender nicht nur die Korrektur unerwünschter rechtlicher Ergebnisse in dem Sinn ermöglicht, dass die Grundwertungen der Rechtsordnung auch im Einzelfall gewahrt bleiben, sondern den Normunterworfenen und den am Rechtsverkehr Beteiligten auch die rechtsethische Modalität vorgeben, *wie* sie zu agieren haben, nämlich fair. Die sehr umfangreiche Rechtssprechung und die Judikaturregeln der Kommentare zu § 242 BGB zeigen, wie sehr die Rechtspraxis auf den Grundsatz von Treu und Glauben angewiesen ist und in wie vielen unterschiedlichen Bereichen diese Grundnorm zur Anwendung kommt.<sup>314</sup>

In Österreich beinhaltet das ABGB keine ausdrückliche Treu-und-Glauben-Klausel. Sehr wohl aber war davon noch im Codex Theresianus III 2 Num 172 die Rede: „Bei allen Verträgen muss vornehmlich auf Treu und guten Glauben gesehen, ... werden.“<sup>315</sup> Ungeachtet dessen, dass Treu und Glauben nicht im Wortlaut des ABGB aufscheinen, ist dieser Grundsatz dennoch im Sinne des Schutzes als auch der reziproken, aber unterschiedlichen Pflichten der Vertragspartner verschiedenen Normen des ABGB inhärent, so zB § 932 Abs 2 ABGB (Gewährleistung), § 928 ABGB (offenkundige Mängel), § 1299 (Sorgfaltsmaßstab).<sup>316</sup> Auch § 863 Abs 2 ABGB hält die Normunterworfenen – hortativ formuliert – an, „auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche“ Rücksicht zu nehmen.<sup>317</sup> Gleichermaßen bezieht sich § 914 ABGB, der das österreichische Äquivalent zu § 157 BGB darstellt, durch die Bezugnahme auf die Er-

<sup>313</sup> Vgl Reuter in Bydlinski/Mayer-Maly 123. Reuter stellt die These auf, dass ein auf Freiheitsethik gegründetes Privatrecht das Gebot der Fairness geradezu fordert.

<sup>314</sup> Bydlinski spricht in Bezug auf § 242 BGB von „bedenklichen Übertreibungen“ und führt diese rechtshistorisch gut nachvollziehbar auf den Mangel „einigermaßen geklärter ‚außerpositiver‘ Grundlagen“ für die praktische Jurisprudenz zurück. Die umfangreichen Kommentare zu § 242 BGB belegen „bereits ein gewaltiges eigenes, mit der sonstigen Rechtsordnung manchmal kaum mehr erkennbar verbundenes System“. (Vgl Bydlinski, Themenschwerpunkte 365 f. FN 24.)

<sup>315</sup> Vgl und zit n Barta 753.

<sup>316</sup> Barta verweist darauf, dass diese Einsichten wiederum von den alten Griechen stammen und schon von Demosthenes und Aristoteles formuliert worden sind. (Vgl ebd.)

<sup>317</sup> „In Bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.“ (§ 863 Abs 2 ABGB)

forschung der Absicht der Parteien und den redlichen Verkehr auf die bona fides.<sup>318</sup> Im Bereich von Dienst- und Werkvertrag erscheint die spezielle Fürsorgepflicht als „Unterfall der aus Treu und Glauben abzuleitenden allgemeinen Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten“.<sup>319</sup>

In der Rechtsprechung gibt es direkte und indirekte Bezugnahmen auf Treu und Glauben.<sup>320</sup> Ein gutes Beispiel ist SZ 51/103 (1978): „Der rechtsgeschäftliche Verkehr darf nicht dazu missbraucht werden, einen anderen hineinzulegen, sondern soll sich ehrlich abspielen. Auch die Erfüllung von Verträgen [und nicht nur ihr Abschluss!] hat nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu geschehen. Der Zweck des Vertrages hat über seinen Wortlaut zu triumphieren.“<sup>321</sup> Aber auch im öffentlich-rechtlichen Bereich ist der Grundsatz von Treu und Glauben anzutreffen. Der VwGH stellt Treu und Glauben dem Legalitätsprinzip gegenüber und hält bezüglich deren Wertigkeit in der Rechtsordnung fest: „Das im Art 18 Abs 1 B-VG normierte Legalitätsgebot ist zwar stärker als der Grundsatz von ‚Treu und Glauben‘; der Grundsatz von TREU und GLAUBEN kann sich aber etwa in jenem Bereich auswirken, in welchem es auf Fragen der BILLIGKEIT ankommt.“<sup>322</sup> Nach dem zitierten Erkenntnis ist Treu und Glauben „nach der Rechtsprechung eine allgemeine, ungeschriebene Rechtsmaxime, die auch im öffentlichen Recht ... zu beachten ist“. Der VwGH normiert diese Aussage dahingehend, dass „jeder, der am Rechtsleben teilnimmt, zu seinem Wort und zu seinem Verhalten zu stehen hat und sich nicht ohne triftigen Grund in Widerspruch zu dem setzen darf, was er früher vertreten hat und worauf andere vertraut haben“.<sup>323</sup> Verfassungsrechtlich ist es in Österreich das Vertrauensschutzprinzip, das der Idee von Treu und Glauben am nächsten kommt. Zwar sucht man vergeblich die verfassungsrechtliche Veran-

---

<sup>318</sup> „Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.“ (§ 914 ABGB)

<sup>319</sup> Vgl. *Gschnitzer*, Schuldrecht BT 243.

<sup>320</sup> Vgl. *Barta* 753.

<sup>321</sup> Zit n ebd.

<sup>322</sup> VwGH-Erk 14.07.1994, 91/17/0170.

<sup>323</sup> Vgl ebd.

kerung dieses Prinzips, es wird aber vom VfGH aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz abgeleitet.<sup>324</sup> Während in der älteren Rechtsprechung des VfGH der Grundsatz von Treu und Glauben vor allem im Steuerrecht Geltung beanspruchte, ist es seit der Begründung des Vertrauensschutzes als verfassungsrechtliches Prinzip durch den VfGH eben dieser Vertrauensschutz, der auch den Gesetzgeber bindet und zu einem wichtigen Maßstab – durchaus im Sinne von Treu und Glauben – geworden ist.<sup>325</sup> Im Resümee zeigt sich deutlich, dass eine wertbezogene Generalklausel wie die von Treu und Glauben und der Rückgriff darauf auch dann Rechtswirksamkeit entfalten kann, wenn sie – wie in Österreich – „nur“ als ungeschriebene allgemeine Rechtsmaxime, als Rechtsgrundsatz bzw als von der Rechtsprechung abgeleitetes verfassungsrechtliches Vertrauensschutzprinzip existiert.

In der Schweiz liegt Treu und Glauben ein Verständnis zugrunde, das historisch im Kontext der geistigen Landesverteidigung auf den Rütli-Schwur als „Treu und Wahrheit“ zurückgehen soll.<sup>326</sup> Beim Friedensabkommen in der Schweizer Metallindustrie 1937, der Begründung der Sozialpartnerschaft, spielt der Treu-und-Glauben-Grundsatz eine zentrale Rolle.<sup>327</sup> Von hervorragender Bedeutung ist es aber, dass Treu und Glauben gleich mehrfach und grundlegend Eingang in die neue Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999 gefunden haben. Die neue Schweizer Bundesverfassung belegt die Bedeutung, die der schweizerische Verfassungsgesetzgeber diesem Grundsatz für die gesamte Rechtsordnung beimisst. Art 5 BV, der die „Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns“ normiert, legt in Abs 3 fest, dass staatliche Organe und Private nach Treu und Glauben handeln. In Art 9 wird der Grundsatz von Treu und Glauben als *Grundrecht* verankert: „Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.“ Durch die Qualifikation von Treu und Glauben als verfassungsrechtlich normierter Grundsatz und verfassungsrechtlich geschütztes Grundrecht wird die gesamte schweizeri-

---

<sup>324</sup> Vgl *Berka* Rz 965, 967 unter Bezugnahme auf VfSlg 11.309/1987, 12.186/ 1989.

<sup>325</sup> Vgl ebd Rz 966.

<sup>326</sup> Vgl <http://www.geschichte-schweiz.ch/alte-eidgenossenschaft-1291.html>.

<sup>327</sup> Vgl ebd.

sche Rechtsordnung an diese Werte gebunden. Unabhängig davon kommen sie vor allem im Obligationenrecht zur Sprache. So zB in Art 156 OR (Bedingungserfüllung wider Treu und Glauben), Art 415 OR (Verwirkung des Maklerentgelts bei Verhalten wider Treu und Glauben) oder Art 271a OR (Mieter-Kündigungsschutz).

## **2.3 Das Menschenbild im kulturalanthropologischen Kontext**

Der kulturalanthropologische Kontext wurde schon im ersten Kapitel angesprochen.<sup>328</sup> Während es dort aber darum ging, die Kulturbedingtheit menschlicher Denk- und Lebensweise im Horizont der grundlegenden Frage nach dem Menschen als Vorgegebenheit des Rechts anzusprechen, soll hier der kulturalanthropologische Aspekt im Zusammenhang mit dem Menschenbild als rechtsethische Dimension zur Sprache kommen. Unterschiede in der kulturalanthropologischen Prägung führen zu Unterschieden in der Syntax des Menschenbildes und seiner rechtsethischen Implikationen.

### **2.3.1 Das Menschenbild zwischen Individualität und Sozialität**

Durch die In-Beziehung-Setzung der beiden Pole Individualität und Sozialität wird ein Spannungsfeld aufgebaut, in dem das Menschenbild einem dynamischen Kräfteverhältnis unterworfen ist. *Henkel* leitet das Spannungsverhältnis aus der Auseinandersetzung zwischen den „in der Wirklichkeit hervortretenden Interessen“ und den „autonomen Wert- und Zwecktendenzen des Rechts“ ab. Der rechtliche Normgeber muss in einer Situation, „in der Bindung und Freiheit einander durchdringen“, über den Rechtsinhalt entscheiden und diese differenzierten Aufgaben in der positiven Rechtsordnung verwirklichen.<sup>329</sup>

Das Individuum gilt seit der späten Stoa als „das Einzelwesen, das nicht mehr geteilt werden kann, ohne seine Eigenart zu verlieren“. Seit Renaissance und Humanismus wird darunter die menschliche Persönlichkeit verstanden und in der Neuzeit meistens der Einzelmensch im

---

<sup>328</sup> Vgl oben 1.3.3.

<sup>329</sup> Vgl *Henkel* 320.

Gegensatz zur Gesellschaft. Aus metaphysischer Perspektive ist die antike und abendländische Philosophie jedoch bis ins Spätmittelalter „überwiegend durch den seinsmäßigen und werthafter Vorrang des Allgemeinen (Idee) vor dem Individuellen gekennzeichnet“.<sup>330</sup> Das aristotelische Bild vom Menschen als *ζωον πολιτικόν* wird erst in der Französischen Revolution durch die Individuation des Menschen zurückgedrängt. In der Theorie des Vernunftrechts wird das „einzelne, freie, auf sich gestellte Individuum“ zur Grundlage der Subjektwerdung des Menschen. Damit liegt der Mensch als Subjekt „allen sozialen und sonstigen Gemeinschaftsbeziehungen“ voraus.<sup>331</sup> Der Mensch als Einzelperson, autonom und frei, herausgelöst aus den Abhängigkeiten und freigesetzt zur Selbstbestimmung, findet Eingang in nationale und internationale Menschenrechtskodifikationen und wird Bezugspunkt der Rechtsordnung.<sup>332</sup> Im GG, das die unantastbare Menschenwürde an die Spitze setzt und die nachfolgenden Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht qualifiziert, wird nach den Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus eine „bewusste metapositive Fundierung der Subjektstellung des Einzelnen im positiven Recht selbst“ vollzogen. Machtmissbrauch und totalitäre Unterdrückung durch das NS-Regime waren Anlass für die Abkehr von diesem gerade auch auf grundrechtlicher Ebene. Das BVerfG sieht sich aber bald genötigt, das Menschenbild des Grundgesetzes zu beschreiben als „nicht das eines isolierten souveränen Individuums“, sondern eingebettet in die „Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten“. Damit entsteht eine Synthese „zwischen dem aristotelisch geprägten Menschenbild im Recht Alteuropas und dem individualistischen Menschenbild“ in der Folge der Französischen Revolution, kurz: eine Synthese zwischen Individualität und Sozialität.<sup>333</sup>

Die Annahme, dass Individualität und Sozialität komplementären Charakter haben und sich gegenseitig bedingen, entspricht viel mehr

---

<sup>330</sup> Vgl. Brockhaus 10, 458.

<sup>331</sup> Vgl. Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes 203.

<sup>332</sup> Vgl. ebd. 203 f.

<sup>333</sup> Vgl. ebd. 213 sowie oben 2.2.1.

dem Bild vom Menschen, zumal unter Zugrundelegung eines personalen Menschenbildes<sup>334</sup>, als die Vorstellung gegensätzlicher Pole ohne Gemeinsamkeiten.<sup>335</sup> Der Mensch „verwirklicht sein individuelles Menschsein nur in Gemeinschaft“.<sup>336</sup> Aus der Komplementarität der dem Menschen inhärenten Wesenseigenschaften als individuelles und soziales Wesen zugleich ergibt sich auch die gegenseitige Entsprechung von Rechten und Pflichten. Eine Rechtsordnung, in der der Einzelne die Rechte hat und die Gesellschaft die Pflichten, kann ebenso wenig funktionieren wie umgekehrt eine, in der die Gesellschaft die Rechte und der Einzelne nur die Pflichten hat. Menschenrechte bedingen auch Menschenpflichten. In Analogie zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10.12.1948 hat der InterAction Council, ein weltweiter Zusammenschluss ehemaliger Staatsmänner, eine „Deklaration der Menschenpflichten“ vorgeschlagen, die auf der Basis von Weisheiten durch die Jahrhunderte davon ausgeht, dass Freiheit ohne Übernahme von Verantwortung die Freiheit selbst zerstören kann und ein Gleichgewicht von Rechten und Pflichten Voraussetzung ist für eine bessere Welt.<sup>337</sup> Aus Ansprüchen werden reziproke Pflichten. *Hans Magnus Enzensberger* postuliert zu recht, dass die Idee der Menschenrechte „jedermann eine Verpflich-

---

<sup>334</sup> Vgl oben 1.1.4 und 2.2.3.4.

<sup>335</sup> Dennoch stehen einander (Neo-)Liberalismus auf der einen und Kommunitarismus auf der anderen Seite unversöhnlich gegenüber. Während ersterer zu einem betont individualistischen Verständnis von Freiheit neigt, versucht der Kommunitarismus aufzuzeigen, dass die „für die Moderne typischen Voraussetzungen des Liberalismus“ zu einer Verhinderung von Solidarität im Nahbereich wie in der Gesellschaft führen und keine Notwendigkeit mehr für solidarische Ethos und soziales Engagement gesehen wird. Die Kritik des Kommunitarismus am Liberalismus zeigt zudem, dass eine solidarische Ethik immer schon den solipsistischen Horizont der Rechte des isolierten Individuums überwinden und die durch die Mitmenschlichkeit gegebenen Pflichten im ersten Ansatz mit bedenken muss (Vgl *Weß* 29-35.) Auch der Universalismus versteht sich als Antithese zu Partikularismus und Individualismus und verkörpert eine dem Liberalismus entgegengesetzte Richtung, die das Ganze dem Einzelnen, das Allgemeine dem Individuellen überordnet. (Vgl *Baumann* 5 unter Bezugnahme auf *Carl Michaelis*.)

<sup>336</sup> Vgl *Weß* 34.

<sup>337</sup> Vgl <http://www.weltethos.org/index5.htm>. Allerdings ist die Deklaration der Menschenpflichten nicht so konkret und weitgehend formuliert wie die Deklaration der Menschenrechte und hat daher den Charakter einer anzustrebenden, aber doch auch visionären Zielvorstellung. (Vgl *Weß* 35 FN 27.)

tung“ auferlegt, „die prinzipiell grenzenlos ist“. <sup>338</sup> Es wäre zu wünschen, dass die Vereinten Nationen entsprechend der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 auch einen Kanon der korrespondierenden Menschenpflichten formulieren und verabschieden. Dies entspräche gleichermaßen dem Spannungsverhältnis von Individuum und Sozietät, der Synthese von Individualität und Sozialität, sowie dem Menschen als Rechtssubjekt, dh dem Menschen als Träger von Rechten und Pflichten.

In Jurisprudenz und Staatsrechtslehre steht das „*Individuum* in seiner Einzigartigkeit im Zentrum des Rechts“. In der Diktion von *Häberle* ist es der „archimedische Punkt“, das Kollektiv hat nur sekundäre Bedeutung. Aber *Häberle* räumt ein, dass das Subjekt in Solidaritätsbereiche eingebunden ist, wenn auch „alle juristischen Disziplinen, die unmittelbar wie die Staatsrechtslehre oder mittelbar wie das Privatrecht dank seiner Prämisse der Privatautonomie am und im Verfassungsstaat arbeiten“, auf das „Individuum als Subjekt“ setzen. <sup>339</sup> In der Tat erscheint die Subjektstellung des Menschen als spezifische Kulturleistung Europas. Art 1 Abs 1 HCHE liegt ganz in dieser Tradition, wenn er programmatisch feststellt, dass der Staat „um des Menschen Willen da“ ist und nicht umgekehrt. <sup>340</sup> Über die Menschenrechte hat der Mensch als individuelles Subjekt – zumindest programmatisch – universale Geltung erlangt. Der kulturanthropologische Kontext zeigt, dass *universal* geforderte Menschenrechte nur *regional* gelebt werden können. *Häberle* ist zuzustimmen, wenn er sagt, dass die Kultur Asiens und Afrikas „nicht einfach von den (westlichen) Menschenrechten her ‚buchstabiert‘“ werden kann. <sup>341</sup>

Individualismus ist nicht zu verwechseln mit Egoismus. Letzterer schließt Kooperation als grundlegende soziale Charaktereigenschaft

<sup>338</sup> Vgl *Enzensberger*, Ansichten auf den Bürgerkrieg, zit n *Weß* 37.

<sup>339</sup> Vgl *Häberle* 77.

<sup>340</sup> Vgl ebd 78 FN 226. Die „hierarchische“ Ordnung, die in Art 1 Abs 1 HCHE zum Ausdruck kommt, hat in Mk 2, 27 ein Vorbild, wo es heißt, dass der Sabbat für den Menschen da ist und nicht der Mensch für den Sabbat. Welch aktuelle Bedeutung diese These haben kann, wird augenfällig, wenn man im Zuge der gegenwärtigen Bemühungen, den Sonntag den wirtschaftlichen Parametern unterzuordnen und damit die Sonntagsruhe auszuhöhlen, Mk 2, 27 entfremdet und „Sabbat“ durch „Wirtschaft“ ersetzt: Die Wirtschaft ist für den Menschen da und nicht der Mensch für die Wirtschaft.

<sup>341</sup> Vgl ebd.

aus. Umgekehrt gibt es aber sehr wohl einen kooperativen Individualismus, wie er zB in den staatlichen Erziehungszielen angesprochen ist. Dass der Verfassungsstaat an seinem Menschenbild der „ungebrochenen Subjektstellung und Verantwortung des Individuums“ gegen die zum Teil „ganz anderen Menschenbilder der nichtjuristischen Disziplinen“ festhält, liegt nach *Häberle* daran, dass „transsubjektive Menschenbilder der Künste oder der Menschenwissenschaften“ den Beginn von Relativierungen mit sich bringen können, die letztlich „„Einbahn-Straßen‘ zu totalitären Systemen“ sind.<sup>342</sup> Sollte damit auch die Gefahr eines autoritären Missbrauchs durch Menschenpflichten, die sich mehr aus der Betonung der Sozialität denn der Individualität ergeben, angesprochen sein, wäre kritisch entgegenzuhalten, dass auch der Einsatz für die Rechte bestimmter Personen oder Personengruppen oder gar Ethnien als „Vorwand für die Verstöße gegen die Menschenrechte anderer“ oder als „Rechtfertigung‘ für die Anwendung von illegitimer Gewalt“ benützt werden kann.<sup>343</sup>

Der Mensch ist als personales und soziales Wesen gleichermaßen Subjekt und Objekt sowohl der Rechtsordnung als auch anderer Disziplinen, wie zB der Theologie und der Sozialwissenschaften. Während jene die „existenziellen Grundlagen des Verhältnisses von Mensch zu Mensch und der Beziehung des Menschen zu der ihn umgebenden Umwelt“ in einem transzendentalen Kontext thematisiert und die Sozialwissenschaften Merkmale und Bedingungen der „menschlichen Beziehungs- und Gesellungsformen des Soziallebens“ untersuchen<sup>344</sup>, versucht die Rechtsordnung in ihren unterschiedlichen Disziplinen, dem Menschen als personales und soziales Wesen gerecht zu werden.

---

<sup>342</sup> Vgl ebd 78.

<sup>343</sup> Vgl *Weß* 35. Um den Missbrauch von Gewaltanwendung durch Staaten zu verhindern, haben die Vereinten Nationen militärische Maßnahmen der Friedenserhaltung an die Entscheidung des Sicherheitsrates gebunden. Die *Uniting for Peace Resolution* der Generalversammlung der VN 377 vom 03.11.1950, die von den USA eingebracht wurde, um ein Veto der UdSSR durch Aktivierung der Generalversammlung als kollektives Sicherheitsorgan zu umgehen, hat als Instrument der Friedenssicherung die „Emergency Special Sessions“ eingeführt. Die Kompetenz für Maßnahmen der Friedenssicherung liegt aber gemäß Art 11 Abs 2 iVm Art 24 Abs 1 und Art 42 SVN ausschließlich beim Sicherheitsrat.

<sup>344</sup> Vgl *Henkel* 355 – 357.

### 2.3.2 Das Menschenbild im Kontext des Gottesbildes

Das Menschenbild steht nicht nur im Spannungsverhältnis von Individualität und Sozialität, von Einzelmensch und Gesellschaft, sondern auch in einem korrelativen Verhältnis zur Bezugsgröße Gottesbild.<sup>345</sup> Menschenbild und Gottesbild bedingen einander, und zwar unabhängig davon, ob diese Beziehung innerhalb eines bestimmten Offenbarungsverständnisses einer Religion, außerhalb konfessioneller Grenzen oder im säkularisierten Bereich thematisiert wird. Das Bild vom Menschen unterliegt unterschiedlichen Interpretationsmustern, je nachdem, ob man zB das Christentum, das Judentum, den Islam, den Buddhismus oder auch den Atheismus als Bezugspunkt nimmt, und weiters, ob die jeweilige Position fundamentalistisch geprägt oder Dialog orientiert und aufgeschlossen ist. Welchen Stellenwert haben Nächstenliebe und Solidarität angesichts ökonomischer Globalisierung und des ungleichen Verhältnisses von Arm und Reich? Welche Auswirkungen hat die Lehre der Schicksalsergebenheit (Kismet)? Welche die Grundüberzeugung, dass alles Leben Leid ist, wie es der Buddhismus lehrt? Wird durch den „Ausfall Gottes als Subjekt der Geschichte in der Moderne“ die Theodizee, die Rechtfertigung Gottes angesichts des Leidens in der Welt, zu einer Anthropodizee, in der der Mensch *alles* verantworten muss, wie es der evangelische Theologe *Ulrich Körtner* in einem Interview formuliert hat?<sup>346</sup> Was bedeutet in diesem Kontext die Forderung *Jacques Delors*’, Europa „eine Seele“ zu geben?<sup>347</sup> Der Einfluss des Gottesbildes auf das Menschenbild ist polymorph.

<sup>345</sup> Vgl *Häberle* 19.

<sup>346</sup> Die Frage nach Gott ist eine genuin menschliche. Sie wird gestellt unabhängig von der Position, die der Fragende einnimmt, unabhängig von der Konfession, der er angehört, und unabhängig vom Ergebnis seiner Auseinandersetzung. Die Gottesfrage ist ein Anthropinon. *Coreth* spricht in diesem Zusammenhang vom eigentlichen Proprium des Menschen. Oder in der Sprache von *K.Bohrer/K.Scheel*: „Nach Gott zu fragen, sei es in der Weise der Theologie, sei es mit Blick auf das Religiöse in der säkularen Welt, ist ein Exerzitium. Mit leichter Drohung gesprochen: Wer es ausschlägt, nimmt Schaden – der Gläubige an seiner Seele, der Ungläubige an seinem Intellekt.“ (Zit n <http://www.uni-tuebingen.de/dogmatik/uebersicht.htm>.)

<sup>347</sup> Vgl *Busek* in *Baumgartner/Friesl/Máté-Tóth* (FS *Zulehner*) 81.

Die rechtsphilosophische Fragestellung der Wechselbeziehung von Gottes- und Menschenbild kann daher nicht einfach auf die Bereiche des positiven Rechts reduziert werden, in die der Gottesbegriff Eingang gefunden hat. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die gemeinsame Sprache über das Religiöse verloren gegangen ist und damit auch vielfach ein übereinstimmendes Verständnis dessen, was mit „Gott“ gemeint ist. Diese unterschiedliche Konnotation ist – neben all den historisch gewachsenen Ursachen und politischen Argumenten – einer der Gründe, dass es in der Diskussion um die Frage, ob ein Gottesbezug in die Verfassung der Europäischen Union, auf die sich der Rat am 18.06.2004 geeinigt hat, aufgenommen werden soll oder nicht, so unterschiedliche Auffassungen gegeben hat. *Jürgen Habermas* hat am 14.10.2001 in seiner viel beachteten Rede bei der Verleihung des Friedenspreises des Deutschen Buchhandels an ihn versucht, eine Verbindung zwischen säkularem und religiösem Bereich herzustellen und die für viele überraschende These aufgestellt, dass religiöse Sprache in eine säkularisierte übersetzt werden müsse, um Vermisstes zu retten<sup>348</sup>: „Säkulare Sprachen, die das, was einmal gemeint war, bloß eliminieren, hinterlassen Irritationen. Als sich Sünde in Schuld, das Vergehen gegen göttliche Gebote in den Verstoß gegen menschliche Gesetze verwandelte, ging etwas verloren. ... Eine Säkularisierung, die nicht vernichtet, vollzieht sich im Modus der Übersetzung. Das ist es, was der Westen als die weltweit säkularisierende Macht aus der eigenen Geschichte lernen kann.“<sup>349</sup> *Busek* spricht von der „Brauchbarkeit“ von Religion „angesichts der Bruchlinien in Europa ... , die nicht zuletzt durch unterschiedliche Auffassung von Religion entstanden sind und entstehen“.<sup>350</sup> Die Stiftung Weltethos für interkulturelle und interreligiöse Forschung, Bildung und Begegnung<sup>351</sup> geht weiter und will die Gemeinsamkeiten im Ethos – nicht im Dogma – der Religionen fruchtbar machen und säkulare Welt und Religionen in einen

---

<sup>348</sup> Vgl. *Weß* 47-

<sup>349</sup> *Habermas*, Rede zum Friedenspreis, zit n *ebd* 48.

<sup>350</sup> Vgl. *Busek* in *Baumgartner/Friesl/Máté-Tóth* (FS *Zulehner*) 82.

<sup>351</sup> Vgl. oben 2.2.4.1 FN 218.

Frieden sichernden bzw schaffenden Dialog bringen.<sup>352</sup> Im Schnittbereich des Säkularen und Religiösen sind der rasante Wandel der Gesellschaft sowie der spürbar und augenfällig gewordene Pluralismus der Religionen, Konfessionen und Bekenntnisgemeinschaften weitere Ursachen für die angesprochene Inhomogenität.<sup>353</sup> Religiosität und Kirchlichkeit sind zwar einem permanenten prozeduralen Wandel unterworfen. Zweifellos ist das Tempo dieses Wandels – analog zu den Veränderungen der Gesellschaft und deren Parameter – deutlich gestiegen.<sup>354</sup> All das will mitberücksichtigt werden, wenn vom Gottesbild als Bezugsgröße zum Menschenbild die Rede ist.

Ein Blick in die nationalen Verfassungen und in die Länderverfassungen zeigt, dass die Berufung auf Gott in der Regel die Verantwortung nicht nur den Menschen gegenüber, sondern auch Gott gegenüber als der letzten und höchsten Instanz zum Ausdruck bringen will. Gottes- und Menschenbezug werden miteinander genannt, wodurch auch die Reziprozität von Gottes- und Menschenbild zum Ausdruck kommt. Vergleicht man die Verfassungen der deutschsprachigen Länder Deutschland, Österreich und Schweiz miteinander, so haben Deutschland im GG und die Schweiz in ihrer neuen BV 1999 den Got-

---

<sup>352</sup> Hans Küng postuliert, dass für den Frieden unter den Nationen der Friede unter den Religionen Voraussetzung ist und dafür wiederum der Dialog der Religionen. (Vgl Küng, Projekt Weltethos 97 ff und 137 ff.)

<sup>353</sup> Diese Unterschiede spiegeln sich sogar in authentischen Texten der Europäischen Union wieder. So ist zB in der Präambel der Charta der Grundrechte der Europäischen Union in der deutschen Fassung vom „Bewusstsein ihres geistig-religiösen und sittlichen Erbes“ die Rede, in der englischen und französischen Fassung und allen anderen EU-Sprachen diesen entsprechend von „conscious of its *spiritual* and moral heritage“ bzw „conscience de son patrimoine *spirituel* et moral“ [Hervorhebung mit Kursivdruck durch Verfasser.] Diese Methode, begriffliche Auffassungsunterschiede im Rahmen der verschiedenen Übersetzungen zu belassen, obwohl alle gleichermaßen authentisch sind, spiegelt nicht nur die Auffassungsunterschiede wieder, sondern zeigt auch, wie schwer es ist, in pluralistischen Gesellschaften ein einheitliches und für alle bindendes Dokument zu erstellen, in dessen Präambel präpositive Grundlagen genannt werden sollen. (Vgl dazu im Detail weiter unten!)

<sup>354</sup> Vgl Denz in Baumgartner/Friesl/Máté-Tóth (FS Zulehner) 15. Vgl besonders die Analyse der religiös-kirchlichen Typologie europäischer Länder, ebd 16 f. In Bezug auf den Strukturwandel der christlichen Kirchen wagt Denz die Hypothese, dass sich „die religiöse Szene in drei größere (fundamentalistische Kirchenmitglieder, Privatreligiöse, religiös Desinteressierte) und zwei kleinere Gruppen (TraditionalistInnen und KirchenreformerInnen) auseinanderentwickeln“ wird. (Vgl ebd 20.)

tesbezug in ihre Präambeln aufgenommen. Das österreichische B-VG 1920 idF 1929 und das StGG 1867 haben weder eine Präambel noch einen Gottesbezug.<sup>355</sup> Die GG-Präambel stellt den Gottesbezug an die Spitze: „Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben.“ Der Schweizer Eidgenössische Verfassungsgeber setzt nicht nur einen Gottesbezug an den Beginn der Präambel zur BV 1999, sondern verkündet die Verfassung sogar *im Namen Gottes*: „Im Namen Gottes des Allmächtigen! *Das Schweizervolk und die Kantone*, in der Verantwortung gegenüber der Schöpfung, im Bestreben, den Bund zu erneuern, um Freiheit und Demokratie, Unabhängigkeit und Frieden in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt zu stärken, im Willen, in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung ihre Vielfalt in der Einheit zu leben, im Bewusstsein der gemeinsamen Errungenschaften, und der Verantwortung gegenüber den künftigen Generationen, gewiss, dass nur frei ist, wer seine Freiheit gebraucht, und dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen, *geben sich folgende Verfassung*.“ Während nach der Tragödie des 2. Weltkrieges in der Formulierung der GG-Präambel der Wille zum Frieden in der Welt und der Beitrag Deutschlands dazu als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa den Zusammenhang zur „Verantwortung vor Gott und den Menschen“ bilden und einen historischen Wende-

---

<sup>355</sup> Das österreichische Verfassungsrecht ist nicht zuletzt aufgrund einer sehr bewegten Geschichte formal extrem zersplittert. Es gleiche gar einer „Ruine“ (*Klecatsky*; vgl. Öhlinger, Stil der Verfassungsgesetzgebung in FS *Adamovich* [1992] 502.). Den Umstand, dass im B-VG als dem „auf *Hans Kelsen* zurückgehenden Stammgesetz des österreichischen Verfassungsrechts“ Wertaussagen nicht enthalten sind, führt der frühere Bundesratspräsident *Schambeck* in einem Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft über „Österreichs Verfassung zwischen Politik und Recht“ nicht auf *Kelsens* rechtspositivistische Position mit ihren Trennungsthesen zurück, sondern auf dessen eigene Begründung, wonach das B-VG „mangels einer selbständigen Kodifizierung der Grund- und Freiheitsrechte keine vollständige Verfassungsurkunde“, sohin ein Provisorium darstelle. (Zit n [http://www.ots.at/meldung.php?schluesel=OTS\\_2004\\_0604\\_OT0076](http://www.ots.at/meldung.php?schluesel=OTS_2004_0604_OT0076).)

Am 02.05.2003 wurde der „Österreich-Konvent“ gegründet, der die Aufgabe hat, Vorschläge für eine Staats- und Verfassungsreform auszuarbeiten. (Vgl <http://www.konvent.gv.at>.) In der Frage, ob der Verfassungsentwurf eine Präambel und/oder einen Gottesbezug beinhalten soll, gehen die Meinungen weit auseinander.

punkt markieren, folgt in der Schweiz dem Aufruf „Im Namen Gottes des Allmächtigen!“ an der Spitze der Präambel der BV 1999 unmittelbar ein Katalog von Prämissen, die einerseits einen Bezug zur Geschichte der Schweiz und ihrer freiheitlich demokratischen Tradition herstellen, als auch jene Bezugspunkte zur Sprache bringen, die sich in der Gegenwart und jüngeren Vergangenheit als wesentlich gezeigt haben bzw zeigen: Solidarität im nationalen und internationalen Bereich, Rücksichtnahme angesichts der pluralistischen Gesellschaft, Verantwortung gegenüber künftigen Generationen, die offen formuliert ist und daher nicht nur die wirtschaftliche und sozialpolitische Dimension umfasst, sondern auch die ökologische. In beiden Texten verleiht die Bezugnahme auf Gott nicht nur der jeweiligen Präambel, sondern dem ganzen Verfassungs- bzw Grundgesetzestext ein besonders Gewicht.

In der Präambel der Verfassung des Freistaates Bayern vom 02.12.1946 wird das Ziel der Verfassung mit dem Rückblick auf das Nazi-Regime verknüpft und der Bezug auf Gott, Gewissen und Menschenwürde ex negativo formuliert: „Angesichts des Trümmerfeldes, zu dem eine Staats- und Gesellschaftsordnung ohne Gott, ohne Gewissen und ohne Achtung vor der Würde des Menschen die Überlebenden des Zweiten Weltkrieges geführt hat, ... gibt sich das Bayerische Volk ... nachstehende demokratische Verfassung.“ Anders als in Bayern<sup>356</sup> ist im Vorspruch der Verfassung von Rheinland-Pfalz vom 18.05.1947 der Gottesbezug positiv formuliert und darüber hinaus in seiner Bedeutung für das Recht und die Gemeinschaft dargelegt: „Im Bewusstsein der Verantwortung vor Gott, dem Urgrund des Rechts und Schöpfer aller menschlichen Gemeinschaft, von dem Willen beseelt, die Freiheit und Würde des Menschen zu sichern, das Gemeinschaftsleben nach dem Grundsatz der sozialen Gerechtigkeit zu ordnen, den wirtschaftlichen Fortschritt aller zu fördern und ein neues demokratisches Deutschland als lebendiges Glied der Völkergemeinschaft zu formen, hat sich das Volk von Rheinland-Pfalz diese Verfassung ge-

---

<sup>356</sup> Häberle sieht in der Präambel Bayerns und im Vorspruch der Verfassung von Rheinland-Pfalz eine „Ähnlichkeit“. Diese besteht mE nur in der Nennung Gottes. Tatsächlich überwiegt der Unterschied, da Rheinland-Pfalz im Gegensatz zum Bayerischen Verfassungsgesetzgeber positiv und im Blick auf die Zukunft formuliert. (Vgl Häberle 20.)

geben.“ Der Ausblick impliziert in der vorliegenden Formulierung auch einen indirekten Rückblick auf die nationalsozialistische Vergangenheit. Bedeutend im Kontext unserer Fragestellung ist im Vorschlag dieser Verfassung jedoch, dass nicht nur das Bewusstsein der Verantwortung vor Gott angeführt wird, sondern darüber hinaus Gott als „Urgrund des Rechts“ und „Schöpfer aller menschlichen Gemeinschaft“ genannt wird.

Die Verfassung des Kantons Uri vom 28.10.1984 beginnt ähnlich wie die Schweizerische Eidgenössische BV 1999 mit den Worten: „Im Namen Gottes! *Das Volk von Uri*, das sich in seiner grossen Mehrheit zum christlichen Glauben bekennt, gibt sich ... *die folgende Verfassung*.“ Uri ist der einzige Kanton, der dem Gottesbezug den Attributsatz hinzufügt, dass dieser von der großen Mehrheit des Volkes von Uri im christlichen Sinn verstanden wird. Von den weiteren Schweizer Kantonen haben Unterwalden (KV 19.05.1968), Nidwalden (KV 10.10.1956), Glarus (KV 01.05.1988), Freiburg (KV 07.05.1857), Solothurn (KV 08.06.1986), Basel-Landschaft (KV 17.05.1984), Schaffhausen (KV 17.06.2002), Appenzell (KV 30.04.1995), St. Gallen (KV 10.06.2001), Aargau (KV 15.06.1980), Wallis (KV 08.03.1907) und Jura (KV 20.03.1977) einen Gottesbezug am Beginn ihrer Verfassung. In Österreich gibt es zwar keinen Gottesbezug im B-VG und im StGG, sehr wohl aber in direkter und indirekter Form in einzelnen Landesverfassungen der Bundesländer. Indirekt ist davon in Art 1 Abs 1 L-VG über die Verfassung des Landes Vorarlberg die Rede, der die Bedeutung der gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften für die „Bewahrung und Festigung der religiösen und sittlichen Grundlagen des menschlichen Lebens“ anerkennt. In dieser Formulierung ist der Gottesbezug der Vorarlberger Landesverfassung an das Anerkennungsgesetz 20.05.1874 RGBI 1874/68 gebunden<sup>357</sup>, was einerseits eine Abgrenzung zu allen anderen Religions-

---

<sup>357</sup> Derzeit sind nach dem AnerkG zwölf Kirchen und Religionsgesellschaften, mit sechs Untergruppen bei der Griechisch-orientalischen (=orthodoxen) Kirche und drei Untergruppen bei der Katholischen Kirche gesetzlich anerkannt. Zu unterscheiden von den anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften sind die religiösen Bekenntnisgemeinschaften nach dem BekGG BGBl I 1998/19 über die Rechtspersönlichkeit von religiösen Bekenntnisgemeinschaften. (Vgl dazu <http://www.help.gv.at/Content.Node/82/Seite.820000.html>.)

und Bekenntnisgemeinschaften impliziert, andererseits aber auch ein pluralistisches Verständnis der Religionen. Einen direkten Gottesbezug enthält die Präambel/Promulgationsklausel des L-VG des Landes Tirol 21.09.1989 LGBl 1988/61 (Tiroler Landesordnung 1989), die die „Treue zu Gott und zum geschichtlichen Erbe, die geistige und kulturelle Einheit des ganzen Landes, die Freiheit und Würde des Menschen und die geordnete Familie als Grundzelle von Grund und Staat“ als „die geistigen, politischen und sozialen Grundlagen des Landes Tirol“ normiert.<sup>358</sup> Die Treue zu Gott und zum geschichtlichen Erbe als auch die Betonung der geistigen und kulturellen Einheit des ganzen Landes haben in Tirol einen konkreten historischen Bezug, einerseits durch das „Herz-Jesu-Gelöbniß“ des Jahres 1796<sup>359</sup>, andererseits durch die Teilung des Landes 1919<sup>360</sup>.

Fast alle Stellen, die sich direkt und indirekt auf Gott beziehen, finden sich in Präambeln<sup>361</sup> zu grundlegenden Texten: auf supranationaler Ebene in der Präambel der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Nizza 2000) als „Bewusstsein des geistig-religiösen Erbes“ und in der Präambel der am 18.06.2004 vom Rat beschlossenen Verfassung der Europäischen Union in Form der „Inspiration des kul-

---

<sup>358</sup> Präambel/Promulgationsklausel L-VG Tirol 21.09.1988 LGBl 1988/61: „Der Landtag hat in Anerkennung des Beitrittes des selbständigen Landes Tirol zum Bundesstaat Österreich, in Anerkennung der Bundesverfassung, im Bewusstsein, dass die Treue zu Gott und zum geschichtlichen Erbe, die geistige und kulturelle Einheit des ganzen Landes, die Freiheit und Würde des Menschen, die geordnete Familie als Grundzelle von Volk und Staat die geistigen, politischen und sozialen Grundlagen des Landes Tirol sind, die zu wahren und zu schützen oberste Verpflichtung der Gesetzgebung und der Verwaltung des Landes Tirol sein muss, beschlossen.“

<sup>359</sup> Das „Herz-Jesu-Gelöbniß“ haben die Tiroler Landesvertreter 1796 abgelegt, als Tirol von *Napoleon Bonapartes* Truppen bedroht war. (Vgl dazu auch *Schwager*, Das Herz-Jesu-Gelöbniß und das heutige Tirol in <http://theol.uibk.ac.at/leseraum/kommentar/397.html>.)

<sup>360</sup> Die Betonung der „geistigen und kulturellen Einheit des ganzen Landes“ ist Ergebnis der Teilung Tirols durch den Staatsvertrag von St. Germain 1919. Art 27 StVStGermain hat Südtirol und das Trentino bis zum Brenner Italien zugesprochen, obwohl Tirol historisch seit 1363 zu Österreich gehörte und Südtirol 1910 ethnographisch zu 97 % von Deutschen und Ladinern besiedelt war. (Vgl *Neuhold/Hummer/ Schreuer* Rz 2692.)

<sup>361</sup> Im Kanon der zum Teil extrem unterschiedlichen Bewertung von Präambeln sind bei multilateraler Betrachtung jene zutreffend, die ihre wichtige Bedeutung für das Verständnis von Entstehung und Zielsetzung des Textes hervorheben.

turellen, religiösen und humanistischen Erbe Europas“, auf nationaler und auf Länderebene als Prämissen im Verfassungsrecht. Eine Synopse der Fundstellen zeigt, dass das zugrunde gelegte Gottesbild entsprechend der geistes- und religionsgeschichtlichen Entwicklung traditionell christlich geprägt ist, aber in einem kulturellen Kontext steht.<sup>362</sup> Der Gottesbezug in Verfassungen und deren Präambeln ist daher nicht ein Kontextthema der Trennung von Kirche und Staat bzw. der Verletzung dieses Grundsatzes, sondern Ausdruck der Inkulturati-on. Der Wortlaut des Gottesbezuges ist nicht konfessionell gebunden formuliert, sodass diesem Gottesbilder unterschiedlicher Konfessionen subsumiert werden können. Die Reziprozität von Menschenbild und Gottesbild gründet ja nicht einfach im Gottesbezug der Präambeln, sondern darin, wie das jeweilige Gottesbild ausgeprägt ist und welche Auswirkungen die damit verbundene Lehre und das Ethos, das diesem Gottesbild entspringt, auf den Menschen haben. Aufgrund der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des modernen Verfassungsstaates ist es daher notwendig, dem weltanschaulich-konfessionellen Pluralismus der Sozietäten zu entsprechen und dort, wo in Verfassungstexten von Gott die Rede ist, ein offenes und interkonfessionell verstandenes Gottesbild zugrunde zu legen, das Gläubige, Deisten, Agnostiker und Atheisten respektieren können, jene als Grund und Ziel ihres Seins, letztere als Metapher für jene Grund- und Freiheitswerte, die einer Abstimmung durch Mehrheit genuin entzogen sind.

Im Kontext der Verfassung der Europäischen Union muss die Gesellschaft der 25 Mitgliedstaaten in ihrer konkreten Verfasstheit – und das impliziert das Paradigma der Vielfalt – zum Zeitpunkt der supranationalen Verfassungsgebung – beschlossen am 18.06.2004 und nach Ratifizierung der Mitgliedstaaten in Rechtskraft - berücksichtigt werden. Unterschiedliche Konfessionen und eine bemerkenswerte Zahl von Menschen ohne religiöses Bekenntnis und ohne konfessionelle Bindung prägen das Bild.<sup>363</sup> In der im Vorfeld zur EU-Verfassung

---

<sup>362</sup> Vgl. Häberle 20.

<sup>363</sup> Diese Pluralität ist Ergebnis konkreter historischer und gesellschaftspolitischer Prozesse wie Christianisierung, Reformation und Gegenreformation, Folgen des 30jährigen Krieges, Sonderentwicklungen verschiedener evangelischer Landeskirchen, das Zusammenfallen kirchlicher und nationaler Identitäten, der Kommunismus in Ost- und Individualisierungsprozesse in Westeuropa, Globalisierung. (Vgl. Denz in Baumgart-

geführten Auseinandersetzung um die Frage, ob Gott in der neuen Verfassung genannt werden soll oder nicht, führten die Befürworter ins Treffen, dass es neben den Maßstäben des griechischen Universalismus, des römischen Rechts und des aufgeklärten Primats praktischer Vernunft auch der „der christlichen Erinnerung und Hoffnung“ ist, der die Geschichte Europas geprägt hat. Der Berechtigung und Verpflichtung, im Sinne der Religionsfreiheit „die Möglichkeit der Verneinung Gottes verfassungsrechtlich zu sichern“, entspreche die Berechtigung und Verpflichtung, Gott „nicht zu verschweigen“.<sup>364</sup> Die Gegner argumentierten, dass eine Verfassung, die für alle Bürger gelten sollte, keinen Gottesbezug benötige. Durch die „Verwendung des Wortes ‚Gott‘ und den damit erzeugten religiösen Hintergrund einer Verfassung“ empfänden sie sich „massiv ausgegrenzt und herabgesetzt“.<sup>365</sup> Eine im Sinne des Perspektivenwechsels, des gegenseitigen Respekts und der Toleranz geeignete Kompromissmöglichkeit wäre der in der neuen Polnischen Verfassung vom 02.04.1997 gewählte Weg gewesen, wo in der Präambel von denjenigen die Rede ist, „die an Gott als die Quelle der Wahrheit, Gerechtigkeit, des Guten und des Schönen glauben, aber auch von jenen, „die diesen Glauben nicht teilen, sondern diese universalen Werte aus anderen Quellen ableitend

---

*ner/Friesl/Máté-Tóth* [FS *Zulehner*] 17.) Angesichts der konkreten historischen Prägung der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union durch die jüdisch-christliche Tradition ist es verwunderlich, dass in der Präambel der Charta der Grundrechte der Europäischen Union wie in der Präambel der neuen EU-Verfassung dieses Faktum nicht beim Namen genannt wird, sondern nur allgemein von „geistig-religiösem“ bzw. „spirituellem“ Erbe (Vgl oben FN 353.) bzw unbestimmt von „kulturellen, religiösen und humanistischen Überlieferungen Europas“ die Rede ist. Der Begründer der politischen Theologie, *J.B. Metz*, hat in einem Brief an den deutschen Außenminister *J. Fischer* vom 23.11.2003 aus eben diesem Grund – ohne Erfolg – auf eine Präzisierung gedrängt und die Formulierung „Schöpfend aus den kulturellen, aus den religiösen, insbesondere jüdisch-christlichen und aus den humanistischen Überlieferungen Europas“ vorgeschlagen. Dies müsse Anliegen „einer historisch verantwortungsbewussten deutschen Politik für Europa“ sein, zumal vom Deutschland der Nazizeit eine Europapolitik ausging, „die von der Absicht geleitet war, aus Europa – von Rhodos bis Narvik, von den Pyrenäen bis zum Ural – einen ‚Friedhof der Juden‘ zu machen“. (Zit n [http:// www.theologie-und-kirche.de/metzbrief.pdf](http://www.theologie-und-kirche.de/metzbrief.pdf).)

<sup>364</sup> Vgl *Homeyer*, Gott gehört in die Europäische Verfassung. Zit n <http://kiz-online.de/pflege/detail.php?ID=363&ausgabe=24>.

<sup>365</sup> Vgl Freie Humanisten Niedersachsen, Kein Gott in die EU-Verfassung. Zit n <http://www.freie-humanisten.de/pdf/PresseerklaerungGottesbezugEU-Verfassung2003-05-18.pdf>.

respektieren“.<sup>366</sup> Damit kommt zum Ausdruck, dass alle Staatsbürger, ob sie die angeführten universalen Werte aus ihrem Gottesglauben ableiten oder zB aus einem atheistisch geprägten Humanismus, den gleichen Werten verpflichtet und als Normgeber und Normunterworfenen Subjekt und Objekt der Verfassung sind. Als „Koalition der Glaubenden und Nichtglaubenden“ tragen sie „gemeinsame Verantwortung in gegenseitigem Respekt“.<sup>367</sup> Allerdings löst die Formulierung der Präambel der Polnischen Verfassung den Konflikt zwischen Atheisten und Gläubigen nicht auf, sondern schreibt ihn umgekehrt verfassungsrechtlich fest. Es fehlt die gemeinsame Sprache, um die gemeinsamen Werte zu buchstabieren.<sup>368</sup> Von daher erscheint es sinnvoll, eine Stufe zurückzutreten und dort eine gemeinsame Formulierung zu finden, wo gemeinsame Nenner vorliegen: „in Ehrfurcht gegenüber dem vorgegebenen Dasein, in gemeinsamer Hoffnung, es sinnvoll entfalten zu können und in wohlwollender Solidarität“.<sup>369</sup> Die Europäische Union hat einen anderen Weg gewählt. Sie beschränkt sich in ihrer neuen Verfassung auf den Hinweis auf die „kulturellen, religiösen und humanistischen Überlieferungen Europas“.<sup>370</sup>

<sup>366</sup> Präambel der Polnischen Verfassung 02.04.1997: „We, the Polish Nation – all citizens of the Republic, Both those who believe in God as the source of truth, justice, good and beauty, As well as those not sharing such faith but respecting those universal values as arising from other sources...“

*Weß* spricht in Bezug auf diese Formulierung von einem faulen Kompromiss, der sich nicht eigne, die „gemeinsamen Werte“ in einer künftigen EU-Verfassung zu begründen, ohne eine gemeinsame Sprache zu finden. (Vgl *Weß*, Gott in die EU-Verfassung? In *Furche* 51/52 [2002] 4.)

<sup>367</sup> Vgl *Küng*, Projekt Weltethos 58-62.

<sup>368</sup> Vgl *Weß*, Gott in die EU-Verfassung? 4.

<sup>369</sup> Vgl ebd.

<sup>370</sup> Zu den Ländern, die einen direkten Gottesbezug in die EU-Verfassung gefordert hatten, gehören Polen, Spanien, Italien, Portugal und – als Gruppe – die konservativen Parteien Deutschlands. Dagegen war vor allem Frankreich mit seiner laizistischen Verfassungstradition. Das ist insofern bemerkenswert, als der – zumal interkonfessionell verstandene – Gottesbezug nicht notwendigerweise dem laizistischen Gedanken der Trennung von *Kirche* und Staat widerspricht (Vgl Brockhaus 13, 19; Kursivdruck durch den Verfasser), andererseits der sog Kirchenartikel – Art I-52 idF CIG 87/04 – gemäß den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in die Verfassung Eingang gefunden hat.

Es wird sich zeigen, ob die am 18.06.2004 beschlossene EU-Verfassung wie geplant 2006 Rechtskraft erlangen wird, da sie zuvor von allen 25 Mitgliedsländern ratifiziert werden muss. Das ist aus multikausalen Überlegungen heraus ungesichert: Vieles hängt

### 2.3.3 Das Menschenbild im Kontext des Weltbildes

Als weitere Bezugsgröße des Menschenbildes im kulturalanthropologischen Kontext ist das Weltbild zu nennen. Die Vorstellungen des Menschen von der Welt, wie sie ist oder sein soll, sind zugleich „Ausdruck seines *Menschenbildes*“.<sup>371</sup> Im Unterschied zur Weltanschauung sieht *Karl Jaspers* im Weltbild „die im Zusammenhang geordnete Summe des anschaul. Wissens von der Welt“ und die „Gesamtheit der gegenständl. Inhalte, die ein Mensch hat“.<sup>372</sup> Ähnlich, aber umfassender, interpretiert die freie Enzyklopädie *Wikipedia* – auch in Abhebung zum Begriff der *Weltanschauung* – Weltbild als „die Summe aller Begriffe, Vorstellungen und Einschätzungen, allen Wissens und Glaubens, aller Erfahrungen und Erkenntnisse, auf deren Grundlage jeder Mensch die Welt um sich herum begreift, und demgemäß er seine Handlungen plant“.<sup>373</sup> Die *Brockhaus* Enzyklopädie definiert Weltbild in der 17. Auflage als „die in geistiger Distanz zur Vielfalt der unreflektierten Realität entworfene Vorstellung vom Ganzen der erfahrbaren Wirklichkeit, die in sich mehr als nur die Summe von Einzelerfahrungen begreift und damit den Grund einer alle Lebensbereiche prägenden geschichtlichen Kultur bilden kann“.<sup>374</sup> Ist das Weltbild Ausdruck einer Religion, „insofern diese die gegenwärtige Welt nach

---

davon ab, ob sich die Vertreter der inhomogenen Begründungen der Werte der Europäischen Union in der beschlossenen Textfassung mehrheitlich wieder finden, vieles davon, ob die Abstimmungsmodi als realpolitische Knackpunkte (Vgl insbes Art I-25 EUVerfV idF CIG 87/04) in den Nationalparlamenten Zustimmung finden. Dies umso mehr, als die kritische Distanz der Bürger vieler Mitgliedstaaten zur Europäischen Union als supranationale Institution unübersehbar geworden ist und die nationalen Mehrheitsverhältnisse einem ständigen Wechsel unterliegen. Während in einigen Mitgliedstaaten die Ratifizierung dem Parlament obliegt, so zB in Deutschland und Österreich, gibt es auf jeden Fall eine Volksabstimmung in Großbritannien, Dänemark, Irland und Luxemburg. Ein Referendum angekündigt haben die Regierungen von Belgien, den Niederlanden, Spanien und Polen; wahrscheinlich ist ein Referendum auch in Estland; unentschieden ist diese Frage zum Zeitpunkt des Beschlusses über den Text der EU-Verfassung noch in Frankreich, Portugal, Tschechien, in der Slowakei und in Slowenien. (Vgl Aussendung der Agence France-Presse [afp] vom 19.06.2004, 15.48 Uhr.)

<sup>371</sup> Vgl *Häberle* 21.

<sup>372</sup> Zit n ebd.

<sup>373</sup> Zit n <http://de.wikipedia.org/wiki/Weltbild>.

<sup>374</sup> Zit n *Häberle* 25 FN 30. In der 19. Auflage, Bd 24, 1994, findet man diese Passage leider nicht mehr.

einem transzendenten Sinngrund befragt“, oder auch einer Weltanschauung oder wissenschaftlichen Disziplin, liegt ein nach Religion, Weltanschauung oder Wissenschaftssegment gebundenes Weltbild vor. In diesem Sinne ist dann im Kontext der Religion die Rede von einem christlichen Weltbild oder von einem islamischen Weltbild etc, im weltanschaulichen Kontext von einem wirtschaftskonservativen Weltbild, von einem sozialistischen, einem liberalen usw, im Kontext wissenschaftlicher Disziplinen vom naturwissenschaftlichen Weltbild, von einem existentialistischen, einem juristischen uvam. Der holistische Charakter des Weltbildes wird durch die Verbindung mit dem jeweiligen Kontext einer bestimmten Konnotation und Interpretation zugeführt, durch die das Weltbild nicht selten eine seinem Wesen widersprechende Einengung erfährt. Wenn der weltanschauliche Charakter, durch den die Wirklichkeit „eher ideologisch als Totalität“ aufgefasst wird, überwiegt, leidet darunter das Weltbild mit seinem Anspruch einer „möglichst umfassenden Darstellung der einzelnen Erfahrungsbereiche“.<sup>375</sup>

Weltbilder sind kulturell geprägt und unterliegen einem geschichtlichen Wandel. Daraus resultiert die große Pluralität der Weltbilder. Sie entspringen dem tief verwurzelten Bedürfnis, „die unendlich komplexe Welt fassbar zu machen“ und sie zu „begreifen“. Derart entstehen „umfassendere Bilder von unserer Welt, von der Natur des Menschen und von der Stellung des Menschen im Kosmos“.<sup>376</sup> Die nicht scharf umrissenen Begriffe „Weltanschauung“ und „Weltbild“ bezeichnen „Ideen, die das denkende Subjekt, die erfahrbare Welt und ihren – die Erfahrung transzendierenden – letzten Grund in einen Gedankenzusammenhang bringen und als ein sinnvolles Ganzes darstellen wollen“.<sup>377</sup> Zippelius bezeichnet die „je vorherrschenden religiösen und nichtreligiösen ‚Weltanschauungen‘“, die die Weltbilder prägen, als „kulturbedingte Leitideen“<sup>378</sup>, auf die der Mensch angewiesen ist, weil er „nicht schon durch ein ‚genetisches Programm‘ in seinem

---

<sup>375</sup> Vgl Brockhaus 24, 21.

<sup>376</sup> Vgl Zippelius, Rechtsphilosophie 118.

<sup>377</sup> Vgl ebd 119 unter Bezugnahme auf Kants Kritik der reinen Vernunft in der 2. Auflage 1787.

<sup>378</sup> Vgl ebd 118.

Verhalten eindeutig genug gesteuert“ wird.<sup>379</sup> „Verschwindet die Selbstverständlichkeit der überkommenen Weltanschauung, werden die ethischen Maßstäbe problematisch, geht die Sicherheit der rechtlichen Orientierung verloren ...“<sup>380</sup> Damit bringt *Zippelius* in kaum zu übertreffender Deutlichkeit zum Ausdruck, wie sehr Menschen- und Weltbild im Kontext der jeweiligen Leitideen zusammenhängen und welch tief schürfende Folgen die Dismembration von Ethik und Recht zeitigen kann. Weltbilder konkurrieren aber auch miteinander. In ihrer je unterschiedlichen leitbildhaften Ausprägung treten sie in der Regel nicht klar umrissen und abgegrenzt voneinander auf, sondern „oft in synkretistischer Weise“. Wie das Menschenbild wirkt auch das Weltbild als handlungsleitendes Motiv für die staatlichen und rechtlichen Gestaltungen und gleichermaßen als Rechtfertigung für die auf das zugrunde liegende Weltbild zurückführbaren Rechts- und Verfassungsinstitutionen. Daher erhalten Rechtsinstitute in unterschiedlichen Kulturen und Weltbildern „ein unterschiedliches Gepräge und sind aus unterschiedlichen Sinnhorizonten zu verstehen“.<sup>381</sup> Daraus abzuleiten, das Weltbild sei ein „relativer Rechtsbegriff“, ist nach *Kaufmann* jedoch nicht zulässig. Wenn überhaupt, gehört das Weltbild – wie auch die anderen Bildmetaphern – zu den zwar rechtlich relevanten, aber uneigentlichen Rechtsbegriffen, die der Wirklichkeit entlehnt und im Bemühen, diese umfassend und strukturiert darzustellen, entstanden und nicht vom Recht selbst hervorgebracht sind. Statt von relativen muss von *relationalen* Rechtsbegriffen gesprochen werden, wenn man berücksichtigt, dass die Bedeutung eines Rechtsbegriffes durch die Beziehung bestimmt wird, in der er auftritt.<sup>382</sup>

Die Welt und das Weltbild als eine das Menschenbild mitbestimmende und durch dieses mitbestimmte Bezugsgröße kommt prägnant in Art 1 Abs 2 GG zum Ausdruck<sup>383</sup>, wo das Bekenntnis des deutschen Volkes „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage *jeder menschlichen Gemeinschaft*, des Friedens

---

<sup>379</sup> Vgl ebd 63.

<sup>380</sup> Ebd.

<sup>381</sup> Vgl ebd 119 f.

<sup>382</sup> Vgl *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 96-98.

<sup>383</sup> Vgl *Häberle* 20.

und der Gerechtigkeit *in der Welt*“ normiert ist.<sup>384</sup> Hier ist der universale Anspruch der Menschenrechte ebenso festgehalten wie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der VN 10.12.1948 und in den beiden Menschenrechtspakten der VN 1966: die Welt soll nach dem Maßstab der Menschenrechte gestaltet werden.<sup>385</sup> Dass hier ganz unterschiedliche Weltbilder einfließen, zeigen deutlich die Menschenrechtspakte von 1966. Während der Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte der VN 19.12.1966 ganz den „klassischen“ Grundrechtskatalogen Europas seit 1789 mit ihrem individualistischen Weltbild entspricht, ist der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der VN 19.12.1966 stärker von den ehemals sozialistischen Staaten mit ihrem kollektivistischen Weltbild beeinflusst.<sup>386</sup> Eine Weltbildorientierung ortet Häberle auch in Art 24 Abs 2 GG, wo die Beschränkung der Hoheitsrechte „eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen und sichern“ will und der Weltfriede Teil des Weltbildes wird. Und auch die mit der jeweiligen Verfassung korrespondierenden schulischen Bildungs- und Erziehungsziele zeitigen ganz bestimmte Vorstellungen „von der Welt, wie sie sein *soll*“ und von der Stellung des Menschen in ihr.<sup>387</sup> So normiert § 2 Abs 1 SchOG, der sog „Zielparagraph“ der österreichischen Schule, ua die Welt und die Menschheit als Aufgabenbereich der Bildungs- und Erziehungsziele. Die Schüler „sollen zu selbständigem Urteil und sozialem Verständnis geführt, dem politischen und weltanschaulichen Denken anderer aufgeschlossen sowie befähigt werden, am Wirtschafts- und Kulturleben *Österreichs, Europas und der Welt* Anteil zu nehmen und in Freiheits- und Friedensliebe an den gemeinsamen *Aufgaben der Menschheit* mitzuwirken“<sup>388</sup>. Der unabdingbare Zusammenhang von Menschen- und Weltbild im Zusammenhang der Völkerrechtsgemeinschaft wird in der Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der VN 10.12.1948 formuliert, wo die „Schaffung einer Welt, in der den Men-

---

<sup>384</sup> Kursivdruck durch Verfasser.

<sup>385</sup> Vgl Häberle 21.

<sup>386</sup> Vgl ebd FN 15.

<sup>387</sup> Vgl ebd 21.

<sup>388</sup> § 2 Abs 1 letzter Satz SchOG; Kursivdruck durch Verfasser.

schen, frei von Furcht und Not, Rede- und Glaubensfreiheit zuteil wird, als das höchste Bestreben der Menschheit“ verkündet wird<sup>389</sup>, aber auch im Vorspruch der Satzung der UNESCO 16.11.1945, die prägnant erklärt, „dass die weite Verbreitung der Kultur und die Erziehung des Menschengeschlechts zur Gerechtigkeit, Freiheit und Friedensliebe für die Würde des Menschen unerlässlich sind und eine heilige Verpflichtung darstellen, die alle Völker im Geiste gegenseitiger Hilfsbereitschaft und Anteilnahme erfüllen müssen“.<sup>390</sup> Die angeführten Beispiele haben angesichts des Ist-Zustandes der gegenwärtigen Welt mit ihrem extremem Ungleichgewicht wirtschaftlicher, sozialer und politischer Art geradezu visionären Charakter. Durch die Leitperspektive eines durch Menschenrechte und Menschenpflichten geprägten Weltbildes entsteht jedoch ein Paradigma, das normative Kraft zu entfalten in der Lage ist.

### 2.3.4 Das Menschenbild im Kontext des Volksbildes

Nach der Untersuchung des Menschenbildes im kulturalanthropologischen Kontext des Gottes- und des Weltbildes soll nun das „Volksbild“ als weitere Bezugsgröße fokussiert werden. Das Wort „Volk“<sup>391</sup> ist ein „vielschichtiger, unterschiedlich definierter Begriff“. Die *Brockhaus* Enzyklopädie definiert den Begriff ua als „eine ethnischspezif. Einheit einer Gruppe von Menschen im Sinne von Ethnie“, aber auch als „eine Gruppe von Menschen, die sich als ideelle Einheit begreift, d.h. als eine durch gemeinsame Herkunft, Geschichte, Kultur und Sprache, z.T. auch Religion verbundene Gemeinschaft“.<sup>392</sup> Diese Charakteristika halten im Innenverhältnis zusammen und grenzen nach außen hin ab. Dass dies nicht ohne Konflikte möglich ist, zeigt uns schon ein Text aus dem 5. Jh v Chr: „Wir wissen nicht mehr, wen wir achten und respektieren sollen und wen nicht. In dieser Hinsicht sind wir gegeneinander Barbaren geworden. Denn von Natur sind alle

<sup>389</sup> Zit n Häberle 22.

<sup>390</sup> Zit n ebd 22 f.

<sup>391</sup> Etymologisch geht das Wort auf das althochdeutsche *folc* zurück, was eigentlich „viele“ bedeutet. Im Mittelhochdeutschen gibt es den Begriff *volc* in der Bedeutung von *Leute, Schar, Menge, Haufen, Volk*.

<sup>392</sup> Vgl Brockhaus 23, 405.

gleich, ob Barbaren oder Griechen. Das folgt aus dem, was von Natur aus für alle Menschen notwendig ist. Wir atmen alle durch Mund und Nase, und wir essen alle mit den Händen.“<sup>393</sup> Im allgemeinen Sprachgebrauch sind „Volk“ und „Nation“ nicht klar voneinander abgegrenzt, was den demagogischen Gebrauch dieser Begriffe fördert. Dieser enthält mehr Elemente politischer Willensbildung, während jener „stärker emotionale Erfahrungen“ anspricht. Nach *Enzensberger* gibt es „Clans und Stammesverbände“, seit es Menschen gibt, Nationen „erst seit ungefähr zweihundert Jahren“. Der Grund liegt darin, dass Ethnien „quasi naturwüchsig“ entstehen, Nationen aber „oft ganz künstliche Gebilde“ sind, „die ohne eine spezifische Ideologie nicht auskommen“.<sup>394</sup> In diesem Zusammenhang ist der Nationalsozialismus zu nennen, der das Wort „Volk“ stark diskreditiert hat, ebenso wie – und mehr noch – das Adjektiv „völkisch“.<sup>395</sup> Ein sensibler Umgang mit diesen Begriffen ist daher angebracht.

*Pernthaler* verwendet die Ausdrücke „Volk“ und „Nation“ synonym und begründet dies damit, dass es sich heute nur mehr um „sprachlich verschiedene Bezeichnungen desselben Begriffes“ handle.<sup>396</sup> *Pernthaler* stellt vielmehr auf die Unterschiede in der Begrifflichkeit von „Volk“ und „Volksgruppe“ selbst ab und unterscheidet Volk als Identitätsbegriff, als politischen Begriff und als Rechtsbeg-

<sup>393</sup> Antiphon, Von der Wahrheit. Zit n *Enzensberger* 8.

<sup>394</sup> Vgl ebd 15. Dieses Problem wird vor allem in den sog „Vielvölkerstaaten“ in Geschichte und Gegenwart augenfällig. Historische Beispiele sind Jugoslawien, das osmanische Reich, die österreichisch-ungarische Monarchie, die Sowjetunion oder auch die erste Republik der Tschechoslowakei (insbes ab 1918). Gegenwärtig sind den Vielvölkerstaaten viele Staaten Afrikas, Australien, Brasilien, China, Indien, Indonesien, Afghanistan, Russland, aber auch die USA zuzuzählen.

<sup>395</sup> Vgl Brockhaus 23, 405. Mit der Verwendung des Adjektivs „völkisch“ ist eine ebenso eindeutige nationalsozialistische Konnotation verbunden wie mit dem Begriff „Umvolkung“, der als Teil der nationalsozialistischen Siedlungspolitik auf den Erhalt der „rassischen Identität“ der Deutschen zielte. Mit dem in der Nazizeit geprägten Begriff machen heute noch „rechtsextreme Gruppen, Parteien und Personen Stimmung gegen Ausländer“. (Vgl Lexikon Rechtsextremismus in [http://lexikon.idgr.de/u/u\\_m/umvolkung/umvolkung.php](http://lexikon.idgr.de/u/u_m/umvolkung/umvolkung.php).)

<sup>396</sup> Vgl *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre 45. Die synonyme Verwendung der Begriffe ist allerdings nur bedingt möglich, wie *Pernthaler* selbst einräumt, wenn er zB feststellt, dass „Nationalität“ rechtlich als „staatlich verliehener und gestalteter Status des Menschen (Staatsbürgerschaft) und nicht als (natürliche oder kulturelle) Volkszugehörigkeit“ gilt. (Vgl ebd 47.)

riff. Dieser ist auch die letzte Interpretationsvariante für den Volksbegriff in der *Brockhaus* Enzyklopädie, die das „Staatsvolk“ als „staatsrechtlichen Träger der Staatsgewalt“ darstellt, „in einer Demokratie Inhaber der Souveränität, die in Abstimmungen und Wahlen ausgeübt wird“.<sup>397</sup> In diesem Sinn wird der Volksbegriff in der Regel im rechtswissenschaftlichen Bereich, vor allem in der Staatslehre, verwendet. Jedoch liegt ihm zu diesem Zeitpunkt der Geistes- und Rechtsgeschichte nicht (mehr) ein anonymer Mengenbegriff zugrunde, sondern ein durch die Menschenwürde geprägtes personales Menschenbild.<sup>398</sup> Eine Beschränkung der juristischen Betrachtungsweise des Volksbegriffs nur auf das Staatsvolk als staatsrechtlicher Träger der Staatsgewalt wird der Polyvalenz des Volksbegriffes nicht gerecht. So postulierte zB schon *Savigny* in seiner Spätperiode die Volksidentität. Jedes Volk habe seine eigene Identität, seine eigene „Volksseele“. Er sah im Recht eine „Emanation des Volksgeistes“ und kam so zu der Schlussfolgerung, das Gewohnheitsrecht, wie es „durch die stilwirkenden Kräfte des Volksgeistes geprägt“ wird, sei „die charakteristische und eigentliche Form des Rechts“.<sup>399</sup> Statt des Gesetzesprimates wird der Volksgeist zur ursprünglichen Rechtsquelle.<sup>400</sup> *Savignys* Postulat von der Emanation des Rechts aus dem Volksgeist findet heute in demokratischen Verfassungen eine Entsprechung in der „Volksouveränität“. Nach *Pernthaler* bestimmt sich die Volks- bzw Volksgruppenidentität nach fünf Bestimmungsgründen: Abstammungsgemeinschaft<sup>401</sup>, gemeinsame Sprache, gemeinsame Religion<sup>402</sup>, gemeinsame Geschichte und gemeinsames Territorium<sup>403</sup> sowie

<sup>397</sup> Vgl ebd.

<sup>398</sup> Vgl oben 2.2.3.4.

<sup>399</sup> Vgl *Kaufmann* in *Kaufmann/Hassemer* 67.

<sup>400</sup> Vgl ebd 139.

<sup>401</sup> Vgl *Pernthaler*, *Allgemeine Staatslehre* 49. Damit ist nicht eine „ethnologische“ Einheitlichkeit im Sinne eines „rassenreinen Volkes“ gemeint. Im Gegenteil setzt *Pernthaler* voraus, dass fast alle Völker und Volksgruppen aus „Vermischung“ entstanden und physisch homogene Ethnien sehr selten sind. Ethnien sind in der Regel durch ihren „anthropologisch polymorphen Charakter gekennzeichnet.“

<sup>402</sup> Vgl ebd 50 f. Die Volksreligion ist „neben anderen Elementen nur ein verstärkendes, nicht ein selbständiges Kriterium ethnischer Selbständigkeit und Identität“, wie *Pernthaler* zutreffend feststellt. Durch Säkularisierung, Religionsfreiheit und Globalisie-

Bewusstsein und Wille zur „volklichen“ Identität. Das ethnische Bewusstsein und der politische Wille als Volk oder Volksgruppe ist nach *Pernthaler* das entscheidende Kriterium für die volkliche Identität.<sup>404</sup>

Als politische Kategorie reicht der Volksbegriff in den neuzeitlichen Absolutismus zurück. Die Regierungen erkannten, dass ein einheitliches Staatsvolk mit einer einheitlichen Staatssprache, Staatskultur und Staatsreligion die ideale Grundlage für den Nationalstaat ist. Die Volkssouveränität als „konkrete staatspolitische Ordnungsvorstellung“ ist eine Frucht der Revolutionen; diese wiederum konnten nur auf der Grundlage des volklichen Selbstverständnisses als Nationen entstehen. In den amerikanischen Kolonien und in Frankreich hat dieses Volksbild zu neuen Verfassungen geführt, die die Staatsmacht aus dem Volk ableiten – in kämpferischer Abgrenzung gegenüber Monarchen und Kolonialherrschaften als nicht durch das Volk legitimierten Trägern der Souveränität, in Abgrenzung aber auch gegen „untergeordnete“ und „feindliche“ Völker und Nationen.<sup>405</sup> Die auf dem neuen Volksverständnis aufbauende nationale Idee wirkt aber nicht nur als politisches Einigungskonzept nach dem Motto „Jede Nation ein Staat“, der militante Nationalismus wird auch zur Geißel des 20. Jahrhunderts in Form von Assimilations-, Unterdrückungs- und Vertreibungspolitik.<sup>406</sup> Ein besonders tragisches Beispiel dafür ist der Nationalsozialismus mit seinen Folgen. Diese Tragödie markiert aber auch einen Paradigmenwechsel, weil nun die Frage nach der Natur des Menschen und den grundlegenden Werten neu gestellt wird. Nach dem 2. Weltkrieg sind es Menschenwürde und Grund- und Freiheitsrechte, die den Menschen als ein auf die Gemeinschaft bezogenes Individuum postulieren und auf diesem Weg das Volksbild prägen.<sup>407</sup>

---

rung weicht die Volksreligion als Kriterium der Volksidentität verstärkt einem Pluralismus der Religionen und religionsfreien Weltanschauungen. (Vgl oben 2.3.2.)

<sup>403</sup> Vgl ebd 51. Damit ist die Vorstellung vom „Recht auf Heimat“ verbunden. Sozio-kulturelle Voraussetzungen und „nationales Erbe“ prägen die Identität im geschichtlichen und territorialen Kontext.

<sup>404</sup> Vgl ebd 51 f. Darunter werden auch gesellschaftliche Wertvorstellungen, Rollenerwartungen, allgemeine Verhaltensmuster uäm subsumiert.

<sup>405</sup> Vgl ebd 46 f.

<sup>406</sup> Vgl ebd 47.

<sup>407</sup> Dass mit der Wende zum Menschen als Träger von Menschenrechten Genozid und Ethnozid (dieser Begriff zielt auf die Zerstörung der kulturellen Identität einer Volks-

Ausdruck dieser Wechselbeziehung von Menschen- und Volksbild ist die Staatsform der Demokratie, die *Häberle* als „Konsequenz der Menschenwürde“ definiert. Zum Menschenbild im Kontext des Volksbildes gehört, dass „der Mensch *als Staatsbürger* wählen und abstimmen kann, also demokratische Mitwirkungsrechte hat“<sup>408</sup> und sich so als Mensch in die Gemeinschaft einbringen und diese mitgestalten kann.

Als rechtliche Kategorie ist die Begriffsbestimmung von „Volk“ und Volksgruppe“ sehr umstritten. Nicht einmal das Völkerrecht bietet eine einheitliche Begriffsdefinition.<sup>409</sup> Wesentlich ist auf alle Fälle das Demokratie- und Souveränitätspostulat, das aus den Klassikertexten des Jean Jacques Rousseau hervorgegangen und für den Verfassungsstaat „mitkonstituierend“ ist.<sup>410</sup> In Österreich steht *das Volk* an der Spitze des B-VG 1920 idF 1929: „Österreich ist eine demokratische Republik. *Ihr Recht geht vom Volk aus.*“<sup>411</sup> Schon der Kremsierer Entwurf vom März 1849, der aufgrund der Auflösung des Reichstages mit kaiserlichem Manifest vom 04.03.1849 nie wirksam geworden ist, war vom Gedanken der Volkssouveränität beseelt. In seiner Präambel

---

gruppe durch erzwungene Assimilierung, *Genozid* ist Völkermord schlechthin) nicht generell überwunden worden sind, zeigen die humanitären Katastrophen nach dem Ende des Kalten Krieges besonders auf dem Balkan und in Afrika (Somalia, Sudan, Ruanda, Burundi, Sierra Leone, Liberia, Uganda). Nach dem Bericht von *Human Rights Watch* 2003 läuft die Menschenrechtskultur, die die USA seit der Proklamation der *Virginia Bill of Rights* 1776 und insb nach dem 2. Weltkrieg entscheidend geprägt haben, Gefahr, „unter dem Primat des Antiterror-Krieges, der alle Regeln und Normen der Vergangenheit außer Kraft zu setzen scheint“, zu versinken. (Vgl *Friedrich von Krosigk*, Internationale Menschenrechte im machtpolitischen Gefüge: Die Kontroverse um humanitäre Intervention. Zit n <http://regionalforschung-erlangen.de/Dokumente/04%20-%20Krosigk.pdf>.)

<sup>408</sup> Vgl *Häberle* 24. Hervorhebung mit Kursivdruck durch den Verfasser. Es ist bemerkenswert, dass der Mensch als Mitglied bzw Teil *des Staates* und nicht als Mitglied oder Teil *eines Volkes* diese Rechte ausübt. Auch das Völkerrecht ist im Wesentlichen kein Recht der Völker, sondern ein Recht der Staaten, und die „Vereinten Nationen“ sind trotz ihres Namens eine Organisation von Staaten, wie *Pernthaler* zutreffend hervorhebt. (Vgl *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre 47.) Trotz der viel beschworenen Form des modernen Staates als Nationalstaat ist es gerade die vielfache Nichtidentität von Ethnie und Staat, die weltweit zu einer politischen und rechtlichen Diskriminierung von Völkern führt, die nicht als Staat organisiert sind. (Vgl ebd.)

<sup>409</sup> Vgl ebd 48.

<sup>410</sup> Vgl *Häberle* 23.

<sup>411</sup> Hervorhebung mit Kursivdruck durch den Verfasser.

hieß es: „Alle Staatsgewalten gehen vom Volk aus.“<sup>412</sup> In Deutschland ist das Demokratie-Postulat in Art 20 GG normiert. In Abs 1 wird Deutschland als „demokratischer und sozialer Bundesstaat“ definiert, Abs 2 hält fest, dass alle Staatsgewalt „vom Volke“ ausgeht.<sup>413</sup> In der Schweizer BV 1999 wird die tragende Bedeutung des Volkes dadurch hervorgehoben, dass gleich nach dem Gottesbezug an der Spitze der Präambel<sup>414</sup> das „Schweizervolk“<sup>415</sup> als Verfassungsgeber genannt wird. Die Priorität, die dem Volk in den demokratischen Verfassungen eingeräumt wird, darf in ihrer Bedeutung nicht auf politische Sonntagsreden oder Wahlveranstaltungen reduziert werden.<sup>416</sup> Vielmehr ist sie die Grundlage der Demokratie als Verfassungsstaat, dessen „Volksherrschaft“ einerseits individualistisch aus dem Anspruch des Individuums auf Freiheit und Gleichheit, andererseits durch Solidarität der gleichen und freien Bürger untereinander begründet werden kann.<sup>417</sup> In den Grund- und Freiheitsrechten - im historischen Kampf, diese zu erlangen, ebenso wie im Bemühen, sie zu erhalten und zu bewahren – schließt sich der Kreis zwischen Menschen- und Volksbild. Sie bedingen einander und sind Grundlage der Gewaltenausübung im demokratischen Staat.

### 2.3.5 Das Menschenbild im Kontext des Gesellschaftsbildes

Das Gesellschaftsbild schließt die Reihe der kulturanthropologischen Kontexte, die die Dimension des Menschenbildes in ihrer rechtsethischen Konnotation verdeutlichen sollen. Es steht in enger

---

<sup>412</sup> Vgl und zit n *Adamovich/Funk* 59.

<sup>413</sup> Art 20 GG: „(1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“

<sup>414</sup> Vgl oben 2.3.2.

<sup>415</sup> Der Begriff „Schweizervolk“ umfasst alle vier Volksgruppen des „Vielvölkerstaates Schweiz“: die deutsche, die französische, die italienische und die rätoromanische Sprach- und Volksgruppe.

<sup>416</sup> Gerade das ist aber, wenn man den Medien und deren Umfragen zumindest im Trend Glauben schenken darf, der Eindruck bei vielen „Politikverdrossenen“, die nicht bzw nicht mehr von ihrem Wahlrecht Gebrauch machen.

<sup>417</sup> Vgl *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre 172.

Wechselbeziehung mit dem Welt-, Volks- und Gottesbild. „Gesellschaft“ ist ein Homonym und wird vor allem als Grundbegriff der Sozialwissenschaften verwendet. Die „engste Definition“ ist die rechtliche im Sinne einer privatrechtlichen Personenvereinigung zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch Rechtsgeschäft. Etymologisch bedeutet Gesellschaft das „Zusammenleben, die auf zeitl. Dauer angelegte Interdependenz von Menschen (Lebewesen), die durch die gemeinsame Teilhabe an einem Raum konstituiert wird“.<sup>418</sup> Das Verständnis von Gesellschaft unterliegt stark dem historischen Wandel. Während der Begriff vor dem 18. Jahrhundert eng an die „Aristoteleskonzeption und deren Wandlungen“ geknüpft und in die fachsprachlich engen juristischen, ethischen, staatsphilosophischen und anthropologischen Kontexte eingebunden war, wird die „bürgerliche Gesellschaft“ ab dem 18. Jahrhundert zu einem „Leitbegriff durchaus unterschiedl. Konzeptionen“. Betonen *Immanuel Kant* und *J.G. Fichte* die sittlich-metaphysische Begründung der Gesellschaftlichkeit des Menschen, betreiben in je verschiedener Weise *G.F.W. Hegel*, *Auguste Comte* oder auch *Karl Marx* „materielle Geschichtsphilosophie“, indem sie „die jeweils historisch gefasste konkrete Gesellschaft zum Ansatz ihrer Begriffsbestimmung“ machen. Im Zuge der Aufklärung wurde durch die Differenzierung unterschiedlicher sozialer Lebenszusammenhänge, Gruppeninteressen und Weltbilder der Blick frei für den Unterschied von Gesellschaft und Staat. Aus anthropologischer Perspektive ist Gesellschaft eine „naturegegebene Organisationsform von Geselligkeit“, ihre Bedeutung für die „Entwicklung des Menschen sowohl in individueller als auch in überindividueller, kultureller Hinsicht“ steht außer Frage.<sup>419</sup>

Gesellschaft und Staat sind vor allem im politischen Liberalismus und in der Entstehung des Verfassungsstaates zu getrennten Größen geworden, die sich jedoch zu korrelierenden Bezugsgrößen entwickelt haben. Weder ist im Marxismus die klassenlose Gesellschaft entstanden und damit der Staat abgestorben, noch haben Revolutionen oder Anarchie zu einer „dauernden *Zerschlagung des Staatsapparates*“ geführt. Freiheit und Wohlergehen der Bürger setzen einerseits

---

<sup>418</sup> Vgl Brockhaus 8, 414.

<sup>419</sup> Vgl ebd 415.

„staatsfreie Räume gesellschaftlicher Betätigung, Kommunikation und Vereinigung“ voraus, sie bedürfen aber auch des rechtlichen Schutzes und der sozialen Unterstützung durch den Staat.<sup>420</sup> *Habermas* postuliert – „normativ betrachtet“ –, dass es „gleiche Freiheitsrechte für privatautonome Gesellschaftsbürger“ nicht geben kann „ohne jene Kommunikations- und Teilnahmerechte, die gleichzeitig die politische Autonomie der Staatsbürger konstituieren“.<sup>421</sup> Historisch tritt der aus dem „Dualismus von (herrschaftsloser) Gesellschaft und (souveräner) staatlicher Herrschaft“ entstandenen Ideologie des Absolutismus und Totalitarismus „schon früh eine gemäßigte, aufklärerisch und liberal argumentierende Gruppe von Staatstheoretikern gegenüber, für die der Gesellschaftsvertrag nicht zur totalen Unterwerfung des Individuums durch die Staatsgewalt, sondern zur Begründung des Verfassungsstaates führt“. Das Menschenbild dieser Staatstheoretiker, zu denen ua *John Locke*, *Charles de Montesquieu* und *Immanuel Kant* gehören, ist geprägt von der Vorstellung, dass „der Mensch schon im Naturzustand gewisse unverzichtbare ‚Rechte‘ habe und diese in Gesellschaft und Staat nicht verlieren wolle und dürfe“.<sup>422</sup> Die Wende im politischen Denken zur realen Demokratie und zur politischen Selbstbestimmung der Gesellschaft setzt wohl – trotz der Bekämpfung durch das angelsächsische Staatsdenken, den deutschen Konstitutionalismus und den politischen Liberalismus – mit der Konstruktion des Gesellschaftsvertrages bei *Jean Jacques Rousseau* ein, durch den alle in gleicher Weise der *volonté générale*, dem Gemeinwillen, unterworfen sind.<sup>423</sup> Der „Primat des demokratisch formulierten Gesetzes“ hat in viele Verfassungen Eingang gefunden und diese auch strukturell geprägt.<sup>424</sup> Unter den modernen Neukonzeptionen des Gesellschaftsvertrages, die

---

<sup>420</sup> Vgl. *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre 69. Den Übergang zur neuzeitlichen Herrschafts- und Gesellschaftsbegründung markiert *Johannes Althusius*. Er ist in der Einschätzung des Föderalismuspezialisten *Pernthaler* der „Ahnherr des demokratischen Föderalismus“. Durch die „radikal neuartige Konstruktion des Gesellschaftsvertrages“ zugunsten der staatlichen Souveränität durch *Jean Bodin* und *Thomas Hobbes* entsteht „zum ersten Mal der Dualismus von (herrschaftsloser) Gesellschaft und (souveräner) staatlicher Herrschaft“. (Vgl. ebd. 70.)

<sup>421</sup> Vgl. *Habermas* in *Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann* 216.

<sup>422</sup> Vgl. *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre 70 sowie oben 1.1, 1.3 und 2.2.

<sup>423</sup> Vgl. *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre 71 f.

<sup>424</sup> Vgl. ebd. 72.

hauptsächlich von amerikanischen Gesellschaftswissenschaftlern stammen, die das „Modell eines ‚Urvertrages‘ der Gesellschaft wieder aufgegriffen und neu konstruiert“ haben, ist die „Theorie der Gerechtigkeit“ von *John Rawls* zu nennen, die das Gesellschaftsbild im Kontext von Fairness und Gerechtigkeit nachhaltig beeinflusst hat.<sup>425</sup> Wiederum stehen die Vorstellungen, die der Mensch *von sich* hat, mit jenen, die er *von der Gesellschaft* hat, in Wechselbeziehung zueinander. In diesem Erkenntniszusammenhang ist die anthropologische Dimension des Gesellschaftsbegriffs von besonderer Bedeutung, um das soziomorphe Wechselspiel von Menschen- und Gesellschaftsbild in der jeweiligen weltanschaulichen, soziokulturellen und sozioökonomischen Prägung zu erhellen.

### 2.3.5.1 Der kollektivistische Ansatz

Im kollektivistischen Menschenbild des Sozialismus ist es primär der Einzelne, der zum Wohl des Kollektivs beizutragen hat. Es steht damit im Gegensatz zum individualistischen Menschenbild, wie es sich in der abendländisch-westlichen Kultur entwickelt hat, als auch zum Menschenbild in Entwicklungsländern, in denen der Mensch mit grundsätzlich anderen sozioökonomischen und politischen Strukturen konfrontiert ist.<sup>426</sup> Das „Bild der Solidaritätsgemeinschaft“ prägt weitgehend das Grundrechtsverständnis sozialistischer Staaten.<sup>427</sup> Bis zur Wende von 1989 waren die Länder des früheren Ostblocks „nicht bereit, die liberalen Abwehrrechte gegen den Staat zu gewähren“.<sup>428</sup> Der Schutz der individuellen Freiheitssphäre, wirtschaftliche Freiheit,

<sup>425</sup> Vgl ebd. *Mayer-Maly* weist auf einen interessanten Aspekt in der Entwicklung von *Rawls*' Thesen hin. Während *Rawls* in seiner „Theory of Justice“ (Erstauflage 1971) eine „Theorie des Guten“ in seinem Lehrgebäude für unverzichtbar hielt, hat er diese Aussage in seinem Buch „Politischer Liberalismus“ (Erstauflage 1993) „leider etwas abgeschwächt“. Die unbestreitbare „Einsicht, dass niemand in einer ungerechten Gesellschaft leben will“, ist nach *Mayer-Maly* aber ein „Ansatz der Lehre von *Rawls*“ geblieben. Im „gewagten Blick auf eine fiktive Ausgangssituation unserer Sozietäten“, von *Habermas* durchaus zutreffend als „ungeniertes Anknüpfen an Theoreme des 18. Jahrhunderts“ apostrophiert, ortet *Mayer-Maly* eine Nähe zu den naturrechtlichen Staatsvertragstheorien. (Vgl *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 11.)

<sup>426</sup> Vgl *Neuhold/Hummer/Schreuer* Rz 1224.

<sup>427</sup> Vgl *Zippelius*, Rechtsphilosophie 120.

<sup>428</sup> Vgl *Neuhold/Hummer/Schreuer* Rz 1225.

Bildungsfreiheit, Eigentum, Assoziations- und Kommunikationsfreiheit und die Eingriffsfreiheit von staatlicher Gewalt waren keine Elemente des vorherrschenden Menschenbildes kollektivistischer Prägung und wurden als Ausfluss des Besitz- und Bildungsbürgertums abgelehnt.<sup>429</sup> Das ergibt sich aus dem sozialistischen Bemühen, „eine auf Gleichheit, Solidarität und Gerechtigkeit beruhende Gesellschaft“ zu verwirklichen. „Ziel aller sozialist. Ideen, Bewegungen und Organisationen ist die Begründung einer Staats-, Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, in der die von der Frz. Revolution von 1789 aufgestellten Grundsätze der ‚Freiheit‘, ‚Gleichheit‘ und ‚Brüderlichkeit‘ für alle Angehörigen und Gruppen der Gesellschaft realisiert sind.“<sup>430</sup> Das diesem Ziel zugrunde liegende Menschenbild ist „tendenziell optimistisch“ und nimmt Gedanken des Humanismus in sich auf. Im Sinne dieses am Leitbild der Solidarität orientierten Menschenbildes will die angestrebte Neuordnung des sozioökonomischen Bereichs „die mit der Entwicklung der Industriegesellschaft verbundenen Missstände“ theoretisch analysieren und praktisch lösen.<sup>431</sup> In praxi werden sehr unterschiedliche Wege beschritten. Sie reichen bei den gemäßigten Kräften von Reformen bis hin zu Revolutionen bei den radikaleren Verfechtern des Sozialismus, besonders im Marxismus-Leninismus. Im Gegensatz zu dieser Ausprägung des Sozialismus orientiert sich der demokratische Sozialismus über die sozialistischen „Grundwerte Gleichheit, Gerechtigkeit und Solidarität“ hinaus an der freien „Entfaltung aller Individuen in einer Gesellschaft“ sowie an der demokratischen Mitwirkung aller Mitglieder der Gesellschaft. Er versucht, eine solidarische Gesellschaft auf der Grundlage einer parlamentarisch-demokratischen Verfassungsordnung und im Rahmen eines gesellschaftlichen und weltanschaulichen Pluralismus zu verwirklichen.<sup>432</sup> Im Bereich des angewandten Marxismus-Leninismus der kommunistischen Parteien in den Ländern des ehemaligen Ostblocks ließ sich das kollektivistische Menschenbild ohne Berücksichtigung des Menschen als Individuum auf Dauer nicht halten. In Ungarn führte die wachsen-

---

<sup>429</sup> Vgl. *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre 265.

<sup>430</sup> Brockhaus 20, 535.

<sup>431</sup> Vgl. ebd.

<sup>432</sup> Vgl. ebd. 536.

de Unzufriedenheit mit dem diktatorischen Einparteiensystem im Oktober 1956 zum ungarischen Volksaufstand, der von sowjetischen Truppen gewaltsam niedergeschlagen wurde.<sup>433</sup> Die Kommunistische Partei der Tschechoslowakei propagierte 1968 einen „Sozialismus mit menschlichem Antlitz“.<sup>434</sup> In Polen konstituierte sich 1980 *Solidarność*, zugleich Gewerkschaft und politische Bewegung, die trotz aller Verbote und Sanktionen seitens der Staatsmacht zu einem wesentlichen Faktor der Demokratisierung Polens wurde.<sup>435</sup> Durch ihre Namensgebung und den Kampf gegen das kommunistische Herrschaftssystem wurde der Solidaritätsbegriff aus der Vereinnahmung der kollektivistischen Interpretation marxistisch-leninistischer Prägung gelöst. Mitte der 80er Jahre begann *Gorbatschow* mit der „*Perestroika*“, die in Leninscher Interpretation des Marxismus der auf *Stalin* zurückgehenden bürokratisch-diktatorischen Strukturen in der sowjetischen Gesellschaft abzubauen, was in Europa zum Zusammenbruch der kommunistischen Herrschaftssysteme und der UdSSR selbst führte.<sup>436</sup>

Der grundlegende Wandel im Menschenbild der ehemals sozialistischen Staaten lässt sich in einem neuen Menschenrechtsverständnis erkennen, wie es im Abschließenden Dokument des Wiener KSZE-Folgetreffens 1989 in der Akzeptanz der Betonung der zivilen und politischen Rechte durch die sozialistischen Staaten zum Ausdruck kommt<sup>437</sup>: „Die Teilnehmerstaaten beschließen ferner, eine Konferenz über die Menschliche Dimension der KSZE einzuberufen, um *weitere Fortschritte bei der Achtung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten ... zu erzielen.*“<sup>438</sup> Ungarn war in der Folge der erste frühere Ostblockstaat, der das Individualbeschwerderecht – Ausfluss eines individualistisch geprägten Menschenbildes – im Fakultativprotokoll zum

<sup>433</sup> Vgl ebd 22, 639.

<sup>434</sup> Vgl ebd 20, 536. Diesen als „Prager Frühling“ in die Geschichte eingegangenen Bestrebungen setzten Truppen des Warschauer Paktes am 21.08.1968 mit ihrem Einmarsch in die Tschechoslowakei ein jähes Ende.

<sup>435</sup> Vgl ebd 431.

<sup>436</sup> Vgl 536.

<sup>437</sup> Vgl *Neuhold/Hummer/Schreuer* Rz 1225.

<sup>438</sup> Abschließendes Dokument des Wiener KSZE-Folgetreffens (1986-1989), Wien, 15.01.1989. Zit n *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Materialenteil, D 189. Hervorhebung mit Kursivdruck durch den Verfasser.

VN-Pakt II über bürgerliche und politische Rechte ratifiziert hat<sup>439</sup>. Zwischenzeitlich ist dieser Pakt von 149 Staaten (Stand 07.07.2003) ratifiziert worden, darunter alle ehemaligen sozialistischen Staaten, die damit die Wende von einem prinzipiell kollektivistisch zu einem prinzipiell individualistisch geprägten Menschbild vollzogen haben.<sup>440</sup> Zum Europarat, dem nach Art 3 seiner Satzung „nur Staaten angehören können, die sich zur Wahrung der Menschenrechte und Grundfreiheiten verpflichten“, sind seit 1990 alle ehemaligen Ostblockstaaten beigetreten.<sup>441</sup> Am 01.05.2004 tritt der Beitrittsvertrag der Europäischen Union mit den ehemaligen Ostblockstaaten Estland, Lettland, Litauen, Polen, Tschechische Republik, Ungarn und Slowakische Republik sowie Slowenien in Kraft. Damit ist auch formal der Wandel zu einem an den Menschenrechten, der EMRK und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union orientierten Menschenbild vollzogen. Der Gedanke der dem kollektivistischen Denken inhärenten Solidarität ist dabei aber nur im Sinne der marxistisch-leninistischen Interpretation überwunden. Solidarität als Begriff, der sich nicht als Antithese zu den freiheitlich individualistischen Grundrechten buchstabiert, sondern als Bestandteil eines Menschenbildes, das den Menschen als Person und damit als freies und auf Sozietäten bezogenes Individuum zugleich erfasst, erfüllt eine wichtige Funktion, um ideologischen Solipsismen vorzubeugen.

---

<sup>439</sup> Vgl. *Neuhold/Hummer/Schreuer* Rz 1226. Art 1 erster Satz IPBPR: „Jeder Vertragsstaat des Paktes, der Vertragspartei dieses Protokolls wird, anerkennt die Zuständigkeit des Ausschusses zur Entgegennahme und Prüfung von Mitteilungen seiner Jurisdiktion unterstehender Personen, die behaupten, Opfer einer Verletzung der in diesem Pakt anerkannten Rechte durch diesen Vertragsstaat zu sein.“

<sup>440</sup> Nicht die Europäische Union und die Europäischen Gemeinschaften sind Vertragspartner der beiden Menschenrechtspakte 1966 IPWSKR und IPBPR, sondern die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Bei der „Ermittlung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Europäischen Gemeinschaftsrechts“ kann auf die „in ihnen niedergelegten Menschenrechtsverbürgungen“ zurückgegriffen werden. (Vgl. *Haratsch*, Die Bedeutung der UN-Menschenrechtspakte für die Europäische Union. Zit n <http://www.unipotsdam.de/u/mrz/mrm/paktkurz.htm>).

<sup>441</sup> Vgl. [http://www.coe.int/T/D/Com/Europarat\\_kurz/Mitgliedslaender/default.asp](http://www.coe.int/T/D/Com/Europarat_kurz/Mitgliedslaender/default.asp).

### 2.3.5.2 Der individualistische Ansatz

Schon unter Kapitel 2.3.1 war vom Menschenbild zwischen Individualität und Sozialität die Rede.<sup>442</sup> Während dort der komplementäre Charakter dieses Spannungsverhältnisses aufgezeigt worden ist, soll hier die Auswirkung des individualistischen Ansatzes auf das Gesellschaftsbild verdeutlicht werden. Immer dann, wenn in einer Sozietät „Interessen, Bedürfnisse und Rechte des Individuums gegenüber seiner sozialen Umgebung vorrangig“ bewertet werden, liegt potenziell ein Gesellschaftsbild individualistischer Prägung vor. Wird der Mensch als Einzelpersonlichkeit in theoretischer, ethischer oder gesellschaftlich-politischer Hinsicht als „eigtl. oder einzige Wirklichkeit“ aufgefasst und dient das Individuum „sinn- und wertmäßig als Zweckbestimmung, Gestaltungsnorm und Beurteilungsmaßstab“, sind die Parameter des Individualismusbegriffs erfüllt.<sup>443</sup> Ursprünglich aus der Aufklärungsphilosophie als Versuch hervorgegangen, das Individuum aus absolutistischen und klerikalen Bindungen zu befreien, legitimierte der Individualismus im 19. Jahrhundert die „Ausbildung ökonomisch und politisch ungleicher Strukturen als natürl. Ergebnisse des Rechtes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit“.<sup>444</sup> Die europäischen Verfassungen des 19. Jahrhunderts sind stark vom liberalen am Individualismus orientierten Grundmuster der Belgischen Verfassung von 1831 geprägt, insbesondere die Grundrechtskataloge der *Frankfurter Nationalversammlung 1848*, des *Kremsierer Reichstages 1849* und des *Staatsgrundgesetzes 1867*, das gemäß Art 149 B-VG in Österreich noch immer geltendes Recht ist. Statt der naturrechtlichen Herkunft und Prägung der Menschenrechte steht nun „die Sicherung bürgerlicher Rechte und Freiheiten in einem nationalen Rechtssystem“ im Vordergrund.<sup>445</sup>

---

<sup>442</sup> Zudem sei auf die Kapitel 1.1 und 1.3 verwiesen.

<sup>443</sup> Vgl Brockhaus 10, 457.

<sup>444</sup> Vgl ebd. Etymologisch ist das lateinische „Individuum“ eine Lehnübersetzung aus dem griechischen *ἀτομον* und meint „Unteilbares“ – in quantitativer Bedeutung den Einzelmenschen im Unterschied zur Gesellschaft, in qualitativer Bedeutung das Individuum als hervorragende Persönlichkeit. (Vgl ebd 458.)

<sup>445</sup> Vgl *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre 265.

In der individualistischen Grundkonzeption der bürgerlichen Grundrechtskataloge des 19. Jahrhunderts drückt sich „das neue Selbstbewusstsein und die gesellschaftsprägende Kraft des Besitz- und Bildungsbürgertums aus, das sich selbst in Staatsfreiheit verwirklichen wollte und den Staat nur als Instrument der rechtlichen Ordnung und des Schutzes dieser gesellschaftlichen Selbst-Entwicklung einrichtete“.<sup>446</sup> Neben der Gewährleistung der Rechte des Einzelnen durch die grundrechtliche Verankerung eines Grundrechtskatalogs ist die „Wahl einer Volksvertretung als Repräsentativkörper, in der sich die staatl. Willensbildung vollzieht und die die ständige Kontrolle der Regierung ausübt“, wesentliches Anliegen des Liberalismus.<sup>447</sup> Die liberale Gesellschaft verankert ihre politischen Wertvorstellungen gegen Freiheitsbeeinträchtigungen und Diskriminierungen durch die Staatsgewalt und andere antiliberale Mächte und Bedrohungen auf grundrechtlicher Ebene durch den *status negativus*.<sup>448</sup> Während den älteren Menschenrechtskatalogen des 18. Jahrhunderts der „Gegensatz von Freiheit und sozialer Sicherheit noch völlig fremd“ war und die *Virginia Bill of Rights* 1776 nicht nur Freiheit, sondern auch „happiness and safety“<sup>449</sup> und die *Französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* 1789 „soziale Unterschiede nur im gemeinsamen Nutzen begründet“<sup>450</sup> gewährleisten wollten, kommt es durch die liberalbürgerlichen Grundrechtskataloge des 19. Jahrhunderts zur Trennung der Freiheitsrechte von den Aufgaben der Regierung und zum *status negativus* im Sinne von Abwehrrechten gegen Staatseingriffe. Die Einseitigkeit dieser bloß *negativen* Freiheits- und Gleichheitsgarantien ist, zumal angesichts der „heutigen Staatlichkeit und gesellschaftlichen Lage des Menschen“, offensichtlich und bedarf im Kontext einer „Grundrechtssolidarität“ der Ergänzung durch soziale Grundrechte,

<sup>446</sup> Vgl ebd 265.

<sup>447</sup> Vgl Brockhaus 13, 350.

<sup>448</sup> Vgl *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre 165.

<sup>449</sup> Art 1 Virginia Bill of Rights: „That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.“

<sup>450</sup> Art 1 zweiter Satz Französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte: „Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.“

die nicht nur den *status positivus* im Sinne von Staatsleistungen, sondern auch den *status activus* im Sinne der eigenberechtigten Ausübung öffentlicher Funktionen gewährleisten.<sup>451</sup> Tatsächlich haben sowohl konservativ als auch sozialdemokratisch regierte westliche Staaten „nur zögernd“ soziale Grundrechte akzeptiert<sup>452</sup>, während Staaten des ehemaligen Ostblocks bis zur Wende 1989 nicht bereit waren, „die liberalen Abwehrrechte gegen den Staat zu gewähren.“<sup>453</sup> Ein Gesellschaftsbild individualistischer Prägung ist für an den Menschenrechten orientierte Gesellschaftsordnungen und Staaten der Gegenwart durchaus positiv zu bewerten, sofern es durch die soziale Komponente ergänzt und damit dem Menschen als bilaterales Wesen - frei und gemeinschaftsbezogen zugleich - gerecht wird.

---

<sup>451</sup> Vgl. *Pernthaler* unter Bezugnahme auf *P. Saladin* und *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre 267-269. Dass die Grundrechte Eigentum, Freiheit und Gleichheit de facto nur denen gewährleistet sind, „die sie auf Grund ihrer gesellschaftlichen Stellung schon haben“ und den anderen Menschen „das materielle Substrat der Freiheit und Gleichheit“ fehlt, um mit diesen Grundrechten überhaupt etwas anfangen zu können, weil ihre tatsächliche wirtschaftliche, rechtliche und politische Lage durch die Armut ganz anders determiniert ist als die des Besitz- und Bildungsbürgertums, haben schon *Karl Marx* und andere Sozialisten erkannt und zurecht darauf hingewiesen. (Vgl. – in gleicher Einschätzung – *Pernthaler*, ebd 267.)

<sup>452</sup> So befinden sich zB im Grundrechtskatalog der österreichischen Bundesverfassung keine Bestimmungen, die soziale Grundrechte normieren. Durch die Ratifizierung internationaler Übereinkommen bzw Konventionen, wie der Europäischen Sozialcharta 1961 (ESC), des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 1966 (IPWSKR), verschiedener ILO-Übereinkommen und der Grundrechtscharta der Europäischen Union (GRC) haben soziale Rechte Eingang in die österreichische Rechtsordnung gefunden. Im Gegensatz zur EMRK ist die ESC aber nicht unmittelbar anwendbar und auch nicht im Verfassungsrang. Auch der IPWSKR wurde nicht im Verfassungsrang ratifiziert und zudem einem Erfüllungsvorbehalt unterworfen, so dass sich seine innerstaatliche Rechtswirkung im Wesentlichen auf die völkerrechtskonforme Auslegung der zur Erfüllung des IPWSKR ergangenen Bestimmungen beschränkt. (Vgl. 229 BlgNR 14.GP; Genehmigungsbeschluss des NR v 07.12.1978, BGBl 1978/950.) Die GRC wurde in den am 18.06.2004 beschlossenen Text des EU-Verfassungsvertrages aufgenommen und wird im Falle der Ratifizierung durch die Mitgliedstaaten primärrechtlich verankert. Die Schweiz hat 1999 in den Art 11, 12, 19 und 29 Abs 3 *einige* direkt einklagbare soziale Grundrechte in ihre neue BV aufgenommen. Darüber sind in der Schweiz die EMRK und die VN-Pakte 1966 in Kraft. Deutschland ist nach Art 20 GG ein *Sozialstaat*, dessen ungeachtet enthält das GG nur wenige soziale Grundrechte.

<sup>453</sup> Vgl. *Neuhold/Hummer/Schreuer* Rz 1225.

### 2.3.5.3 Der entwicklungspolitische Ansatz

Die Erörterung des Menschenbildes im Kontext des Gesellschaftsbildes wäre unzureichend ohne Erwähnung des entwicklungspolitischen Ansatzes. Eine Vielzahl von Staaten ist der Gruppe der Entwicklungsländer zuzuzählen.<sup>454</sup> Gerade aus diesen Ländern ist das neue Menschenrechtsverständnis im Sinne von einem Recht auf internationale Solidarität gekommen. Im Gegensatz zu den bürgerlichen und politischen Rechten sowie zu den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten werden dem Paradigma der internationalen Solidarität ua „das Recht auf Entwicklung, auf Verfügung über die natürlichen Ressourcen, auf eine lebenswerte Umwelt, auf Teilnahme am gemeinsamen Erbe der Menschheit sowie auf Frieden, Solidarität und Abrüstung“ subsumiert.<sup>455</sup> Das Recht auf internationale Solidarität als generelles Postulat hat mit seinem politisch-ethischen und zugleich menschenrechtlichen Charakter eine ausgeprägte rechtsethische Dimension und ist teilweise positivrechtlich bzw völkerrechtlich verankert worden.<sup>456</sup> Die Vereinten Nationen haben mit der Dekolonisierungsdeklaration 1960 und durch die VN-Pakte IPBPR und IPWSKR 1966 „das Recht der Völker auf Selbstbestimmung“ und mit der Deklaration über das Recht auf Entwicklung 1986 allen Menschen und Völkern das Recht eingeräumt, „an der sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Entwicklung, in der letztlich alle Menschenrechte und Grundfreiheiten voll verwirklicht werden, teilzunehmen“.<sup>457</sup> In der Diskussion um die Deklaration über das Recht auf

---

<sup>454</sup> Die Bezeichnung „Entwicklungsländer“ korrespondiert heute mit dem – nicht unumstrittenen – Begriff „dritte Welt“. Mit sog *Entwicklungsindikatoren* wie Bruttosozialprodukt pro Einwohner, Lebenserwartung bei der Geburt, Kindersterblichkeit, Bevölkerungswachstum uäm werden Entwicklungsländer und „entwickelte“ Länder abgegrenzt. (Vgl Brockhaus 6, 441.) Während 2003 das Bruttoinlandsprodukt pro Einwohner in der Schweiz zB 36.739 US\$, in den USA 36.210, in Österreich 25.361 und in Deutschland 24.128 US\$ betrug, erreichte es im gleichen Zeitraum in Brasilien zB 2.620 US\$, in Rumänien 1.915, auf den Philippinen 969, in Armenien 622 und in Äthiopien 89 US\$. (Vgl Brockhaus Enzyklopädie Jahrbuch 2003.)

<sup>455</sup> Vgl *Neuhold/Hummer/Schreuer* Rz 1221.

<sup>456</sup> Vgl ebd Rz 1222.

<sup>457</sup> Vgl ebd Rz 178 f.

Art 2 Deklaration über die Gewährung der Unabhängigkeit an koloniale Länder und Völker, Res der GV der VN 1514 (XV), 14.12.1960: „All peoples have the right to self-

Entwicklung wurde auch die Frage nach einer Reihung der verschiedenen Rechte zur Sprache gebracht. Vertreter von Industriestaaten brachten vor, „dass zunächst die bürgerlichen und politischen Rechte des Einzelnen geachtet werden müssten, bevor das Recht auf Entwicklung umgesetzt werden könne“. Vertreter von Entwicklungsländern betonten die umgekehrte Vorgangsweise, „dass zunächst Entwicklung stattfinden müsse, bevor bürgerliche und politische Rechte greifen könnten“.<sup>458</sup> Darin zeigt sich der interkulturelle Diskurs über Grund- und Menschenrechte und die Einbettung von deren Vorverständnis und Interpretation im jeweiligen Gesellschaftsbild. *Habermas* weist zurecht darauf hin, dass es „normativ betrachtet“ gleiche Freiheitsrechte für privatautonome Gesellschaftsbürger nicht geben kann „ohne jene Kommunikations- und Teilnahmerechte, die gleichzeitig die politische Autonomie der Staatsbürger konstituieren“. Eine „eigenartige Spannung zwischen dem universalen Sinn der Menschenrechte und den lokalen Bedingungen ihrer Verwirklichung“ bleibt bestehen und kommt gerade auch in der unterschiedlichen Schwerpunktsetzung und im unterschiedlichen Paradigma im Verständnis der Grund- und Freiheitsrechte zum Ausdruck.<sup>459</sup> In der Auseinandersetzung um das neue Menschenrechtsverständnis wird die Solidarität „wieder stärker als *Grundstruktur* und nicht als verspottete oder verachtete ‚*ethische Tönung*‘ des Rechtsgebrauchs“ gesehen.<sup>460</sup> Auch in der Hermeneutik kann der „pure Austausch von Meinungen und die Bestätigung von Differenz“ nicht alleiniges Ziel von Verständigungsprozessen sein. Das *Miteinandersprechen* muss zu einem gelingenden *Miteinanderleben* der Menschen führen. Für *Hans-Georg Gadamer* ist das Ziel der

---

determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.“

Art 1 Abs 1 Erklärung über das Recht auf Entwicklung, Res der GV der VN 41/128, 04.12.1986: „Das Recht auf Entwicklung ist ein unveräußerliches Menschenrecht, kraft dessen alle Menschen und Völker Anspruch darauf haben, an einer wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und politischen Entwicklung, in der alle Menschenrechte und Grundfreiheiten voll verwirklicht werden können, teilzuhaben, dazu beizutragen und daraus Nutzen zu ziehen.“

<sup>458</sup> Vgl <http://www.uno.de/menschen/menschenrechte/pressemappe/entwickl.htm>.

<sup>459</sup> Vgl *Habermas* in Brunkhorst/Köhler/Lutz-Bachmann 216 f.

<sup>460</sup> Vgl *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre 285 unter Bezugnahme auf *Saladin*.

Verständigungsprozesse „letztlich sogar: die Solidarität der Menschheit als ganze“.<sup>461</sup>

---

<sup>461</sup> Vgl. *Teufel* in *Sein, das verstanden werden kann, ist Sprache* 20.