

Die anonyme Matrix:

Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure*

Von Gunther Teubner, Frankfurt a.M.

(erschienen in: Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht 44, 2006,161-187)

I. HIV/AIDS versus MNE

Die katastrophale Aids-Epidemie, deren Todesopfer weltweit die Zahl der Toten aller Bürgerkriege der 90er Jahre überstiegen hat¹, nahm in Südafrika mit dem Rechtsfall „Hazel Tau vs. Glaxo and Boehringer“ eine besondere Wendung². Der Fall übersetzt die vieldimensionale gesellschaftliche Problematik in die folgenden engeren *quaestiones juris*: Verletzte die Preispolitik multinationaler Pharma-Unternehmen fundamentale Menschenrechte? Können betroffene Aids-Kranke ihr Grundrecht auf Leben unmittelbar gegen multinationale Pharma-Unternehmen gerichtlich geltend machen? Gibt es im privaten Sektor „Access to Medication as a Human Right“³? Allgemeiner: Verpflichten die Menschenrechte nicht nur die Staaten, sondern unmittelbar auch private transnationale Akteure⁴?

39 Pharmaunternehmen, vertreten durch die Pharmaceutical Manufacturers' Association of South Africa (PMASA), riefen die nationalen Gerichte Südafrikas an⁵. Im Oktober 2003 hatte die nationale Wettbewerbskommission eine Entscheidung zu treffen, ob die Beschwerdeführer ein einklagbares Recht auf Zugang zu HIV-Medikamenten gegen die Unternehmen „GlaxoSmithKline und Boehringer Ingelheim“ haben. Sie hatten ihre Rechtsposition juristisch-technisch damit begründet, dass die Pharma-Unternehmen gegen Art. 8(a) des Competition Act 89 of 1998 verstoßen hätten, weil sie zum Schaden der Verbraucher für Antiretrovirale überhöhte Preise verlangt hätten. In der Sache beschuldigten sie private Kollektivakteure, gegen ihre Verpflichtungen aus fundamentalen Menschenrechten verstoßen zu haben: „The excessive pricing of ARVs is directly responsible for premature, predictable and

* Plenarvortrag, Weltkongress der Rechtsphilosophie und Sozialphilosophie, 24.-29. Mai 2005, Granada. Ich danke Marc Amstutz, Sonja Buckel, Ralph Christensen, Andreas Fischer-Lescano, Günter Frankenberg, Isabell Hensel, Soo-Hyun Oh und Thomas Vesting für Anregungen und Kritik.

¹ *High-level Panel on Threats, Challenges and Change* (2004), *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, New York, 2004, Ziff. 44, 48, <http://www.un.org/secureworld> (Stand 19.12.2005).

² *South Africa Competition Commission*, Hazel Tau et al. vs. GlaxoSmithKline, Boehringer Ingelheim et al. (Entscheidung v. 16.12.2003), <http://www.compcom.co.za/> (Stand 19.12.2005).

³ Dazu *Holger Hestermeyer*, *Access to Medication as a Human Right*: Max Planck Yearbook of United Nations Law 8 (2004), S. 101 (103 ff.); *Alicia Ely Yamin*, *Not Just a Tragedy: Access to Medications as Right under International Law*: Boston University International Law Journal 21 (2003), S. 101 (101 ff.).

⁴ Dazu in rechtsvergleichender Sicht *Gavin W. Anderson*, *Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism*: The Canadian Journal of Law & Jurisprudence 17 (2004), S. 31 ff.

⁵ *Naomi Bass*, *Implications of the TRIPS Agreement for Developing Countries: Pharmaceutical Patent Laws in Brazil and South Africa in the 21st Century*: George Washington International Law Review 34 (2002), S. 191 (192).

avoidable deaths of people living with HIV/AIDS, including both children and adults⁶.“ Das überraschende Ergebnis: Die südafrikanische Wettbewerbskommission gab, auch wenn sie den Unternehmen eine Amortisation von Entwicklungskosten zugestand, den Beschwerdeführern im Grundsatz Recht⁷.

Die Frage nach der „horizontalen“ Grundrechtswirkung, also die Frage, ob Grundrechte nicht nur staatlichen Instanzen, sondern auch privaten Akteuren unmittelbar Verpflichtungen auferlegen, nimmt im transnationalen Raum sehr viel dramatischere Dimensionen an, als sie im nationalen Raum je hatte. Sie stellt sich nicht nur für Menschenrechtsverletzungen von Pharma-Unternehmen in der weltweiten Aids-Epidemie⁸, sondern hat schon in mehreren Skandalen, in die multinationale Unternehmen verwickelt waren, Aufsehen erregt⁹. Ich greife einige eklatante Fälle heraus: Umweltverschmutzung und unmenschliche Behandlung lokaler Bevölkerungsgruppen, etwa durch Shell in Nigeria¹⁰; der Chemieunfall in Bhopal¹¹; skandalöse Arbeitsbedingungen in *sweatshops* in Asien und Lateinamerika¹²; Kinderarbeit bei IKEA und NIKE¹³; der gegen den Sportartikelhersteller Adidas erhobene Verdacht, in China Fußbälle von Zwangsarbeitern fertigen zu lassen¹⁴; der Einsatz hochgiftiger Pestizide in Bananenplantagen¹⁵; Verschwindenlassen gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer¹⁶; Umweltschäden bei Großbauprojekten¹⁷. Die Liste ließe sich

⁶ *South Africa Competition Commission* (FN 2), Ziff. 17.

⁷ *South Africa Competition Commission*, Presseerklärung 33 v. 16.10.2003, <http://www.compcom.co.za> (Stand: 19.12.2005). Zu diesem Fall: *Law and Treatment Access Unit of the AIDS Law Project und Treatment Action Campaign, The Price of Life. Hazel Tau and Others vs. GlaxoSmithKline and Boehringer Ingelheim: A Report on the Excessive Pricing Complaint to South Africa's Competition Commission*, Juli 2003, http://www.alp.org.za/view.php?file=/resctr/pubs/20030813_PriceCover.xml (Stand: 19.12.2005).

⁸ Details bei *Andreas Fischer-Lescano und Gunther Teubner*, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*: Michigan Law Journal of International Law 25 (2004), S. 999 (1023 ff.).

⁹ *Stephen G. Wood und Brett G. Scharffs*, *Applicability of Human Rights Standards to Private Corporations: An American Perspective*: American Journal of Comparative Law 50 (2002), S. 531 (539).

¹⁰ Siehe etwa *Sibylle Pohly-Bergstresser*, *Der Ogoni-Shell-Komplex: Zur Geschichte einer Grass-Roots-Bewegung*, in: Rolf Hofmeier (Hrsg.), *Afrika-Jahrbuch 1995, 1996*, S. 35-44 und *Ken Saro-Wiwa*, *Flammen der Hölle. Nigeria und Shell: Der schmutzige Krieg gegen die Ogoni*, 1996.

¹¹ *Uwe Hoering*, *Bhopal und kein Ende oder: Der Second-hand-Kapitalismus und die Ökologie: Peripherie: Zeitschrift für Politik und Ökonomie in der Dritten Welt* 6 (1985), S. 53 ff.

¹² *Archon Fung, et al.*, *Can We Put an End to Sweatshops?*, Ann Arbor, 2004.

¹³ Siehe etwa *Sarah Cleveland*, *Global Labor Rights and the Alien Tort Claims Act*: Texas Law Review 76 (1998), S. 1533 (1551 ff.).

¹⁴ *Dirk Holtbrügge und Nicola Berg*, *Menschenrechte und Verhaltenskodizes in multinationalen Unternehmungen*, in: Petra Bendel und Thomas Fischer (Hrsg.), *Menschen- und Bürgerrechte: Ideengeschichte und Internationale Beziehungen*, 2004, S. 181 (179).

¹⁵ So sind Plantagenarbeiter der Standard Fruit Company in Costa Rica erfolgreich gegen die Dow Chemical Corporation in Texas vor einem Gericht in den USA vorgegangen, da sie der giftigen Substanz Dibromochloropropane (DBCP) ausgesetzt waren (786 S.W.2d 674 (Tex. 1990)); siehe auch *Emily Yozell*, *The Castro Alfaro Case: Convenience and Justice-Lessons for Lawyers in Transcultural Litigation*, in: Lance Compa und Stephen Diamond (Hrsg.), *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Philadelphia, 1996, S. 273 ff.

¹⁶ *Gaby Weber*, *Die Verschwundenen von Mercedes-Benz*, 2001.

verlängern. Die skandalisierten Ereignisse füllen Bücher. In ihrem Kern steht der Vorwurf, dass die multinationalen Unternehmen als „preeminent agents of environmental degradation“¹⁸ der Umwelt und den Menschen nachhaltige und nicht wiedergutzumachende Schäden zufügen¹⁹.

Aber es erweist sich im transnationalen Raum als außerordentlich schwierig, auf bekannte Lösungsmuster der nationalstaatlichen Verfassungsrechte zurückzugreifen. Diese haben sich zwar dem Problem der horizontalen Grundrechtswirkung gestellt, sie weichen aber regelmäßig der heiklen Frage, ob private Akteure unmittelbaren Grundrechtsverpflichtungen ausgesetzt sind, dadurch aus, dass sie eine Fülle von Doktrinen entwickeln, wonach die Grundrechte nur „mittelbare“ Wirkungen im privaten Sektor entfalten²⁰. In starker Vereinfachung sind dafür zwei Konstruktionen verantwortlich, die in den verschiedenen nationalen Verfassungsrechten in zahlreichen Varianten vorkommen. Nach der *State-action*-Doktrin sind private Akteure von der Grundrechtsbindung prinzipiell ausgenommen, es sei denn, in ihren Handlungen lässt sich ein Element von *state action* identifizieren, sei es durch Verwicklung staatlicher Instanzen, sei es dass sie selbst öffentliche Funktionen ausüben²¹. Nach der Lehre der „strukturellen Grundrechtswirkung“ strahlen zwar die Grundrechte auf die gesamte Rechtsordnung aus, so dass, wenn es im privaten Sektor zur Anwendung staatlichen Rechts kommt, die Grundrechte beachtet werden müssen. Aber mit der Beschränkung auf die Rechtsordnung ist zugleich impliziert, dass die privaten Akteure selbst keiner direkten Verpflichtung aus Grundrechten unterliegen²².

Gegenüber transnationalen Kollektivakteuren im privaten Sektor stellt sich die Frage ihrer eigenen Grundrechtsbindung sehr viel schärfer. Hier fehlt es an der Allgegenwart nationalstaatlichen Handelns und nationalstaatlichen Rechts, so dass *state action* und strukturelle Rechtswirkung der Grundrechte nur in wenigen Konstellationen greifen. Auf der anderen Seite regulieren transnationale Privatakteure, insbesondere multinationale Unternehmen, über eigene globale

¹⁷ Oren Perez, *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict*, Oxford, 2004, S. 159 ff.

¹⁸ Aseem Prakash, Book Review: *Indian Global Legal Studies* 5 (1997), S. 575 (576).

¹⁹ Statt aller: Martin Khor, *Global Economy and the Third World*, in: Jerry Mander und Edward Goldsmith (Hrsg.), *The Case against Global Economy and for a Turn Toward the Local*. San Francisco, 1996, S. 47 (48 f.); Mark B. Baker, *Tightening the Toothless Vise: Codes of Conduct and the American Multinational Enterprise: Wisconsin International Law Journal* 20 (2001), S. 89 ff.

²⁰ Dazu in rechtsvergleichender Sicht Daniel Friedman und Daphne Barak-Erez, *Human Rights in Private Law*, Oxford, 2001; Anderson (FN 4); aus der internationalen Diskussion der Grundrechtsdrittwirkung für England: Adam Tomkins, *Introduction: On Being Sceptical about Human Rights*, in: Tom Campbell, et al. (Hrsg.) *Sceptical Essays on Human Rights*. Oxford, 2001, S. 1 (4); für Israel: Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law: Review on Constitutional Studies* 3 (1996), S. 218 ff.; für Südafrika: Halton Cheadle und Dennis Davis, *The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere: South African Journal on Human Rights* 12 (1996), S. 44 ff.

²¹ Rechtsvergleichend Anderson (FN 4), S. 31 ff.; zur bloßen Wirkung auf die staatlichen Privatrechtsnormen und zur Grundrechtsfreiheit von privatrechtlichen Beziehungen Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht: Archiv für die civilistische Praxis* 184 (1984), S. 202 (210 ff.).

²² Diese Implikation wird besonders deutlich bei Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz*, 1999, S. 30-62; deutliche Kritik dieser Implikation, weil sie gesellschaftliche Räume letztlich grundrechtsfrei hält, bei Gert Brüggemeier, *Constitutionalization of Private Law - The German Perspective*, in: Tom Barkhuysen und Siewert Lindbergh (Hrsg.), *Constitutionalization of Private Law*, Leiden 2006 (im Erscheinen), Manuskript S. 15 ff.

Regimes ganze Lebensbereiche, so dass der Frage nicht mehr ausgewichen werden kann, wie es mit der Geltung von Grundrechten in privaten transnationalen Ordnungen steht.

Dies stellt die Rechtspolitik und die Verfassungsrechtsdogmatik vor außerordentliche Probleme. Doch wäre es zu einfach, die Frage *via directa* zu politisieren, also auf die politische Bifurkation von liberalen und sozialdemokratischen Grundrechtskonzeptionen, von hegemonialen oder gegenhegemonialen Strategien oder von Empire vs. Multitude zu führen²³. Dies liefe auf die politische Dezision hinaus: entweder ausschließlich staatsgerichtete Grundrechtsgeltung oder ihre gesellschaftsweite Durchsetzung²⁴. Ich schlage dagegen vor, die gewohnten Pfade zu verlassen und einen Umweg durch unübersichtliches rechts- und sozialtheoretisches Gelände zu machen. Dieser beginnt bei divisionalen Grundrechtskonzepten und endet bei ökologischen Grundrechtskonzepten. Nach diesem Umweg eröffnet sich ein anderer Ausblick auf die Horizontalwirkung der Grundrechte im transnationalen privaten Sektor. Er lässt sich als Frage formulieren: Gelingt es, die „horizontale“ Grundrechtswirkung von innergesellschaftlichen Konflikten auf System/Umwelt-Konflikte umzudenken? Oder anders: von inter-personalen Konflikten zwischen individuellen Grundrechtsträgern auf Konflikte zwischen anonymen Kommunikationsprozessen einerseits und konkreten Individuen andererseits?

II. Divisionale Grundrechtskonzepte

Was gewinnt man, was verliert man, wenn man diesen Umweg geht und die Grundrechtsfrage nicht mehr wie die Tradition als ein Ausgleichsproblem zwischen den Teilen des gesellschaftlichen Ganzen begreift, sondern als das Folgeproblem der Expansion eines Sozialsystems in seine sozialen, humanen und natürlichen Umwelten? Auf unsere Problematik gewendet: Was gewinnt man damit für die „horizontale“ Geltung der Menschenrechte in globalisierten Gesellschaftssektoren außerhalb der institutionalisierten Politik?

Die europäische Tradition hat bei der Suche nach menschengerechten Institutionen stets einen „angemessenen“ Ausgleich zwischen dem gesellschaftlichen Ganzen und seinen Teilen angestrebt. Immer schon oszillierte sie zwischen Erfahrungen einer differenzierten gesellschaftlichen Ordnung und abstrakten Vorstellungen der Angemessenheit ihres inneren Ausgleichs. Gerechtigkeit der Institutionen gegenüber den Menschen war die Suchformel der Rechtssemantik, die auf die Wandlungen der Sozialstruktur reagierte²⁵. Der Begriff der divisionalen Gerechtigkeit bezeichnet jeweils neu schmerzhaft Erfahrungen mit der inneren

²³ Zu explizit politischen Strategien einer Vergesellschaftung der Grundrechte *Anderson* (FN 4), S. 33 ff.; *Michael Hardt* und *Antonio Negri*, *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*, New York, 2004, S. 202 ff.; *Dennis M. Davis, et al.*, *Social Rights, Social Citizenship, and Transformative Constitutionalism: A Comparative Assessment*, in: *Joanna Conaghan, et al. (Hrsg.), Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford, 2002, S. 511-534.

²⁴ Dieser Vorschlag stammt von *Anderson* (FN 4), S. 33 ff.

²⁵ Zu diesem Zusammenhang von rechtsbegrifflichen Veränderungen und gesellschaftlichem Strukturwandel *Niklas Luhmann*, *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft*, in: *ders. (Hrsg.), Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 2, 1981, S. 45-104.

Spaltung der Gesellschaft. Kann trotz dieser Spaltung ein gerechter Ausgleich zwischen den Einzelmenschen untereinander und zwischen ihnen und der Gesellschaft gefunden werden? Oder in anderen Varianten: Lässt sich ein angemessener Ausgleich zwischen Gesellschaftsteilen - Ständen, Klassen, Schichten, Interessengruppen, ethnisch-kulturellen Identitäten, gesellschaftlichen Feldern, Teilrationalitäten - untereinander und zwischen den Teilen und dem gesellschaftlichen Ganzen finden? Oder lassen sich menschengerechte Institutionen überhaupt erst verfassen, wenn die Spaltung der Gesellschaft überwunden und eine neue Einheit der Gesellschaft hergestellt ist?

Gerechtigkeit der Institutionen gegenüber den Menschen wurde in dieser Sicht, die ich als divisional bezeichne, als Problem der inneren Differenzierung der Gesellschaft in ungleiche Teile – dramatischer: ihrer zerstörerischen Spaltungen, ihrer Macht- und Verteilungskämpfe, ihrer antagonistischen Konflikte - wahrgenommen. Wie ist die gerechte Einheit der Gesellschaft trotz ihrer selbstzerstörerischen Zersplitterung zu gewährleisten? Die klassische Antwort hieß: nicht Aufhebung der Spaltung, sondern *suum cuique*. Die gefährlichen Spaltungstendenzen wurden dadurch entschärft, dass den Teilen der ihnen in der Gesamtordnung zukommende Platz zugewiesen wurde. Den konkreten Menschen, die als integrale Bestandteile der Gesellschaft angesehen wurden, wurde man gerecht durch die bekannten komplementären Formeln der *justitia distributiva* – das Ganze teilt den Teilen (Individuen, Gruppen, Sektoren) den ihnen gebührenden Teil zu – und der *justitia commutativa* – die gerechte Beziehung der Teile (Individuen, Gruppen, Sektoren) im Verhältnis zueinander.

Auch wenn stets die divisionale Sicht vorherrschte, wurde doch das Verhältnis von Ganzem und Teilen und ihr gerechter Ausgleich historisch je verschieden wahrgenommen. Die Adelsgesellschaft regelte primär das Verhältnis der Stände zueinander, das als naturgegebene Hierarchie zwischen den *partes majores*, die zugleich das als *corpus* verstandene Ganze der Gesellschaft repräsentieren, und den *partes minores*, Gerechtigkeit verbürgte. Die einzelnen Menschen waren immer schon im Stand oder in den Korporationen als ganze aufgehoben²⁶. Subjektive Rechte oder gar Grundrechte als einseitige Berechtigungen im modernen Sinne gab es nicht. Stattdessen herrschte die Vorstellung des *ius* vor, als einer komplexen in sich selbst gerechten Ausgleichsbeziehung zwischen verschiedenartigen Teilen, etwa zwischen Feudalherren und Vasallen als Treue- und Fürsorgebeziehungen in asymmetrischer (hierarchischer) Reziprozität²⁷.

Die bürgerliche Revolution rebellierte gegen die ungerechten Verteilungsverhältnisse zwischen den Ständen. Auf das Problem der divisionalen Ungerechtigkeit reagiert sie mit der Forderung nach Gleichheit aller Teile der Gesellschaft. Besonders die Grundrechte folgen einer neuen, aber ihrerseits divisionalen, Logik: Freiheit der Glieder gegenüber dem Ganzen, Gleichheit untereinander und Solidarität als wechselseitige Unterstützung. Liberale Theorien denken den neuen Divisionalismus konsequent zu Ende. Die Gesellschaft besteht nur aus Individuen. Gerechtigkeit wird durch selbststeuernde *invisible hands*, die die grundrechtsgesicherten Autonomieräume der Individuen koordinieren, verbürgt: ökonomische Märkte, politische Wahlen, Konkurrenz der Meinungen, freies Spiel der

²⁶ Otto von Guericke, Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902, S. 26 ff.

²⁷ Michel Villey, Leçons d'histoire de la philosophie du droit, Paris, 1957, S. 249 ff.

wissenschaftlichen Erkenntnisse. Eingriffe kompensatorischer Gerechtigkeit sind nur zur Reinigung der Selbststeuerung zulässig.

Die Gesellschaftstheorie der proletarischen Revolution steht dazu konträr, ist aber wiederum divisional angelegt. Die Totalität der Gesellschaft besteht aus den – ökonomischen Strukturwidersprüchen entstammenden – sozialen Klassen. Gerechtigkeit wird erst möglich, wenn aus deren antagonistischen Konflikten die klassenlose Gesellschaft geboren wird. In sozialdemokratischen Wohlfahrtsstaatskonzepten werden aus den Gesellschaftsteilen der Klassen Schichten. Auch hier herrscht eine divisionale Sicht vor, besonders der Grundrechte zweiter Generation. Soziale und partizipatorische Grundrechte zielen auf Angleichung der Lebensverhältnisse unterschiedlicher Schichten als politisch-staatlich garantierter Gerechtigkeit²⁸.

Letztlich folgen auch die großen Sozialtheorien divisionalen Mustern. Am deutlichsten wird dies in Konzepten sozialer Arbeitsteilung, die den gerechten Ausgleich in organischer statt in mechanischer Solidarität findet²⁹. Im klassischen Funktionalismus findet sich das divisionale Element darin, dass ein Ausgleich durch Tauschrelationen verschiedener Funktionssphären stattfindet und Ultrastabilität durch Ausgleichsmechanismen bei gelegentlichen Störungen, notfalls durch staatliche Kompensationen aus Wachstumserträgen, erfolgt³⁰. Und in Konflikttheorien treten unlösbare Dauerkonflikte an die Stelle des gerechten Ausgleichs zwischen den Teilen. Im Polytheismus der Moderne zwischen unterschiedlichen Rationalitätssphären ist die Hoffnung auf einen gerechten Dauerausgleich einem resignativen Sichabfinden mit einer Kette von tragischen Entscheidungen gewichen³¹.

Speziell für Menschenrechte haben solche Divisionstheorien der Gesellschaft die Konsequenz, dass diese als subjektive Rechte der Teile gegen den die Gesellschaft repräsentierenden Staat konzipiert werden³². Entsprechend fallen die Versionen der Horizontalwirkung der Grundrechte im privaten Sektor aus³³. Es geht um Teilhabe an gesellschaftlichen Ressourcen – Macht, Reichtum, Wissen - nach dem Muster der *justitia distributiva* oder *commutativa*, entweder Verlängerung des distributiven Musters Staat-Bürger in die Gesellschaft hinein oder aber Ressourcenverteilung nach dem kommutativen Muster: Grundrechte als subjektive Rechte der Gesellschaftsteile gegeneinander. Dann kommt man zu einer Abwägung

²⁸ Etwa *Bo Rothstein*, *Just Institutions Matter: The Moral and Political Logic of the Universal Welfare State*, Cambridge, 1998.

²⁹ *Emile Durkheim*, *Über die Teilung der sozialen Arbeit*, 1977, S. 83 ff.

³⁰ *Talcott Parsons*, *Das System moderner Gesellschaften*, 1972, S. 20 ff.

³¹ *Max Weber*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1968, S. 605 ff.; dazu aufschlussreich *Wolfgang Schluchter*, *Religion und Lebensführung*, Bd. 1, 1988, S. 302.

³² *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 473 ff.

³³ Symptomatisch für das rein individualistische Verständnis der Grundrechtsdrittwirkung *Hester Lessard*, *The Idea of the "Private": A Discussion of State Action Doctrine and Separate Sphere Ideology*: *Dalhousie Law Review* 10 (1986), S. 107 ff.

von individuellen Grundrechtspositionen privater Akteure gegeneinander³⁴. Insgesamt bleibt aber unklar, in welchem Umfang und unter welchen Bedingungen Grundrechte in nicht-politischen Gesellschaftssektoren Geltung beanspruchen können.

III. Ökologische Grundrechtskonzepte

Tiefer setzt dagegen die Frage an: Ist es überhaupt angemessen, die Gerechtigkeit der Institutionen gegenüber den Menschen als (Ver-) Teilungsgerechtigkeit zwischen Ganzem und Teilen (bzw. den Teile untereinander) zu fassen? Und Menschenrechte als - formale, materielle oder prozedurale - Garantien der Individuen gegenüber dem gesellschaftlichen Ganzen, dem Staat als Organisationsform der Gesamtgesellschaft (bzw. als wechselseitige Garantien der Teile) anzusehen?

In sozialtheoretischer Sicht stellt sich hier die Frage: Ist die damit immer angesprochene innere Spaltung der Gesellschaft, die Ungerechtigkeit als Ungleichheit unter den Menschen schafft, nicht nur ein sekundäres Phänomen? Sie versteht die primäre Bedeutung der Binnendifferenzierung der Gesellschaft anders, nämlich als ein Produkt der Auseinandersetzung von verselbständigten Kommunikationsnetzwerken mit ihren Umwelten. Am schärfsten wird dies von der Systemtheorie gesehen, die die Verselbständigung von Kommunikationsnetzwerken als radikale Exklusion der Menschen aus der Gesellschaft analysiert³⁵. Die Systemtheorie nimmt hier aus der sozialtheoretischen Tradition Theoreme gesellschaftlicher Entfremdung in zeitgemäßer Fassung wieder auf³⁶. An diesem Ort bestehen heimliche Kontakte zu offiziellen Feindtheorien, zu *Foucaults* Analysen der Disziplinarmacht, *Agambens* Kritik der gesellschaftlichen Exklusion, *Lyotards* Theorie der geschlossenen Diskurse und *Derridas* Denken über Gerechtigkeit, auch wenn diese Kontakte offiziell von allen Seiten dementiert werden³⁷. Das kann hier nur angedeutet, nicht aber ausgeführt werden.

Die uns jetzt interessierende juristische Anschlussfrage heißt: Wenn die Menschen nicht Teile der Gesellschaft sind, sondern für immer aus der Gesellschaft verbannt sind, wie muss man dann das Problem der Menschenrechte umdenken?

³⁴ Repräsentativ das Bundesverfassungsgericht im Bürgerschaftsfall BVerfGE 89, 214 ff.; ebenso *Alexy* (FN 32), S. 484; *Brüggemeier* (FN 22), S. 17ff. Sehr kritisch gegenüber diesem individuumbezogenen Verständnis *Karl-Heinz Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004, S. 61 ff.

³⁵ *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt: Suhrkamp, 1984, S. 346 ff.; *ders.*, Individuum und Gesellschaft: Universitas 39 (1983), S. 1 ff.; *ders.*, Die Form „Person“: Soziale Welt 42 (1991), S. 166 ff.

³⁶ Eine vorzügliche Diskussion der neo-marxistischen, neo-nietzscheanischen und neo-aristotelischen Varianten der Entfremdungsproblematik unter dem hier relevanten Gesichtspunkt, dass das Gleichheitspostulat der Moderne repressive Folgen für die Anliegen, Handlungen, Leidenschaften der Individuen zeitigt, bietet *Christoph Menke*, Spiegelungen der Gleichheit: Politische Philosophie nach Adorno und Derrida, 2004.

³⁷ An die Gebildeten unter den Verächtern der Systemtheorie braucht man diese Rede nicht zu halten. Sie sehen die heimlichen Konvergenzen, besonders *Anton Schütz*, Thinking the Law with and against Luhmann, Legendre, Agamben: Law and Critique 11 (2000), S. 107 ff.; *ders.*, Sons of the Writ, Sons of Wrath: Pierre Legendre's Critique of Law-Giving, in: Peter Goodrich (Hrsg.), Law and the Postmodern Mind. Essays on Psychoanalysis and Jurisprudence. Michigan, 1998, S. 193 ff.

Während die Tradition die Frage gerechter Institutionen als ein Problem, das von der gesellschaftsinternen Differenzierung erzeugt wurde, gesehen hatte, also *Institutionengerechtigkeit trotz Differenz* anzielte, dürfte heute vieles dafür sprechen, das Gesellschaftssystem von seiner natürlichen und humanen Umwelt zu unterscheiden und folglich *Institutionengerechtigkeit als Differenz* zu beschreiben: als unüberbrückbare Differenz von gesellschaftlichen Institutionen und den konkreten Menschen. *Auf diese Differenz kann nicht mit Inklusion, sondern allenfalls mit Responsivität reagiert werden.* Grundrechte sind dann nicht eine Reaktion auf innergesellschaftliche Verteilungsprobleme, sondern eine Antwort auf die die Gesellschaft transzendierenden Probleme ökologischer Sensibilität der Kommunikation. Und es stellt sich die weitere Anschlussfrage: Schafft nicht die weit fortgeschrittene Fragmentierung der Gesellschaft ihrerseits neue Grenzen der gesellschaftlichen Teilsysteme gegenüber ihren gesellschaftsinternen und ihren gesellschaftsexternen Umwelten, so dass auch die Gerechtigkeit von spezialisierten gesellschaftlichen Institutionen nur als Umweltproblem – und nicht mehr als (Ver-) Teilungsproblem - richtig gestellt ist?

Ein solches ökologisches Verständnis von Grundrechten als „gerechten“ Grenzverhältnissen zwischen Sozialsystemen und ihren gesellschaftsinternen und gesellschaftsexternen Umwelten gewinnt gegenüber Divisionstheorien, welche die Menschen als Teil der Gesellschaft ansehen und Gerechtigkeit als Ungleichheitsproblem begreifen, zwei neuartige Dimensionen. Die erste Dimension betrifft die unübersteigbare Differenz von Kommunikation und ihrer Umwelt. Kann die Kommunikation den Menschen in der außergesellschaftlichen Umwelt überhaupt je gerecht werden? Kann sie je die nicht-egalitären Verpflichtungen erfüllen, die aus der Berücksichtigung des Eigentümlichen oder Individuellen erwachsen?³⁸ Und: Können spezialisierte Institutionen ihren innergesellschaftlichen Umwelten jemals gerecht werden? Die zweite Dimension ist, dass nicht mehr Teilhabe an gesellschaftlichen Ressourcen im weitesten Sinne, also an Macht, Reichtum, Wissen, Lebenschancen zwischen den Gesellschaftsteilen die Frage ist. Vielmehr geht es darum, die Akte der Institutionen so zu restringieren, dass sie die „Eigenrechte“ ihrer sozialen und humanen Umwelten gegenüber ausreichend respektieren. An die Stelle der Aufhebung der Ungleichheit unter den Menschen und der gerechten Ressourcenverteilung treten dann zwei ganz andere Anforderungen an gesellschaftliche Institutionen: 1. Fremd- und Selbstbeschränkung ihrer expansiven Tendenzen 2. Sensibler Ausgleich zwischen ihrer Eigenrationalität und den als Umweltanforderungen intern reformulierten „Eigenrechten“ ihrer Umwelten.

Der Menschenrechtstradition wird damit der Vorwurf gemacht, dass sie die menschlichen Individuen nicht ernst nimmt³⁹. Und das nicht trotz, sondern gerade wegen ihrer humanistischen Grundeinstellung, die sie – wider besseren Wissens - dazu veranlasst, die Menschen ins Zentrum der Institutionen zu platzieren. Der Kategorienfehler der divisionalen Tradition lässt sich mit dem bekannten Bildmotiv von *Magritte* so formulieren: „ceci n'est pas une pipe“. Im Grundrechtskontext: La personne n'est pas un être humain. Das traditionelle Grundrechtsdenken, das Grundrechte als personale Autonomieräume versteht, vollzieht eine fatale

³⁸ Menke (FN 36), S. 27.

³⁹ Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 35, FN 47.

Gleichsetzung von „Bewusstsein/Körper“ einerseits und „Person“ andererseits⁴⁰. Wenn man jedoch die Unterscheidung ernst nimmt, wenn man „Person“ als bloßes internes Konstrukt gesellschaftlicher Kommunikation (Adresse und Erwartungsbündel) einerseits und Bewusstsein und Körper als lebende und pulsierende Einheiten in der Umwelt der Kommunikation andererseits versteht, dann wird deutlich, dass die humanistische Gleichsetzung semantischer Artefakte mit den konkreten Menschen gerade den Menschen Unrecht tut.⁴¹

Dass Menschen nicht Teile der Gesellschaft sind, sondern ihr in nicht überwindbarer Trennung gegenüberstehen, hat eine unerbittliche Konsequenz⁴². Gesellschaft und Bewusstsein/Körper sind füreinander nicht kommunikativ erreichbar. Letztere sind jeweils eigenständige, sich selbst erhaltende (psychische oder organische) Prozesse. Beide haben Kommunikation zwar hervorgebracht, können sie aber nicht beherrschen. Kommunikation verselbständigt sich gegenüber den Menschen, schafft gegenüber dem individuellen Bewusstsein ihre eigene Sinnwelt. Diese kann von den Menschen zum Überleben produktiv genutzt werden, sie kann sich aber auch – und dies ist die Stelle, an der Grundrechte relevant werden – gegen sie wenden und ihre Selbsterhaltung bedrohen, ja ihre Existenz auslöschen. In der Sprache einer anderen Denktradition: Die dunkle Kehrseite der Kommunikation besteht „im Abschneiden der transgressiven und experimentellen Prozessualität authentischen Lebens.“⁴³ Extrembeispiele sind: Tötung durch Befehlskette, *sweat shops* als Konsequenz anonymer Marktkräfte, Märtyrer als Resultat religiöser Kommunikation, politische oder militärische Folter als Identitätszerstörung.

In diesen negativen Externalitäten der Kommunikation, in ihrem lebens- und bewußtseinsbedrohenden Potential liegt der Kern der Problematik der Menschenrechte. Und nicht, wie die Tradition annahm, in der Ungleichheit unter den Menschen! Das umweltbedrohende Potential der als Kommunikationsensemble verstandenen Gesellschaft steht durchaus nicht im Widerspruch zu seiner operativen Schließung. Im Gegenteil, es ist ihre Folge. Zwar sind durch ihre wechselseitige Schließung Gesellschaft und Menschen einander unzugänglich. Kommunikative Prozesse können nicht in Seele und Leib eindringen, Leib und Seele sind der Kommunikation äußerlich. Aber die Kommunikation kann psycho-physische Prozesse derart irritieren, dass ihre Selbsterhaltung bedroht ist. Und sie kann sie schlicht zerstören. Dies ist der Ort, an dem Körper und Bewusstsein der Individuen (nicht der „Personen“) auf ihre „vorrechtlichen“, „vorphysischen“, ja sogar

⁴⁰ „Wenn wir hier in diesem Kontext von Menschen sprechen, haben wir ein sich selbst organisierendes Individuum in seiner vollen Einzigartigkeit, empirischen Unvergleichbarkeit intransparent vor Augen und nicht mehr das, was als Abstraktum, als ‚der Mensch‘ nun irgendwie in die normative Struktur der Gesellschaft eingebaut werden könnte.“ *Niklas Luhmann*, Einführung in die Systemtheorie, 2002, S. 343.

⁴¹ Zu einer ähnlichen Konfrontation der inkompatiblen normativen Perspektiven von „Person“ und „Individuum“ gelangen von ganz anderen theoretischen Prämissen her Adornos Kritische Theorie der Moral und Derridas Dekonstruktion, dazu eingehend *Menke* (FN 36), S. 119ff., 273ff.

⁴² Zur Trennung von Kommunikation und Bewusstsein vgl. neben den Äußerungen von *Luhmann* (siehe die Nachweise in FN 35) auch *Peter Fuchs*, Der Eigen-Sinn des Bewußtseins, Die Person - die Psyche - die Signatur, 2003, S. 16ff., 47ff.; *Harald Wasser*, Psychoanalyse als Theorie autopoietischer Systeme: Soziale Systeme 1 (1995), S. 329 ff.

⁴³ *Menke* (FN 36), S. 216.

„vorgesellschaftlichen“ (= „außergesellschaftlichen“) „latenten Eigenrechte“⁴⁴ pochen. Sie bestehen auf ihrer Integrität, ihrer Identität und ihrer Selbsterhaltung gegenüber destruktiven Perturbationen der Kommunikation – und dies ohne dass sie über ein Forum verfügten, vor dem sie diese „Rechte“ geltend machen könnten⁴⁵. Und man sollte die Menschenrechte im strengen Sinne auch auf diese „krasse“ Problematik der psychischen und physischen Integrität gegenüber kommunikativen Prozessen beschränken und nicht mit ganz anders strukturierten Problemen gesellschaftlicher Kommunikation belasten, deren Relevanz für die Grundrechte im weiteren Sinne damit keineswegs bestritten, sondern gerade betont wird⁴⁶.

Aktualisiert werden diese latenten „Rechte“ jedoch nur dann, wenn körperliche Schmerzen und psychisches Leiden nicht in ihrer Sprachlosigkeit ungehört bleiben, sondern wenn es ihnen gelingt, die Kommunikation der Gesellschaft zu irritieren und dort neue Differenzen auszulösen⁴⁷. Die Gegenwehr der geschundenen Körper und Seelen kann erst wirksam werden, wenn sie sich in der Kommunikation selbst äußert. Dies sind die gesellschaftlichen Botschaften der körperlichen Gewalt als Gegenmachtkommunikation und Botschaften der leidenden Seelen in Klage und Protest. Dann erst besteht die Chance, dass sich hieraus kommunikative Konflikte entwickeln, die den Kernbereich der Menschenrechte zum Thema haben. Zu betonen ist, dass diese kommunikativen Konflikte aber immer nur Stellvertretercharakter haben und entsprechend die realen Umweltkonflikte nur repräsentieren, nicht aber präsentieren können. Diese kommunikativen Konflikte sind keineswegs identisch mit dem eigentlichen Konflikt, den die Kommunikation gegenüber ihren Umwelten Psyche/Körper auslöst. Sie widerspiegeln sie auch nicht getreu, sondern sind bloße gesellschaftsinterne Resonanzen der externen Konflikte, bloße Rekonstruktionen von Umweltkonflikten innerhalb der Kommunikation. Die Resultate solcher Konflikte sind dann auch nur innerkommunikative Normen, die Psyche und Körper weder regulieren noch sie schützen können. Aber sie können auf verwickelte Weise für beide relevant werden, wenn sich aus diesen Konflikten soziale Normen herausbilden, die letztlich der Kommunikation gegenüber dem Außerkommunikativen Grenzen setzen. Hier gewinnt die Kernfigur des Rechts - das juristische Verbot - seine Wirksamkeit über die Grenzen des Kommunikativen hinaus: Verbote bestimmter Kommunikationen (Tötungsverbot, Folterverbot). So werden „latente Rechte“ (= Eigenansprüche der Menschen aus Fleisch und Blut auf ihre körperliche und psychische Integrität) als „lebende Rechte“ im Sinne *Eugen Ehrlichs*

⁴⁴ Mit äußerster Vorsicht zu genießen! Dies sind nicht Rechte im juristischen, politischen oder moralischem Sinn, sondern Tendenzen zur Selbsterhaltung einer Differenz gegenüber ihrer Umwelt. Zu einem solchen Konzept hinsichtlich Eigenrechten des psychischen Erlebens *Paul Stenner, Is Autopoietic Systems Theory Alexithymic? Luhmann and the Socio-Psychology of Emotions: Soziale Systeme* 10 (2004), S. 159 ff. (166 ff.). Zu einem ähnlichen Gedanken hinsichtlich Eigenrechten der Natur *Christopher D. Stone, Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects: Southern California Law Review* 45 (1972), S. 450 ff.

⁴⁵ *Fuchs* (FN 42), S. 22 formuliert – ohne Bezug auf das Rechtssystem – parallel: „Momente des ‚Eigen-Sinns‘, Momente der Unverfügbarkeit, eigener Freiheitsgrade und Unberechenbarkeiten“, an anderer Stelle, S. 42: „gegenüber der Kommunikation eine Eigenheit“, „Bezirk einer Autonomie, eines Subjektes, eine gebündelte Wachheit und Aufmerksamkeit“.

⁴⁶ *Luhmann* (FN 39), S. 578.

⁴⁷ *Fuchs* (FN 42), S. 17: Soziale Adresse ist das „Schema der Schemata, durch das sich Kommunikation mit der Möglichkeit von Irritationen (im Prinzip: mit Führung) versorgt, bezogen auf Umwelteinheiten, die als prinzipiell benennbare, durch Kommunikation erreichbare psychische oder soziale ‚Agenturen‘ erscheinen.“

gesellschaftlich rekonstruiert, also „Menschenrechte“ im engsten Sinne, die überall in der Gesellschaft (und nicht bloß im Recht oder in der Politik) erkämpft werden können (nicht zu verwechseln mit der rechtsphilosophischen Unterscheidung Rechte im Naturzustand und Rechte im Zivilzustand)⁴⁸.

Deswegen ist es unsinnig, die Menschenrechte als Entscheidung des politischen Souveräns – sei es des Fürsten, sei es des sich selbst regierenden Volkes - im positiven Recht zu formulieren. Sie haben – und dies muß gegen mögliche Mißverständnisse deutlich betont werden - zwar nicht Naturrechtscharakter im Sinne einer vopolitischen absoluten Geltung, aber sie sind in einem ganz anderen Sinne „vorgesellschaftlich“, insofern sie auf „latenten Rechten“ der Leib-Seele-Einheiten auf ihre Identität/Selbsterhaltung aufbauen. Sie sind zugleich „vopolitisch“ und „vorrechtlich“, als sie auf dem „lebenden Recht der Menschenrechte“, das aus kommunikativen Konflikten in Politik, Moral, Religion, Recht und ihren dort erkämpften Ergebnissen entsteht, aufbauen⁴⁹. Die Positivierung als technisches Recht in Politik und Recht ist keine freie Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, sondern stützt sich auf diesen doppelten Untergrund gesellschaftsexterner sich selbst erhaltender Prozesse und gesellschaftsinterner Konflikte.

IV. Grundrechte als spezifisches Problem der Moderne: Expansion politischer Macht

Das Problem „latenter Menschenrechte“ entsteht also immer schon dann, wenn überhaupt kommuniziert wird: als „Eigenrechte“ des körperlichen Lebens und des psychischen Erlebens gegenüber der Gefährdung ihrer Integrität durch gesellschaftliche Kommunikation. Im alten Europa wurde dies aber nicht in die Semantik der Menschenrechte „übersetzt“, sondern in die Semantik der Perfektion des Menschen in der nichtperfekten Natur oder des Seelenheils in der verderbten Welt. Der erste Sündenfall geschah schon am Baum der Erkenntnis: Die materielle Sinnproduktivkraft Kommunikation mit ihrer Unterscheidungsfähigkeit von gut und böse zerstörte die ursprüngliche Einheit von Mensch und Natur, machte den Menschen gottgleich und führte zum Verlust des Paradieses. Der Ursprung der Entfremdung liegt schon in der ersten Kommunikation.

Menschenrechte in ihrem eigentlichen modernen Sinne entstehen erst mit dem zweiten Sündenfall, der nicht wie bei *Marx* mit der Entstehung des privaten Eigentums zusammenfällt, sondern mit der Verselbständigung einer Vielzahl von

⁴⁸ Die Unterscheidung „latenter“ und „lebender“ Rechte geht zurück auf einen Vorschlag von *Riccardo Prandini*, La 'costituzione' del diritto nell'epoca della globalizzazione, in: Gunther Teubner, (Hrsg.), La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione: L'emergere dell costituzioni civili, Rom 2005, S. 191-225 (216ff.). Gegenüber *Prandinis* Vorschlag, der beide Begriffe auf gesellschaftliche Normen anwendet, wird die Unterscheidung hier so abgewandelt, dass „lebende Rechte“ - wie bei Ehrlich - gesellschaftliche Rechtsphänomene, „latente“ Rechte dagegen die Identitätsbehauptung psychischer Systeme betreffen.

⁴⁹ Dabei ist zu beachten, dass auch die Metaphorik des „vor“ im Sinne eines authentischen Apriori des Menschen irreführend sein kann. Sofern die Kommunikation Personkonstrukte schafft, wird ein Unterschied aufgebaut, der psychische Selbstbeobachtung von sozialer Beobachtung des Individuums trennt. Dazu sensibel *Fuchs* (FN 42), S. 37 f. Womöglich trifft die (ihrerseits irreführende) räumliche Metapher des „außer“ (-rechtlich, -politisch, -gesellschaftlich) genauer das Gemeinte.

kommunikativen Eigenwelten. Zuerst und überall sichtbar verselbständigt sich die Matrix der Politik. Sie löst sich aus den diffusen moralisch-religiösen-wirtschaftlichen Bindungen der alten Gesellschaft und steigert die Usurpationsmöglichkeiten ihres Spezialmediums, der Macht, ins Unendliche, ohne dass immanente Bindungen dem noch eine Grenze setzten. Durch ihre operative Schließung und ihre strukturelle Autonomisierung schafft sie sich neue Umwelten, denen gegenüber sie expansive, ja geradezu imperialistische Tendenzen entwickelt. Die absolute Macht setzt ungeahnte destruktive Kräfte frei. Zentralisierte Macht zu legitimen kollektiven Entscheidungen, die eine eigene Sondersprache, ja eine hochgetriebene Rationalität des Politischen, entwickelt, hat eine inhärente Tendenz zu ihrer grenzüberschreitenden Totalisierung⁵⁰. Ihre Expansion geht in verschiedene Richtungen. Einmal überschreitet sie die Grenze zu anderen gesellschaftlichen Sektoren. In den daraus entstehenden Konflikten besteht deren Reaktion darin, gegenüber der Politik interventionsfreie autonome Kommunikationssphären – sei es als institutionelle, sei es als personelle Grundrechte - einzufordern. Grundrechte grenzen gegenüber der Politik kommunikative Autonomieräume ab, die entweder gesellschaftlichen Institutionen oder Personen als gesellschaftlichen Konstrukten zugerechnet werden⁵¹. In beiden Fällen setzen Grundrechte den Totalisierungstendenzen der politischen Matrix gesellschaftsinterne Schranken. Zum andern - und mit besonderer Wucht - expandiert die Politik über die Gesellschaftsgrenzen hinweg mit ihren Versuchen, die menschliche Psyche und Körper zu kontrollieren. Deren Gegenwehr wird erst wirksam, wenn sie als Protest in Klage und Gewalt kommuniziert werden kann, in politische Kämpfe der Unterdrückten gegen ihre Unterdrücker gesellschaftlich übersetzt und letztlich über historische Kompromisse in politische Garantien der Selbstbeschränkung der Politik gegenüber den Menschen als psychophysischen Einheiten eingemündet ist. Dies sind - im Unterschied zu den vorher erwähnten institutionellen und personellen *Grundrechten* - die *Menschenrechte* im strengen Sinne.

Die Grundrechtstradition hat solche „latente“ Menschenrechte nicht deutlich genug von personellen und institutionellen Grundrechten getrennt, sondern stets in kompakte Individualgrundrechte übersetzt und zwar in der Weise, dass ein *re-entry* stattfindet. Kommunikation kann nicht die Autonomie des Bewusstseins garantieren oder gar regulieren, ja nicht einmal angemessen und mit Aussicht auf Korrespondenz von Erkenntnis und Gegenstand beschreiben. Die Differenz Kommunikation/Bewusstsein ist unüberbrückbar. Aber diese Differenz wird innerhalb der Kommunikation wiederholt. Das gleiche gilt für die Differenz Kommunikation/Körper. Die externen, der Kommunikation nicht zugänglichen Menschen (Bewusstsein, Körper) werden als „Personen“, als „Grundrechtsträger“ rechtsintern modelliert, ohne dass – wie schon gesagt - eine Korrespondenz von gesellschaftsinternen Personenkonstrukten und gesellschaftsexternen Menschen gesichert ist. Diesen Artefakten der Kommunikation werden Handlungen zugerechnet und Freiheitsspielräume als Grundrechte gewährt. Damit nimmt die Tradition die schon oben kritisierte unheilvolle Gleichsetzung von Personen und Menschen im einheitlichen Begriff der Individualgrundrechte vor. Sie unterscheidet nicht ausreichend zwischen Garantien von Kommunikationsfreiheiten einerseits und Garantien psycho-physischer Integrität andererseits. Demgegenüber ist auf der Differenz von personelle Grundrechten und Menschenrechten zu bestehen. Auch die

⁵⁰ Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 1965, S. 24.

⁵¹ Zum Verhältnis von individuellen und institutionellen Grundrechten *Ladeur* (FN 34), S. 77.

Menschenrechte sind auf die Technik des *re-entry*, also auf ihre Zurechnung zu kommunikativen Konstrukten der Menschen, angewiesen, aber sie sind in ihrer semantischen Differenz zu personalen Kommunikationsfreiheiten zu verstehen, nämlich als intendierte Garantien der Integrität der Psyche und des Körpers. An dieser Stelle wird die Kollision von egalitärer Person-Perspektive und nicht-egalitärer Individualperspektive innerhalb von Moral, Politik und Recht thematisiert.

V. Fragmentierung der Gesellschaft: Multiplizierung expansiver Sozialsysteme

Dies staatsbezogene Grundrechtsmodell funktioniert nur solange, als der Staat mit der Gesellschaft identifiziert oder wenigstens der Staat als Organisationsform der Gesellschaft und die Politik als hierarchische Koordinierung der Gesellschaft angesehen werden kann. Durch die Freisetzung und Autonomisierung anderer hochspezialisierter kommunikativer Medien (Geld, Wissen, Recht, Medizin, Technologie) wird dies Modell jedoch zunehmend deplausibilisiert. Exakt an dieser Stelle entsteht nun die Problematik der Horizontalwirkung von Grund- und Menschenrechten: Die Fragmentierung der Gesellschaft multipliziert die Grenzzonen der verselbständigten Kommunikationsmatrices zu den Menschen. Die neuen Sinn-Territorien markieren je eigene Grenzen zu den menschlichen Umwelten. Dort entstehen neue Gefährdungen für die Integrität von Leib und Seele. Auf diese Problematik sollte die „Drittwirkung“ der Menschenrechte im strengen Sinn begrenzt werden. Eine andere, nicht minder wichtige Grundrechtsproblematik (aber nicht Menschenrechtsproblematik!) wäre die Autonomie von institutionellen Kommunikationssphären gegenüber „privaten“ Überwältigungen, eine dritte die Autonomie personaler Kommunikationsfreiheiten⁵².

Damit wird sichtbar, dass sich das Problem der Menschenrechte nicht auf das Verhältnis Staat-Individuum oder auf den Bereich der institutionalisierten Politik oder auch nur auf Machtphänomene im weitesten (Foucaultschen) Sinne beschränken lässt⁵³. Die spezifische Gefährdung der körperlichen und seelischen Integrität durch eine verselbständigte kommunikative Matrix geht nicht nur von der Politik, sondern im Prinzip von allen autonomisierten Subsystemen aus, die über eine expansive Eigendynamik verfügen. Für die Matrix der Wirtschaft hat dies Marx insbesondere durch solche Begriffe wie Entfremdung, Fetischisierung, Autonomie des Kapitals, Kommodifizierung der Welt, Ausbeutung des Menschen verdeutlicht. Heute sehen wir – am deutlichsten bei Foucault, Agamben, *Legendre*⁵⁴ – ähnliche

⁵² Den institutionellen Aspekt betont *Ladeur* (FN 34), S. 64: „Grundrechte können dann zur Selbstreflexion des Zivilrechts beitragen, wenn es – wie bei der Drittwirkung der Kommunikationsfreiheiten – um den Schutz nicht-wirtschaftlicher Interessen und Güter geht.“

⁵³ Die Reduktion der Grundrechtsdrittwirkung auf Phänomene „sozialer Macht“ in Analogie zur politischen Macht ist im Arbeitsrecht verbreitet. Das liegt angesichts des Phänomen von Organisationsmacht nahe, reduziert die Drittwirkungsfrage aber auf ein bloßes Machtausgleichsphänomen. Etwa *Franz Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht: *Archiv* für die civilistische Praxis, 164 (1964), S. 385 ff. Ähnliche Verkürzungen finden sich in explizit politischen Konzepten der Horizontalwirkung von Grundrechten, etwa *Anderson* (FN 4), S. 33.

⁵⁴ *Giorgio Agamben*, Homo Sacer: Die souveräne Macht und das nackte Leben, 2002; *Michel Foucault*, Überwachen und Strafen: Die Geburt des Gefängnisses, 1976; *Pierre Legendre*, Der mordende Mensch, in: ders. (Hrsg.), Die Fabrikation des abendländischen Menschen, Wien, 1999, S. 37 ff.

Integritätsbedrohungen durch die Matrix der Naturwissenschaften, durch die der Psychologie und der Sozialwissenschaften, der Technologien, der Medizin, durch Presse, Rundfunk, Fernsehen (Stichworte: Dr. Mengele⁵⁵, Reproduktionsmedizin, Lebensverlängerung auf Intensivstationen, die verlorene Ehre der Katharina Blum⁵⁶).

Jetzt dürfte endgültig deutlich geworden sein, warum es unsinnig ist, von „Drittwirkung“ der politischen Grundrechte zu sprechen. Es findet kein Transfer staatsgerichteter individueller Freiheitsgarantien in Beziehungen gegenüber „Dritten“, gegenüber privaten Akteuren statt, sondern etwas anders „tut Not“ - neuartige Garantien zu entwickeln, die eine Begrenzung gesellschaftlicher Destruktionspotentiale gegenüber Leib und Seele möglich machen. Deswegen greift der *state-action-Ansatz* zu kurz, der Grundrechte nur dann in der Gesellschaft wirken lässt, wenn sich Spurenelemente staatlichen Handelns im privaten Sektor identifizieren lassen. Deswegen führt auch der Ansatz wirtschaftlicher Macht in die Irre, weil er Grundrechte nur als Reaktion auf Machtphänomene versteht. Das ist viel zu eng, weil damit zwar gesellschaftliche Macht erfasst wird, nicht aber die subtileren Integritätsgefährdungen durch andere Kommunikationsmatrices.

Deswegen steht für die Menschenrechtsfrage heute das Problem der Fragmentierung der Gesellschaft im Zentrum. Es gibt nicht die eine Grenze politischer Kommunikation/Mensch, an der die Menschenrechte Wache stehen. Vielmehr entstehen die Probleme in zahlreichen gesellschaftlichen Institutionen, die je eigene Grenzen zu ihren menschlichen Umwelten herausbilden: der Grenze Politik/Individuum, Wirtschaft/Individuum, Recht/Individuum, Wissenschaft/Individuum (nie als Beziehung Ganzes/Teil, sondern immer als Differenz von Kommunikation und Psyche/Körper verstanden). Alles kommt dann darauf an, dass man die unterschiedlichen Grenzstellen identifiziert, um die integritätsgefährdenden Grenzverletzungen in ihrer Eigenart zu erkennen. Wo finden sich die Grenzposten? – Antwort: In den verschiedenartigsten Personenkonstrukten der Teilsysteme: *homo politicus, oeconomicus, juridicus; organisatoricus, retalis* etc. Dies sind zwar – wie oben gesagt - nur Konstrukte innerhalb der Kommunikation, die Zurechnung ermöglichen, zugleich aber reale Kontaktstellen zu den Menschen „draußen im Lande“⁵⁷. Durch die Maske der „Person“ hindurch kontaktieren die Sozialsysteme die Menschen, sie können zwar nicht mit ihnen kommunizieren, sie können sie aber massiv irritieren und sich ihrerseits von ihnen irritieren lassen. In enggeführten Perturbationszyklen irritiert Kommunikation das Bewusstsein mit seinen selektiven „Anfragen“, die durch personale Rationalitätsannahmen konditioniert sind, und lässt sich durch die „Antworten“, wiederum hochselektiv konditioniert, irritieren. In dieser Rekursivität findet die „Ausbeutung“ des Menschen durch die Sozialsysteme (nicht durch die Menschen!) statt. Das Sozialsystem als hochspezialisierter

⁵⁵ Die Menschenexperimente des Dr. Mengele wurden gemeinhin als Ausdruck einer sadistischen Persönlichkeit oder als Versklavung der Wissenschaft durch die totalitäre Nazi-Politik angesehen. Gerade neuere Forschungen aber zeigen, dass es sich in der Tat um expansionistische Tendenzen des Wissenschaftssystems handelt, das aus seiner Eigendynamik heraus, insbesondere aus dem internationalen Konkurrenzdruck jede, aber auch jede Gelegenheit zur Wissensakkumulierung ergreift, wenn es nicht durch externen gesellschaftlichen Gegendruck daran gehindert wird. Dazu *Hans-Walter Schmuhl*, Grenzüberschreitungen. Das Kaiser-Wilhelm-Institut für Anthropologie, menschliche Erblehre und Eugenik 1927 bis 1945, 2005.

⁵⁶ *Heinrich Böll*, Die verlorene Ehre der Katharina Blum oder: Wie Gewalt entstehen und wohin sie führen kann, 1992.

⁵⁷ Dazu präzise *Fuchs* (FN 42), S. 16 f., 28 f., 30 f., 33 ff.

Kommunikationsprozess konzentriert seine Irritationen der Menschen auf die Personenkonstrukte. Es „saugt“ ihnen für die Selbsterhaltung seiner Umweltdifferenz psychische und körperliche Energien ab. Die Foucaultschen Disziplinierungsmechanismen entfalten erst auf diese hochspezifische Weise ihre eigentümliche Wirkung⁵⁸.

VI. Matrix

Wenn Grundrechtsverletzungen systematisch auf totalisierende Tendenzen gesellschaftlicher Teilrationalitäten zurückzuführen sind, dann hat es offensichtlich keinen Sinn mehr, die horizontale Grundrechtswirkung so zu sehen, als ginge es um Beziehungen zwischen privaten Akteuren, deren Grundrechte gegeneinander abzuwägen wären. Was genau ist aber dann als Ursprung der Grundrechtsverletzung anzusehen? Im Bild der „Horizontalität“ wirkt die unsinnige Teil-Ganzes-Betrachtung der Gesellschaft nach und verharmlost die Menschenrechtsproblematik geradezu unerträglich, als ob es nur darum ginge, dass einzelne Mitglieder der Gesellschaft andere Mitglieder in ihren Rechten verletzen. Die Integritätsverletzung von Leib/Seele-Einheiten durch andere Leib/Seele-Einheiten, ob nun durch Kommunikation, durch bloße Wahrnehmung oder durch direktes körperliches Einwirken, ist jedoch eine gänzlich verschiedene Problematik, die schon lange vor der radikalen Gesellschaftsfragmentierung unserer Tage entstanden ist und von der eigentlichen Grundrechtsproblematik systematisch zu trennen ist⁵⁹. Sie ist in der europäischen Tradition (neben anderen Konstruktionen) ins Soziale dadurch übersetzt worden, dass den Personen als kommunikativen Statthaltern der konkreten Menschen „subjektive Rechte“ gegeneinander zugesprochen werden. Philosophisch ausgearbeitet hat dies die Theorie der subjektiven Rechte in der Kantischen Tradition, wonach idealerweise die Sphären der Willkürfreiheit der Bürger derart voneinander abgegrenzt sind, dass das Recht eine verallgemeinerungsfähige Form annehmen kann.⁶⁰ Juristisch ist dies Denken besonders deutlich ausgeprägt im klassischen Deliktsrecht, in dessen Zentrum nicht einfach Schädigungen, sondern die Verletzung subjektiver Rechte stehen. „Grundrechte“ in ihren institutionellen, personalen und humanen Dimensionen, wie sie hier vorgeschlagen werden, unterscheiden sich von „subjektiven Rechten“ des Privatrechts dadurch, dass sie gerade nicht die wechselseitige Gefährdung privater Sphären, also intersubjektive Beziehungen betreffen, sondern die *Gefährdung durch anonyme kommunikative Matrices (Institutionen, Diskursen, Systemen) für die Integrität von Institutionen, Personen und Individuen*. Grundrechte definieren sich nicht von der Fundamentalität des betroffenen Rechtsguts her oder von ihrer Privilegierung in Verfassungstexten, sondern als soziale und rechtliche Gegeninstitutionen zu Expansionstendenzen von Sozialsystemen. Die anglo-

⁵⁸ Einzelheiten zu den Personkonstrukten als Kontaktstelle zwischen Kommunikation und Psyche Gunther Teubner und Michael Hutter, *Der Gesellschaft fette Beute: Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen*, in: Peter Fuchs und Andreas Göbel (Hrsg.), *Der Mensch - das Medium der Gesellschaft?* 1994, S. 110-145.

⁵⁹ Sicherlich können Menschen einander Schlimmstes antun, indem sie subjektive Rechte der fundamentalsten Art (Leben, Würde) verletzen. Das ist aber in dem hier verstandenen Sinne (noch) keine Grundrechtsfrage, sondern betrifft eines der Zehn Gebote, Fundamentalnormen des Strafrechts oder des Deliktsrechts. Grundrechte im modernen Sinn sind nicht gegen Gefährdungen durch Menschen, sondern gegen Gefährdungen durch die Matrix der Systeme gerichtet.

⁶⁰ Immanuel Kant, *Über den Gemeinspruch*, in: *ders.*, Werkausgabe, 1977, Bd. 11, S.144.

amerikanische Tradition spricht in beiden Situationen undifferenziert von „rights“ und verpasst damit von vornherein die fundamentale Unterscheidung von subjektiven Rechten und Grundrechten, kann sie andererseits zwanglos gemeinsam behandeln. Dagegen kommen der strafrechtliche Begriff der Makro-Kriminalität und die Strafrechtsverantwortung von formalen Organisationen der hier gemeinten Problematik nahe⁶¹. Sie betreffen Normverletzungen, die nicht von konkreten Menschen, sondern von unpersönlichen Sozialprozessen ausgehen, die sich menschlicher Täter als Funktionäre bedienen⁶². Sie beschränken sie aber auf die Gefährdungen, die von den eher anschaulichen „Kollektivakteuren“ (Staaten, politischen Parteien, Wirtschaftsunternehmen, Konzernen, Verbänden) ausgehen und verfehlen die Gefährdung durch die anonyme „Matrix“, durch verselbständigte kommunikative Prozesse (Institutionen, Funktionssysteme, Netzwerke), die nicht als Kollektive personifiziert sind. Schon die politischen Menschenrechte dürfen nicht als Beziehungen zwischen politischen Akteuren (Staat vs. Bürger), also als Ausdruck von Person-Person-Beziehungen gesehen werden. Vielmehr geht es um Beziehungen zwischen anonymen Machtprozessen auf der einen Seite und den geschundenen Körpern und den verletzten Seelen auf der anderen. Das wird in der Kommunikation nur sehr unvollkommen, um nicht zu sagen irreführend, als Verhältnis der „Person“ Staat zu den „Personen“ Individuen ausgedrückt.

Man würde nun wieder den katastrophalen Kategorienfehler der Tradition begehen, wenn man die Horizontalwirkung der Grundrechte als Abwägung subjektiver Rechte zwischen Einzelpersonen realisiert⁶³. Dann landet man bloß im Deliktsrecht mit seinen interpersonalen Beziehungen. Und man ist gezwungen, die konkreten staatsgerichteten Grundrechte auf die unterschiedlichsten interpersonalen Beziehungen pauschal anzuwenden - mit desaströsen Folgen für Wahlfreiheiten in der Intersubjektivität. Hier liegt der letztlich der rationale Kern der lautstarken Proteste der Privatrechtler gegen das Eindringen der Grundrechte ins Privatrecht, die aber ihrerseits der genuin gesellschaftlichen Grundrechtsproblematik nicht gerecht werden⁶⁴.

Den Kategorienfehler vermeidet man, wenn man sowohl die „alte“ politische als auch die „neue“ polykontexturale Menschenrechtsproblematik so versteht, dass nicht Menschen von Mitmenschen bedroht werden, sondern von anonymen kommunikativen Prozessen, die überhaupt erst einmal identifiziert werden müssen. Am deutlichsten sieht dies Foucault, wenn er das Machtphänomen radikal

⁶¹ Dazu etwa *Herbert Jäger*, Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt, 1989; *Carlos Gómez-Jara Díez*, La culpabilidad penal de la empresa, Madrid, 2005, S. 109 ff.

⁶² Zur Klarstellung sei betont, dass damit nicht etwa die individuelle Verantwortung hinter der kollektiven verschwindet, sondern dass beide nebeneinander bestehen können.

⁶³ Sehr kritisch gegenüber der Abwägung von subjektiven Rechten im Bereich der grundrechtlichen Drittwirkung *Ladeur* (FN 34), S. 58 ff.

⁶⁴ *Dieter Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht: *Archiv für die civilistische Praxis* 192 (1992), S. 35 ff.; *Wolfgang Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen: *Archiv für die civilistische Praxis* 196 (1996), S. 1 ff.; *Uwe Diederichsen*, Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz: *Archiv für die civilistische Praxis* 197 (1997), S. 57 ff.; *Uwe Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht: *Festschrift für Karl Heinz Briam* 198 (1998), S. 171 ff.

entpersonifiziert und die heutigen Mikromachtbeziehungen in den Kapillaren der Gesellschaft als Ausdruck von Diskursen/Praktiken der „Disziplinen“ ansieht⁶⁵.

Wir können jetzt als Ergebnis unserer abstrakten Überlegungen festhalten: Die Menschenrechtsfrage im strengen Sinne muss heute als Gefährdung der Leib/Seele-Integrität der Einzelmenschen durch eine Vielzahl anonymer und verselbständigter, heute globalisierter Kommunikationsprozesse verstanden werden. Die Fragmentierung der Weltgesellschaft in autonome Subsysteme schafft dabei nicht nur neue gesellschaftsexterne Grenzstellen zwischen Subsystem und Menschen, sondern darüber hinaus auch neue gesellschaftsinterne Grenzstellen, an denen die Expansionstendenzen der Subsysteme in je spezifischer Weise wirken⁶⁶. Dann wird deutlich, wie die neue „Gleichung“ aussehen muss, die die alte „Gleichung“ der horizontalen Grundrechtswirkung, die von einer Relation zwischen zwei privaten Akteuren ausging – dem privaten Täter und dem privaten Opfer der Grundrechtsverletzung - ablöst. Auf der einen Seite der Gleichung steht jetzt nicht mehr ein privater Akteur als Ursprung der Grundrechtsverletzung, sondern die *anonyme Matrix eines verselbständigten kommunikativen Mediums*. Auf der anderen Seite der Gleichung steht nicht mehr einfach das kompakte Individuum, sondern der bisher einheitlich verstandene Individualschutz löst sich angesichts der neuen Grenzziehungen in mehrere Dimensionen auf. Auf dieser Seite der Gleichung muss man die Grundrechte systematisch auffächern in drei oder gar vier Dimensionen:

- *institutionelle Grundrechte* als Autonomiegarantien gesellschaftlicher Prozesse, die sich gegen ihre Überwältigung durch totalisierende Tendenzen der kommunikativen Matrix richten. Hier wirken die Grundrechte in ihrer Drittwirkung als „Kollisionsnormen“ zwischen gesellschaftlichen Teilrationalitäten, etwa indem sie die Integrität der Kunst, der Familie, der Religion, aber auch die Funktionsbedingungen von Organisationen (Unternehmen, Verbände) gegen totalisierende Tendenzen der Wissenschaft, der Medien oder der Wirtschaft zu schützen suchen⁶⁷.

- *personale Grundrechte* als innergesellschaftliche Autonomieräume von Kommunikationen, die nicht auf Institutionen, sondern auf die sozialen Artefakte „Personen“ zugerechnet werden.

- *Menschenrechte* als negative Schranken gesellschaftlicher Kommunikation, wenn die Integrität von Psyche und Körperlichkeit durch Grenzüberschreitungen der kommunikativen Matrix gefährdet ist.

⁶⁵ Foucaults Problem ist allerdings die geradezu obsessive Fixierung auf das Macht-Phänomen, die ihn zu einer unsinnigen Aufblähung des Macht-Begriffes führt und mit der er die subtileren Einflüsse anderer Kommunikationsmedien nur selektiv wahrnehmen kann.

⁶⁶ Dazu ausführlich *Fischer-Lescano* und *Teubner* (FN 8), S. 1005 ff. Dem folgt in der Diagnose, wenn auch nicht in der Therapie *Martti Koskenniemi*, Global Legal Pluralism: Multiple Regimes and Multiple Modes of Thought, Vortrag Harvard 2005, <http://www.valt.helsinki.fi/blogs/eci/PluralismHarvard.pdf> (Stand: 19.12.2005).

⁶⁷ *Ladeur* (FN 34), S. 60, 69 f., 71 f.; *Christoph Graber* und *Gunther Teubner*, Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere: Oxford Journal of Legal Studies 18 (1998), S. 61 ff.; *Gunther Teubner*, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaften 83 (2000), S. 388 ff.; *ders.*, Expertise als soziale Institution: Die Internalisierung Dritter in den Vertrag, in: FS Eike Schmidt, 2005, S. 303 ff.

(- zu ergänzen, hier aber nicht systematisch erörtert: ökologische Rechte bei gesellschaftlicher Gefährdung der Integrität natürlicher Prozesse).

Zu betonen ist, dass konkrete Grundrechte diesen Dimensionen nicht eins-zu-eins zuzuordnen sind, sondern dass hier mannigfache Überlagerungen stattfinden. Manche Grundrechte sind im Schwerpunkt der einen oder anderen Dimension zuzurechnen (etwa: Kunstfreiheit und Eigentum primär der institutionellen, Meinungsfreiheit primär der personalen und Gewissensfreiheit primär der menschenrechtlichen Dimension) manche Grundrechte werden alle drei Dimensionen aufweisen (etwa: Religionsfreiheit). Umso wichtiger ist es dann, sorgfältig innerhalb der einzelnen Grundrechte die drei Dimensionen zu unterscheiden und auf ihre höchst unterschiedlichen Rechtsformen und Verwirklichungsbedingungen zu achten.

VII. Justiziabilität?

Konzentrieren wir uns im Weiteren auf die dritte Dimension, die menschenrechtliche im engeren Sinne. Die Anschlussfrage für Juristen heißt: Gelingt es, die „horizontale“ Grundrechtswirkung von innergesellschaftlichen Konflikten (Person vs. Person) auf System/Umwelt-Konflikte (Kommunikation vs. Körper/Psyche) umzudenken, oder anders: von inter-personalen Konflikten zwischen individuellen Grundrechtsträgern auf Konflikte zwischen anonymen Kommunikationsprozessen einerseits und konkreten Individuen andererseits?

Die Schwierigkeiten sind enorm. Um nur einige anzuführen:

Wie kann überhaupt ein System/Umwelt-Konflikt, der „zwischen“ den Sinnwelten Kommunikation und Bewusstsein stattfindet, von der Kommunikation als Konflikt, als Gesellschaftskonflikt oder gar Rechtskonflikt „thematisiert“ werden. Ein echtes Lyotard-Problem: wenn schon nicht als litige, dann wenigstens als différend? Mangels einer Super-Sinn-Instanz kann nur entweder das psychische Erleben ihn erleiden und wird aber dann ungehört verhallen. Oder er wird in Kommunikation „übersetzt“, aber dann verlangt man, paradox und unwahrscheinlich genug, dass der Rechtsverletzer (die Gesellschaft, die Kommunikation) ihre eigenen Verbrechen sanktionieren! Das macht den Bock zum Gärtner. Aber bedenke: einigen Nationalstaaten ist über die Institutionalisierung von politischen Grundrechten genau diese bocksgärtnerische Selbstbegrenzung – wie unvollkommen auch immer – gelungen.

Wie kann das Recht den Grenzkonflikt qualifizieren, wenn es doch nur über die Sprache der „Rechte“ von „Personen“ verfügt⁶⁸? Kann es in dieser armseligen Sprache überhaupt den Unterschied von gesellschaftsinternen (personbezogenen) und gesellschaftsexternen (menschbezogenen) Grundrechtskonflikten konstruieren? Hier stoßen wir nicht nur an die Grenzen der Rechtsdogmatik, sondern zugleich an die Grenzen des Gerichtsprozesses. Immer muss dort ein Kläger gegenüber einem Beklagten eine Verletzung seiner Rechte einklagen. Lassen sich in dieser zwanghaften Binarisierung als Person/Person-Konflikte überhaupt Menschenrechte

⁶⁸ Eine kluge Kritik des *rights talk* im Recht formuliert *Ann Glendon*, Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse, in: Don E. Eberly (Hrsg.), The Essential Civil Society Reader. Oxford, 2000, S. 305-316.

gegen die strukturelle Gewalt von anonymen Kommunikationsprozessen einklagen? Es wird – jedenfalls im Gerichtsprozess - gar nicht anders gehen, als dass man den oben so harsch kritisierten Kategorienfehler schlicht weiter benutzt - aber ihn im Bewusstsein seiner Falschheit immanent mit einer Differenz korrigiert, soweit das möglich ist. Also: individuelle Klagen gegen private Akteure, innerhalb derer dann Menschenrechte, also nicht: Rechte von Personen gegen Personen, sondern Rechte von Menschen aus Fleisch und Blut gegen die strukturelle Gewalt der Matrix eingeklagt werden. Oder traditionell formuliert: innerhalb individueller Klagformen muss die eigentlich gemeinte Auseinandersetzung mit institutionellen Problemen stattfinden. Ähnliches ist schon von bisherigen institutionellen Grundrechtstheorien bekannt, die als Grundrechtsträger nicht nur Personen, sondern auch Institutionen anerkennen⁶⁹. Wer politische Meinungsfreiheit einklagt, setzt sich zugleich für die Integrität des politischen Willensbildungsprozesses ein. Nur geht es jetzt nicht um Rechte von apersonalen Institutionen gegen den Staat, sondern in mehrfacher Umkehrung des Verhältnisses um Rechte von Individuen außerhalb der Gesellschaft gegen gesellschaftliche Institutionen außerhalb des Staats.

Ist die im Prinzip plausible Unterscheidung so trennscharf, dass sie auch justitiabel ist? Lassen sich Person/Person-Konflikte von Individuum/Individuum-Konflikten einerseits und von Kommunikation/Individuum-Konflikten andererseits trennen, wenn doch Kommunikation nur über Personen ermöglicht wird? In die Sprache der Gesellschaft und in die des Rechts übersetzt wird dies zu einem Zurechnungsproblem. Who dunnit? Ist die konkrete Integritätsgefährdung nicht Personen/Individuen, sondern anonymen Kommunikationsprozessen zuzurechnen? Wenn ja, dann wäre ein genuines Menschenrechtsproblem auch in der armseligen Sprache des Rechts formuliert⁷⁰.

In extremer gerade noch zu verantwortender Vereinfachung lässt sich die „horizontale“ Menschenrechtsproblematik vielleicht folgendermaßen in bekannten juristischen Kategorien qualifizieren: Die Menschenrechtsproblematik im Privatrecht besteht nur dann, wenn die Gefährdung der Leib/Seele-Integrität von gesellschaftlichen „Institutionen“ ausgeht (und nicht bloß von individuellen Akteuren). Mit Institutionen sind im Prinzip private formale Organisationen und private Regimes angesprochen. Wichtigste Fälle wären dann Wirtschaftsunternehmen, private Verbände, Krankenhäuser, Schulen, Universitäten als formale Organisationen. Und Allgemeine Geschäftsbedingungen, private Standardisierungen und ähnlich private Normierungen als private Regimes⁷¹. Man muss sich allerdings darüber klar sein,

⁶⁹ Am deutlichsten in der impersonalen Grundrechtskonzeption von *Helmut Ridder*, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, 1975, S. 85 ff. Dazu *Karl-Heinz Ladeur*, *Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie: Kritische Justiz* 32 (1999), S. 281 ff.

⁷⁰ Die Problematik ist vergleichbar der Abgrenzung von hoheitlichem und fiskalischem Handeln im öffentlichen Recht oder dem von Organhandeln und persönlichem Handeln im Privatrecht.

⁷¹ Die Renaissance des Institutionenbegriffs in den verschiedenen Disziplinen kommt nicht von Ungefähr. Seine Relevanz für die Rechtswissenschaft diskutiert *Julia Black*, *New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis Institutional Approaches to Regulatory Decision Making: Law & Policy* 19 (1997), S. 51 ff. Wichtige Beiträge zum neuen Institutionalismus *Peter B. Evans*, *Dieter Rueschemeyer* und *Theda Skocpol* (Hrsg.), *Bringing the State Back In*, Cambridge, 1985; *Peter A. Hall*, *Governing the Economy: The Politics of State intervention in Britain and France*, New York, 1986; *James March* und *Johan P. Olsen*, *The New Institutionalism: Organisational Factors in Political Life: American Political Science Review* 78 (1984), S. 734 ff.; *W. Richard Scott*, *Institutions and Organisations*, 2. Aufl., Thousand Oaks, 2001, S. 21 ff.

dass der Institutionsbegriff die eigentlich gemeinten durch ein Spezialmedium charakterisierten integritätsgefährdenden Kommunikationsaktverkettungen – was hier mit der Metapher der anonymen „Matrix“ angesprochen wird - nur unvollkommen abbildet und ihre expansiven Dynamiken kaum sichtbar macht. Aber er hat für Juristen, die sich gezwungenermaßen an Normen und Personen orientieren, den unschätzbaren Vorteil, dass Institution als Normenbündel definiert ist und zugleich personifiziert werden kann. Im Begriff der Institution läge also eine Richtungsangabe für die Respezifizierung der Grundrechte in gesellschaftlichen Bereichen (sozusagen das Äquivalent für den Staat als Institution und als Person im politischen Bereich). Ergebnis wäre dann die auch für den „Juristen als solchen“ plausible Formel der „Drittwirkung“: Keine horizontale Grundrechtswirkung zwischen privaten Akteuren als Abwägung zwischen individuellen Grundrechtsträgern. Stattdessen: Menschenrechte, Personenrechte und Diskursrechte gegenüber gesellschaftlichen Institutionen.

VIII. HIV/AIDS versus MNE

Nähern wir uns mit derart gehobenen wie zugleich gedämpften Erwartungen an das Recht der Menschenrechte wieder der Aids-Katastrophe in Südafrika. Eine Lösung kann ich nicht bieten, allenfalls Richtungsangaben machen, wohin sich das Recht entwickeln könnte. Relativ deutlich dürfte sein, wie wenig adäquat es ist, in einem Gerichtsprozess das individuelle Grundrecht auf Leben der Kranken gegen das individuelle Eigentumsrecht der MNE abzuwägen. Das Ganze ist kein Problem der *corporate social responsibility*, wonach ein einzelner *corporate actor* mit seiner Preisgestaltung die Grundrechte der Aids-Kranken verletzt. Ein Menschenrecht auf *access to medication* lässt sich nur realisieren, wenn man die „horizontale“ Grundrechtswirkung von interpersonalen Konflikten (Person vs. Person) auf System/Umwelt-Konflikte (Kommunikation vs. Körper/Psyché bzw. Institution vs. Institution) umdenkt.

In der institutionellen Dimension kommt es dann darauf an, den Konflikt in seinen gesellschaftlichen Kontext zu stellen und zu bedenken, dass der Aids-Katastrophe letztlich eine Kollision unverträglicher Handlungslogiken zugrunde liegt⁷². Die kritische Kollision entsteht im Bereich der Frage von Patentrechten auf Medikamente und ist durch den Widerspruch von Normen wirtschaftlicher Rationalität zu im Gesundheitskontext gebildeten Normen zu identifizieren⁷³. In der Sache geht es dann darum, nicht einzelne Pharmafirmen mit Preiskontrollen zu belegen, sondern abstrakt-generelle Inkompatibilitätsnormen im Verhältnis von Wirtschaftssektor und Gesundheitssektor zu entwickeln und das WIPO-, das WTO- wie das UN-Recht als Teil eines transnationalen Patentrechts darauf vorzubereiten, auf destruktive Konflikte zwischen unverträglichen Handlungslogiken dadurch zu reagieren, dass es Gesundheitsbelange in wirtschaftliche Rationalität einbaut. Da es keine übergeordnete Instanz für den Konflikt gibt, kann er immer nur aus der Sicht einer der konfligierenden Regimes gelöst werden. Doch muss die konkurrierende Handlungslogik, hier die Prinzipien des Gesundheitssystems, als Limitierung in den wirtschaftsrechtlichen Kontext eingeführt werden.

⁷² Vgl. Teubner, 2000 (FN 67), S. 390 ff.

⁷³ Zu den Einzelheiten des aktuellen Konfliktes und möglichen Lösungsperspektiven Fischer-Lescano und Teubner (FN 8), S. 1023 ff.

Es ist allerdings zu befürchten, dass damit die Implikationen für die genuin menschenrechtliche Dimension nicht hinreichend berücksichtigt werden. Mit anderen Worten, sollte sich die Zugangsmöglichkeit zu Medikamenten durch die jüngst beschlossenen Maßnahmen und durch die geplanten WIPO-Verträge nicht nachhaltig verbessern, wird die transnationale Patentrechtsentwicklung sich im Hinblick auf pharmazeutische Produkte neu justieren müssen, sei es durch eine transparente, verfahrensrechtlich entflochtene und kostengünstige Einräumung des Rechts auf Zwangslizenzierungen, sei es durch ein nach der jeweiligen Wirtschaftskraft gestaffeltes Lizenz- bzw. Patentausnahmensystem, sei es schließlich durch die Radikalkur einer generellen Regelung, die für eine gewisse Zeit bestimmte Medikamente aus dem Schutzbereich des transnationalen Patentrechts vollständig herausnimmt⁷⁴.

Diese Skizze eines juristischen Umgangs mit der Aids-Katastrophe zeigt, wie wenig der juristische Optimismus angebracht ist, man werde mit rechtsdogmatischen Mitteln das Menschenrechtsproblem schon lösen können. Bereits die institutionellen Grundrechte konfrontieren das Recht mit den Grenzen zu anderen gesellschaftlichen Teilsystemen. Kann ein Diskurs dem anderen gerecht werden? Ein Problem, dessen Dilemmata Lyotard analysiert hat⁷⁵. Aber immerhin ein innergesellschaftliches Problem, auf das *Luhmann* mit dem Konzept von Gerechtigkeit als gesellschaftsadäquater Komplexität zu reagieren versucht hat⁷⁶. Dramatischer noch ist die Situation von Menschenrechten, die an der Grenze zwischen Kommunikation und Leib-Seele angesiedelt sind. Alle tastenden Versuche einer Juridifizierung von Menschenrechten können nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich um ein im strengen Sinne unmögliches Projekt handelt. Wie kann jemals die Gesellschaft den Menschen „gerecht“ werden, wenn die Menschen nicht ihre Teile sind, sondern außerhalb der Kommunikation stehen, wenn die Gesellschaft nicht mit ihnen kommunizieren kann, allenfalls über sie, ja sie nicht einmal erreichen, sondern bloß entweder irritieren oder zerstören kann? Angesichts unmenschlicher gesellschaftlicher Praktiken ist die Gerechtigkeit der Menschenrechte ein brennendes Problem - aber ein Problem ohne jede Aussicht auf Lösung. Das sollte in aller Härte ausgesprochen werden.

Wenn die positive Herstellung von Gerechtigkeit im Verhältnis von Kommunikation zum Menschen definitiv unmöglich, dann bleibt, wenn man sich nicht auf einem poststrukturalistischen Quietismus einlassen will, nur ein *second best*. Man wird sich in der Rechtskommunikation damit zufrieden geben müssen, dass das System/Umwelt-Problem nur über die unzulänglichen Sensoren von Irritation, Rekonstruktion und *re-entry* erfahrbar ist. Die Tiefendimension von kommunikativ-menschlichen Konflikten kann vom Recht allenfalls erahnt werden. Und als

⁷⁴ *Carlos Correa und Sisule Musungu*, The WIPO Patent Agenda: The Risk for Developing Countries, <http://www.southcentre.org/publications/wipopatent/toc.htm>: South Center Working Papers 12/2002; siehe auch *Laurence Helfer*, Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking: *Yale Journal of International Law* 29 (2004), S. 1 (1 ff.); generell zur Regulierung im Bereich der Biotechnologie siehe: *Peter-Tobias Stoll*, Biotechnologische Innovationen: Konflikte und rechtliche Ordnung, in: *Adrienne Héritier, et al. (Hrsg.)*, *European and International Regulation after the Nation State*, S. 261-277.

⁷⁵ *Jean-François Lyotard*, *Der Widerstreit*, 2.Aufl., 1989, S. 9 ff.

⁷⁶ *Niklas Luhmann*, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974; *ders.* (1981) *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre*, 1981, S. 374 ff.; *ders.* (FN 39), S. 214 ff.

Richtungsangabe bleibt nur das juridische Verbot, mit dessen Hilfe eine Selbstbegrenzung der Kommunikation möglich erscheint⁷⁷. Aber auch dieses Verbot kann die Transzendenz des anderen nur als Gleichnis beschreiben. Dies ist ein letztlich zum Scheitern verurteiltes Gerechtigkeitsprogramm, das sich gerade nicht mit Derrida damit trösten kann, dass es „im Kommen“ ist⁷⁸, sondern wissen muss, dass es prinzipiell unmöglich ist. Die Gerechtigkeit der Menschenrechte kann dann allenfalls negativ formuliert werden. Sie ist auf Beseitigung ungerechter Zustände, nicht auf Perfektion gerechter Zustände, gerichtet. Sie ist nur als Gegenprinzip zur kommunikativen Verletzung von Leib und Seele, Protest gegen Unmenschlichkeiten der Kommunikation möglich, ohne dass jemals positiv gesagt werden könnte, was die Bedingungen einer „menschengerechten“ Kommunikation wären.

Auch emanzipatorische Programme der Moderne helfen hier nicht weiter. Keine Auskunft geben Kriterien der demokratischen Beteiligung der Individuen an gesellschaftlichen Prozessen, denn nur die Person partizipiert, nicht Körper/Bewusstsein. In dieser Sicht kann man über die Naivität der Partizipationsromantik nur staunen. Demokratische Prozeduren sind kein Test für die Menschengerechtigkeit einer Gesellschaft⁷⁹. Eben sowenig informativ sind Universalisierungstheorien, die transzendental über apriorische Eigenschaften oder über Universalisierung von geäußerten Bedürfnissen vorgehen.⁸⁰ Was haben solche philosophischen Abstraktionen mit den konkreten Einzelmenschen zu tun? Das gleiche gilt *mutatis mutandis* für ökonomische Theorien der Präferenzbildung von Individuen, die sich über Marktmechanismen aggregieren.

Nur die Selbstbeobachtungen von Bewusstsein/Körper - Introspektion, Leiden, Schmerz - können beurteilen, ob Kommunikation die Menschenrechte verletzt. Wenn diese Selbstbeobachtungen, wie verfälscht auch immer, in die Kommunikation Eingang finden, dann besteht eine gewisse Chance auf menschengerechte Selbsteinschränkungen der Kommunikation, auf eine Begrenzung ihres Eigenem im Respekt vor dem ganz anderen. Entscheidend ist der „Moment“: die Simultaneität von Bewusstsein und Kommunikation: der Schrei, der den Schmerz ausdrückt. Daher die Nähe der Gerechtigkeit zu spontanen Empörungen, Unruhen, Protesten und ihre Ferne zu philosophischen, politischen und juristischen Diskursen.

⁷⁷ Damit erklärt sich womöglich der hohe Stellenwert, der gerade dem juridischen Verbot von so unterschiedlichen Autoren wie Rudolf Wiethölter und Pierre Legendre zugesprochen wird, *Rudolf Wiethölter*, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Christian Joerges und Gunther Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht: Rechtfertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, 2003, S. 1 ff. (20 f.); *Pierre Legendre*, Das Verbrechen des Gefreiten Lortie: Abhandlung über den Vater, 1998, S. 145 ff., bes. 163.

⁷⁸ *Jacques Derrida*, Force of Law: The Mystical Foundation of Authority: *Cardozo Law Review* 11 (1990), S. 919 (969).

⁷⁹ Dass demokratische Prozeduren die politische Sensibilität gegenüber Menschenrechtsverletzungen erhöhen können, soll damit nicht bestritten werden.

⁸⁰ Zur Kritik an universalistischen Theorien der Gleichheit aus der damit inkommensurablen normativen Individualperspektive und den sich daraus ergebenden Konflikten *Menke* (FN 36), S. 203ff.