

Was ist Fortschritt? Fragen an Wissenschaft, Gesellschaft und Recht

1) Fortschritt als DNA der Moderne

Seit Jahrtausenden meint man es zu wissen: „Mater semper certa est“. Welche Selbstgewissheit – und welcher Irrtum. Nichts ist ewig, nichts ist sicher, nicht einmal, wer die eigene Mutter ist. Da mag es eine geben, zwei, drei, oder noch mehr, eine „Biologische“, eine „Genetische“ und eine „Soziale“, mit dem genetischen Element kann man noch weiter spielen, es teilen, neu zusammensetzen, „basteln“.

Ist das Fortschritt?

Der Glaube an den Fortschritt ist Teil der DNA der Moderne. Es ist eine einfache Formel: Mehrwissen bedeutet Mehrkönnen, und dies ist uneingeschränkt positiv zu werten. Aber es ist ein Glaube. Und wo ein Glaube ist, da sind auch Zweifel. Kritische Geister erkennen zwar an, dass Mehrwissen Mehrkönnen bedeutet, leugnen aber, dass dies *a priori* eine Entwicklung in eine als „richtig“ zu qualifizierende Richtung impliziere. Aus den unvermeidbar mit neuem Wissen und Können verbundenen Grenzfragen etwa nach der Sinnhaftigkeit lebensverlängernden Maßnahmen – Stichwort „Weiterleben als Schaden“, wie gerade erst vom BGH entschieden – leiten die Skeptiker ab, dass der Fortschritt nur scheinbar „gut“ sei, in Wirklichkeit aber an den Abgrund führe. Schließlich bedeute Mehrkönnen auch die Entfaltung eines großen Vernichtungspotentials, man denke etwa an die Waffentechnik. Mehr Kommunikation aufgrund der digitalen Revolution führe mit fake news und Hassrede zur Unterminierung und Infragestellung der Demokratie. Kurzzeitige Verbesserungen, etwa eine gute „käferfreie“ Ernte, werde mit einer Zerstörung des natürlichen Gleichgewichts in Flora und Fauna erkauft. Der Abgrund, auf den man sich zubewege, sei nicht mehr nur abstrakt. Ängste wie insbesondere die Angst vor dem Klimawandel sind bereits allgegenwärtig.

2) „Mehrwissen“ als Grundbaustein des Fortschrittsverständnisses in der Naturwissenschaft

Zivilisationsoptimismus steht Zivilisationspessimismus gegenüber. Aber gleich wie man werten mag, zunächst gilt es das, was wir als Fortschritt ansehen, in seiner Dynamik in den Blick zu nehmen.

Fortschritt impliziert keine stetige und gleichförmige Entwicklung. Vielmehr gibt es Phasen, in denen sich – salopp gesagt – „wenig tut“ und dann wieder Phasen, in denen Durchbrüche erreicht werden. Von Archimedes von Syrakus stammt der berühmte Spruch „heureka – ich habe es gefunden“ – nach der von Plutarch überlieferten Anekdote sei Archimedes unbekleidet durch die Stadt gelaufen und habe mit diesem Spruch seine Freude darüber kundgetan, dass er das später nach ihm benannte archimedische Prinzip entdeckt habe. Auch Carl Friedrich Gauß schrieb das Wort „heureka“ in sein Notizbuch, als er 1796 erkannte, dass sich jede positive ganze Zahl als Summe von höchstens drei Dreieckszahlen darstellen lässt. Ähnlich mögen auch jene Forscher empfunden haben, denen es gelang, schwarze Löcher zu fotografieren, wie wir gestern gesehen haben. Derartige Heureka-Momente sind typisch für den naturwissenschaftlichen Fortschritt – neue Erkenntnisse, gewonnen durch Nachdenken, Beobachtung oder Experiment, lassen sich manchmal auf einen konkreten Augenblick datieren. Man denke etwa an die Entdeckung der Röntgenstrahlen durch Wilhelm Conrad Röntgen am 8.11.1895 oder auch an die Entwicklung des Modells der Doppelhelix durch James Watson, Francis Crick und Rosalyn Franklin am 28.2.1953. Beides waren Türöffnereignisse, die für Generationen von Forschern neue Wege aufgezeigt haben. Möglich werden derartige Erkenntnisse in der Regel aber erst dann, wenn der Boden dafür ausreichend vorbereitet ist. Neue Erkenntnisse bauen auf einer Vielzahl von vorausgehenden Erkenntnissen sowie auf der Entwicklung von neuen Techniken und Methoden auf.

Nehmen wir mein eingangs erwähntes Beispiel von der Aufspaltung des Mutterseins. Hier lässt sich die Entwicklung bis ins 17. Jahrhundert zurückzeichnen. Ein erster wichtiger Name ist Antoni van Leeuwenhoek, der 1677 mithilfe mikroskopischer Untersuchungen Spermatozoen in der Samenflüssigkeit entdeckte. Etwa zur selben Zeit seziierte Regnier de Graaf die Eierstöcke von Frauen und erkannte ihre Funktion für die

Fortpflanzung des Menschen. Bis dahin hatte man, aufbauend auf Aristoteles Schrift „Von der Zeugung der Geschöpfe“ angenommen, neues Leben entstehe aus Samen und Menstruationsblut, wobei das Blut die materielle Substanz des Embryos ausmache und allein der Samen schöpferische Gestalt habe, so wie, in den Worten Aristoteles, ein Schreiner aus Holz ein neues Brett forme. Für Aristoteles ist die Frau ein, so wörtlich, „zeugungsunfähiger Mann“; an der Fortpflanzung haben, so sieht er es und so wird es über 2000 Jahre gesehen, Mann und Frau nicht gleichberechtigt Anteil.

Nach den Entdeckungen von Leuwenhoek und de Graaf gibt es 150 Jahren lang keine neuen Erkenntnisse, bis 1827 der Embryologe Karl von Baer das Säugetier-Ei an einer getöteten Hündin entdeckt. Immer weiter verbesserte Mikroskope machen den unsichtbaren Bauplan des Lebens mehr und mehr sichtbar. Seit 1876 weiß man, dass Befruchtung die Verschmelzung zweier Zellkerne ist. In den 1930er Jahren entstehen in den USA die ersten Samenbanken. Am 25.7.1978 wird Louise Brown, das erste Kind nach einer Invitro-Fertilisation geboren. Dies kann man als den lange vorbereiteten Heureka-Moment für die Forscher und als den Wendepunkt in der Reproduktionsmedizin sehen. Weitere 17 Jahre später wird in Brüssel an der Vrije Universiteit die intrazytoplasmatische Spermieninjektion entwickelt; Geburtstag hat das erste mit dieser Methode erzeugte Baby am 1992.

Wagner in Goethes Faust hat Recht:

Was man an der Natur Geheimnisvolles pries,
Das wagen wir verständig zu probiren,
Und was sie sonst organisiren ließ,
Das lassen wir krystallisiren.

Immerhin hat man für den Homunculus, der nunmehr kein Homunculus mehr ist, sondern ein Baby wie alle anderen Babys auch, Jahrhunderte lang gebraucht und musste viele verschiedene Stränge des Wissens zusammenführen.

Für Fortschritt in der Naturwissenschaft ist so das quantitative Element entscheidend. Immer Neues kommt hinzu. Die Entwicklung geht grundsätzlich in eine Richtung, mögen auch immer wieder Erkenntnisse falsifiziert oder einfach vergessen und zu späterem Zeitpunkt wieder aufgegriffen werden. Entscheidend ist die Zunahme von Wissen, sei es

linear, sei es exponentiell. Frei nach Bert Brecht könnte man dabei sagen, erst die Pinzette, dann die Moral. Denn die Frage, ob man das, was man kann, auch darf, stellt man erst, wenn man weiß, was man kann. Und dafür muss man erst einmal forschen.

3) Fortschritt im Recht – ein Aliud?

Im Recht scheint dagegen alles anders zu sein. Irgendwie gibt es auch hier Fortschritt. Spontan mag man an die Abschaffung der Folter denken, die über Jahrhunderte sowohl zur Erreichung von Geständnissen als auch zur Bestrafung von Unrecht eingesetzt worden war, oder auch an die Abschaffung der Sklaverei, an die Ausdifferenzierung des Rechtsstaatsmodells, an das Gewaltverbot im Völkerrecht oder die Idee der Würde als Grundprinzip des Rechts. Aber sind derartige Entwicklungen mit dem Fortschritt in der Naturwissenschaft zu vergleichen? Gibt es auch hier Heureka-Momente, in denen neues Wissen fassbar, in denen etwas Neues entdeckt wird?

Sicherlich gibt es keine Nadel, mit der man eine Membran durchstechen und keine Pinzette, mit der man ein Gen „fischen“ könnte. Auch sind keine Experimente zum wiederholten Male durchführbar, um endlich den gewünschten Nachweis zu erlangen. Dennoch, so scheint es mir, gibt es Vergleichbares.

Der Fortschritt im Recht kommt stufenweise. Er kommt in drei Schritten – Nachdenken, Normieren, Entscheiden.

a) Der erste Schritt – das Nachdenken

Gibt es berühmte Juristen? Solche, die man Entdeckern gleichstellen kann? Ich war einmal in einem Preiskomitee für einen „European Legal Award“. Es fiel uns sehr schwer, Errungenschaften des europäischen Rechts wie die Freizügigkeit, das Schengen-Visum oder den Euro mit konkreten Namen zu verbinden. Wen könnte man feiern? Das europäische Recht ist ein Kollektivprojekt. Vordenker von Ideen, deren Schriften Paradigmenwechsel einleiten, lassen sich nur schwer finden. Dennoch, ja, man kann an Jean Monnet denken, der anregte, die westeuropäische Montanindustrie unter Einbeziehung des bisherigen Feindstaats Deutschland zu entwickeln. Auch in vielen anderen Bereichen gibt es innovative Ansätze, die konkret identifizierbar zu neuen

Entwicklungen im Recht geführt haben. Ein bekanntes Beispiel ist Henry Dunant, der Zeuge des Leidens der verwundeten Soldaten bei der Schlacht von Solferino am 24. Juni 1859 wurde und daraufhin mit seinem Buch „Eine Erinnerung an Solferino“ anregte, Regeln zu schaffen, die den Krieg wenn nicht menschlicher, so doch zumindest weniger unmenschlich machen – es war die Geburtsstunde dessen, was wir heute humanitäres Völkerrecht nennen sowie auch die Geburtsstunde des Roten Kreuzes. Der polnisch-britische Jurist Hersch Lauterpacht hat die Idee eines nicht vom Staat, sondern von der internationalen Gemeinschaft gewährten Schutzes der Menschenrechte bereits in seinem während dem Zweiten Weltkrieg geschriebenen Buch „An International Bill of the Rights of Men“ entworfen. Die Idee des Genozidverbots stammt von dem Lemberger Juristen Raphael Lemkin, der in seiner Schrift „Axis Rule in Occupied Europe 1944“ überhaupt erst einmal den Begriff „Genozid“ entwickelt. Die berühmte Trias „Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit“ findet sich ursprünglich in den Schriften des geistlichen Frühaufklärers Francois Fénelon. Kants Schrift „Vom ewigen Frieden“ ist bahnbrechend für das Völkerrecht. Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren.

Bei diesen philosophisch-juristischen Traktaten geht es allerdings nicht um ein wertneutrales Verstehen von Funktionszusammenhängen, sondern vielmehr um Analysen des Ist-Zustandes der Gesellschaft, die zu Um-Wertungen und Neu-Wertungen führen. Derartige Erkenntnisse sind daher sicherlich ein Aliud im Vergleich zu naturwissenschaftlichem Erkennen. Während das normative Element, das Sollen, im naturwissenschaftlichen Erkennen *a priori* ausgeklammert ist, ist es dem Recht inhärent.

Nun ist allerdings ein Gedanke, so neu und gut er sein mag, noch kein Recht. Manchmal mag es Jahrhunderte dauern, bis er „wirkt“, bis er gestaltende Kraft entfaltet und die Politik daran anknüpft. So stammt Kants Schrift „Zum ewigen Frieden“ aus dem Jahr 1796; umgesetzt wurde die Idee einer vertraglich gesicherten Friedensordnung erst in der Charta der Vereinten Nationen im Jahr 1945 und damit eineinhalb Jahrhunderte und ein gutes Dutzend Kriege, darunter zwei Weltkriege, später. Schneller ging es bei der Ächtung des Genozids wie von Raphael Lemkin gefordert. Seine Ideen wurden zwar noch nicht in die Nürnberger Kriegsverbrecherprozessen eingebracht, führten aber 1948 zur Annahme der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen mit 55 zu 0

Stimmen. Der britische Menschenrechtsanwalt und Autor Philipps Sands hat Lemkin und seinem Denken in dem juristischen Thriller „East-West-Street“ ein Denkmal gesetzt. Vielleicht war diese eine der schnellsten und nachhaltigsten Revolutionen im Recht des 20. Jahrhunderts, letztlich der Versuch, das absolut Böse zu definieren - etwas Schlimmeres als Mord, etwas Schlimmeres als Massenmord. Eine derartige juristische Kategorie war die Antwort auf den Holocaust, versuchte ihn auch für die Zukunft als Verbrechen fassbar und sanktionierbar zu machen.

Damit kommen wir aber auch bereits vom ersten Schritt, dem Nachdenken, zum zweiten Schritt, dem Normieren.

b) Der zweite Schritt – das Normieren

„We stand today at the threshold of a great event both in the life of the United Nations and in the life of mankind, This Declaration may well become the international Magna Carta of all men everywhere.“

So sprach Eleanor Roosevelt in dem Augenblick, in dem die Generalversammlung der Vereinten Nationen im Jahr 1948 die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte einstimmig, wenn auch mit einer Reihe von Enthaltungen, annahm.

Es war ein besonderer Vorgang des Normierens. Denn man hatte gar nicht den Anspruch, wirklich eine Norm zu schaffen, sondern gab sich mit einer unverbindlichen Erklärung zufrieden. Aber in dieser Erklärung steckte das juristische Herzblut all jener, die Krieg und Morden erlebt hatten und das „Nie Wieder“ mit der Definition eines neuen Menschen untermauern wollten, eines Menschen, der Rechte und Pflichten hat, als Individuum zur Gemeinschaft beiträgt und in ihr seinen Entfaltungsraum findet.

Wie aber ließ sich dieses neue Menschenbild bestimmen? Ausgangspunkt war die Idee, dass alle Menschen – auf Englisch hieß es „men“ und war damit nicht eindeutig, ob es sich um „Männer“ oder „Menschen“ handelte – „Mitglieder einer Familie seien, dass sie frei seien und gleiche Würde und Rechte besäßen und einander als Brüder betrachten sollten“:

„All men, being member of one family, are free, possess equal dignity and rights and shall regard each other as brothers.“

Diese Fassung, so wurde vorgeschlagen, solle um den Hinweis auf die Vernunftbegabtheit des Menschen ergänzt werden: „being endowed with reason“. Nun ist das Vernunftkonzept eine Idee der Aufklärung und damit des Welt- und Menschenbildes dessen, was man die „westliche Welt“ zu nennen pflegt. Der chinesische Vertreter Chang schlug daher vor, nicht nur auf die Vernunft, sondern auch auf das chinesische Konzept „ren“ zu verweisen. Das Wort „ren“ setzt sich aus zwei Zeichen zusammen, dem Zeichen für Mensch und dem Zeichen für zwei. Es bedeutet so etwas wie Aufeinanderbezogenheit der Menschen. In unseren westlichen Sprachen ist dies allerdings schwer auszudrücken, auch wenn wir verstehen, was es bedeutet. Der Mensch wird nicht als Einzelwesen gedacht, kann nicht in Isolation leben, braucht zu seiner Verwirklichung ein Gegenüber. Auf Englisch könnte man von two-mindedness sprechen. Vorgeschlagen für die englische Version der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte wurde aber dann „conscience“, zu deutsch Gewissen, und damit etwas völlig anderes als das, was mit dem chinesischen Begriff „ren“ gemeint war. So aber ist es nunmehr festgeschrieben:

“All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act toward one another in a spirit of brotherhood.“

„Lost in translation“, möchte man sagen. Dennoch ist so etwas Neues entstanden. Das erste Mal wurde normiert, was den Menschen als Menschen ausmacht. Ein Rechtstext, nicht verbindlich zwar, und doch ein Kompass, ein weltweit verwendetes Vademecum gemeinsamer Werte.

Die Abstimmung zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte in der Generalversammlung der Vereinten Nationen ist einem Heureka-Moment wie bei Archimedes oder Gauss vergleichbar. Lange Traditionslinien werden zusammengeführt; darauf aufbauend wird etwas Neues geschaffen. Nicht das quantitative Moment ist entscheidend, das Mehr an Wissen, wohl aber das qualitative Moment, das Unter-die-

Klammer-Bringen von verschiedensten Vorstellungen und Ideen, und dies so, dass daraus ein neues Ganzes entsteht.

c) Der dritte Schritt – das Entscheiden

Recht muss aber mehr sein als eine schriftlich aufgezeichnete Idee. Die beste Verfassung, der beste Vertrag nutzt nichts, wenn die darin enthaltenen Regelungen nicht auch konkret zur Anwendung kommen. Wer wollte die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte mit ihrer Idee von der Gleichbehandlung aller Menschen als Erfolg feiern in einer Zeit, in der in Stalins Sowjetunion Hunderttausende um ihrer Überzeugungen oder ihrer Herkunft willen in Lagern litten, in der in den USA in Bussen und Zügen Plätze für Weiße reserviert waren, die Schwarze nicht einnehmen durften? Die Rechtsverbürgungen waren nichts als Theorie oder, schlimmer noch, Zynismus. Für den echten Fortschritt im Recht braucht es Richter, die auch „Recht“ sprechen und die neuen Ideen durchsetzen. So ist die Geschichte des Fortschritts im Recht auch die Geschichte großer Entscheidungen.

Den Ruf des Bundesverfassungsgerichts hat wohl die berühmte Lüth-Entscheidung aus dem Jahr 1958 begründet. Dabei ging es um einen Streit zwischen dem Hamburger Senatsdirektor Erich Lüth und Veit Harlan, dem Regisseur des Nazi-Films „Jud Süß“. Als er nach dem Krieg einen neuen Film produzierte, rief Lüth die Bevölkerung zum Boykott auf, wurde aber von den Zivilgerichten abgemahnt, geschäftsschädigende Boykottaufrufe zu unterlassen. So stand die grundgesetzlich geschützte Meinungsfreiheit gegen das zivilrechtliche Boykottverbot. Das Bundesverfassungsgericht gab der Meinungsfreiheit den Vorrang und argumentierte, die Grundrechte hätten eine Ausstrahlungswirkung auf das Privatrecht; zivilrechtliche Normen seien in ihrem Lichte auszulegen. Damit wurde die gesamte Rechtsordnung gewissermaßen unter den Vorbehalt der Grundrechtskonformität gestellt. Das war etwas noch nie Dagewesenes und hat die Erfolgsgeschichte des Grundgesetzes bis hin zur Entwicklung dessen, was Sternberger später „Verfassungspatriotismus“ genannt hat, bestimmt.

Auch für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gibt es eine in ihrer Wirkung vergleichbare Entscheidung, das Urteil im Fall Marckx v. Belgien. Dabei ging es um die Benachteiligung nicht-ehelicher Kinder gegenüber in der Ehe geborenen Kindern. Der Gerichtshof verurteilte dies als Menschenrechtsverletzung, obwohl es zu dieser Zeit in fast allen Mitgliedsstaaten der Konvention entsprechende Regelungen gab und berief sich darauf, die Menschenrechtskonvention sei ein „lebendiges Instrument“, das nicht im Zeitgeist der 50er Jahre auszulegen sei, sondern mit Blick auf die sich in Europa wandelnden Überzeugungen interpretiert werden müsste. Damit war der Grundstein dafür gelegt, dass die EMRK zum Werte-Motor innerhalb Europas wurde.

Es gibt auch Gegenbeispiele, Urteile, die die Anwendung innovativer Rechtskonzepte blockieren wie etwa die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs in Den Haag zum Bosnienkrieg und zur Frage, ob das Massaker von Srebrenica ein Verstoß gegen das Genozidverbot war. Der Gerichtshof wand sich und wand sich und gab am Schluss eine Antwort, die er selbst für sybillinisch gehalten haben mag, die aber letztlich in ihrer Kompromisshaftigkeit sowohl Täter als auch Opfer als schreiende Ungerechtigkeit empfanden. Der Gerichtshof urteilte, Serbien habe entgegen seiner Verpflichtung nichts zur Verhinderung des Massenmordes in Srebrenica 1995 getan, habe sich aber nicht selbst des Genozids schuldig gemacht, auch wenn es die bosnischen Serben militärisch und finanziell in erheblichem Ausmaß unterstützt habe. Irgendwie schon und irgendwie doch nicht – das war eine juristische ausgeklügelte Antwort, die niemand wirklich verstand.

Mit dem „Entdecken“ von Neuem verbundene Heureka-Momente sind wohl auch Urteile wie „Lüth“ und „Marckx“. Als einzelne „Highlights“ genügen sie zwar nicht für einen nachhaltigen Fortschritt. Kommen aber gute Nachfolgeentscheidungen hinzu, die die neuen Ideen aufgreifen, dann kann die Gesamtentwicklung in eine neue Richtung gelenkt werden. Vielleicht hat aber auch der US-amerikanische Historiker Samuel Moyn Recht, wenn er in seinem Buch „Utopia“ argumentiert, die Entwicklung sei letztlich eine Konstruktion.

In jedem Fall lässt sich eine innere Dynamik in der Rechtsentwicklung in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts erkennen, der wir das – mit einer positiven Konnotation versehene – Attribut der Fortschrittlichkeit zuerkennen würden. Nur warum?

4) Relativität von Fortschritt

Die Frage nach dem Warum ist schwer zu begründen. Warum bewerten wir bestimmte Elemente der Rechtsentwicklung als „Fortschritt“ und andere nicht, woran ist die Fortschrittlichkeit zu messen?

In der Naturwissenschaft liegt der Bewertung des Fortschritts – unausgesprochen – der Mythos vom Baum der Erkenntnis zugrunde. Wer davon isst, wird sein wie Gott – Wissen ist Göttlichkeit; mehr Wissen bringt die Menschheit voran. Auf das Recht lässt sich dies nicht übertragen. Es geht um Gerechtigkeit. Und Gerechtigkeit bedeutet, einen Ausgleich zu finden; die Idee einer Aufwärtsspirale ist damit nicht verbunden. Im Bild der Waage ist keine Bewegung angelegt.

Aber man kann verschiedene Waagen mit verschiedenen Eichungen verwenden. Dementsprechend ist, was man als besser und was als schlechter ansieht, relativ, von vorgeordneten Zielvorstellungen abhängig. Die Regel „Aug um Aug, Zahn um Zahn“ ist unmittelbar einleuchtend. Einen ausgeschlagenen Zahn, ein ausgestochenes Auge mit einer Geld- oder Gefängnisstrafe zu vergelten ist nur dann besser und fortschrittlicher, wenn man einen besonderen Bezugsrahmen hat und körperliche Strafen als inhuman verwirft.

Die Abhängigkeit des Fortschritts im Recht von unterschiedlichen Bezugsrahmen bedeutet aber, dass, was heute gerechter, adäquater, fortschrittlicher ist, morgen „von gestern“ sein kann.

Ein gutes Anschauungsbeispiel ist etwa das Verbot der Nachtarbeit von Frauen allein aufgrund ihres Frauseins. Im Jahr 1909 war es Gegenstand des ersten internationalen Abkommens zum Arbeitsrecht überhaupt und wurde als großartige zivilisatorische Errungenschaft gefeiert. Die Frauen sollten nachts zuhause bleiben, alle, überall, so dass

den Volkswirtschaften in ihrer Wettbewerbsfähigkeit dadurch keine Nachteile entstünden. Der positiven Einschätzung eines derartigen Verbots lag ein Frauenbild zugrunde, das die Frau in erster Linie als (durch den Mann) zu schützen, nicht aber als selbstbestimmt ansah. Diese Einschätzung wurde später als Negativstereotyp entlarvt. Der EuGH erklärte im Jahr 1991 das umfassende Nachtarbeitsverbot von Frauen als europarechtswidrig, da es eine unzulässige Diskriminierung darstelle; lediglich schwangere und stillende Frauen seien zu schützen. Alle EU-Staaten kündigten daraufhin die bis dahin universell gültige Konvention Nr. 89 der Internationalen Arbeitsorganisation, in die das Verbot aufgenommen worden war; mit einer Verzögerung von acht Jahrzehnten wurde als inakzeptabel angesehen, was einmal Fortschritt war.

Ein anderes Beispiel ist die Regelung zum Erbrecht nicht-ehelicher Kinder. Ihre Benachteiligung sollte dem als überragend wichtig eingestuften Schutz von Ehe und Familie dienen. In Frankreich war es sogar Teil des „ordre public“, dass ein Vater seinem nicht-ehelichen Kind über einen bestimmten Basisbetrag hinaus keine Vermögenswerte zuwenden durfte. Die Idee war zu verhindern, dass die Familie aus dem Lot geriete und ihr Zusammenhalt gefährdet würde; uneheliche Kinder sollten „außen vor“ bleiben. Die bereits erwähnte Marckx-Entscheidung des EGMR leitete hier einen Perspektivwechsel ein; plötzlich ging es nicht mehr um den potentiell gefährdeten Zusammenhalt der Familie, sondern um Wohl und Wehe der Kinder, die nicht wählen konnten, ehelich oder unehelich geboren zu werden; ihnen sollte aus dem Verhalten ihrer Eltern kein Nachteil erwachsen. Somit wurde die ursprüngliche ordre-public-Vorstellung – Schutz der Familie – gegen eine neue ordre-public-Vorstellung – Gleichberechtigung aller Kinder – eingetauscht.

Dies bedeutet, dass das, was als positiv und damit „fortschrittlich“ gewertet wird, relativ ist, abhängig von gesellschaftlichen Vorstellungen und Überzeugungen. Das erste Beispiel zeigt, dass ein bevormundendes Schutzkonzept durch ein als radikal verstandenes Gleichberechtigungskonzept ersetzt wurde, das zweite Beispiel, dass indirekte Schutzmaßnahmen, die zu Lasten Dritter gehen, nicht mehr gebilligt wurden. Dies sind Umwertungen, die Paradigmenwechsel offenbaren.

Daher die Frage nach den Bezugspunkten, den Messpunkten unseres gegenwärtigen Fortschrittskonzepts - wie wollen wir wissen, dass das Fortschreiten in eine „richtige“ Richtung geht?

Wir können vergleichen, messen und mit Zahlen bestimmen. Damals – heute. Damals war die Lebenserwartung 35 Jahre, heute ist sie 83 Jahre. Damals war es eine reale Gefahr, im Kindbett zu sterben, heute trifft dies in Europa 3 von 100.000 Frauen. Damals brauchte eine Nachricht zu einem 100 km entfernten Ort mehrere Tagesritte, heute werden Informationen von Kontinent zu Kontinent in Millisekunden übermittelt. Darauf sind wir stolz, das ist unser Fortschritt: besser, schneller, länger, höher, weiter.

Damals gab es Sklaverei, heute ist jeder selbstbestimmt. Damals konnten mit Eroberungslust Kriege geführt werden, heute wird grenzüberschreitende Gewalt von der internationalen Gemeinschaft mit Sanktionen geahndet. Damals verwendete man die Folter, um ein Geständnis zu bekommen, heute weist man die DNA des Täters am Tatort nach. Auch das macht unseren Fortschritt aus. Nur mit den einfachen Steigerungsformen – besser, schneller, länger, höher, weiter – können wir im Recht nicht erklären, warum das Heute besser sein soll als das Damals.

Im Recht beruhen unterschiedliche Wertungen dessen, was „fortschrittlich“ ist, auf unterschiedlichen Modellen, etwa Rollenmodellen, oder auch auf Modellen von Staat und Gesellschaft, etwa dem Modell eines möglichst effizienten „starken Staates“, oder dem Modell der „kommunistischen Revolution“. Mit Blick auf derartige Modelle wären die Zuerkennung von Verteidigungsrechten im Strafverfahren oder die Durchsetzung des Postulats der Rechtsstaatlichkeit nicht „fortschrittlich“, sondern „hinderlich“ oder „bourgeois“.

Fortschrittlich ist all dies nur, misst man es am Modell eines Staates, der sich zum Ziel setzt, die Menschenrechte umfassend zur Geltung zu bringen. Das ist unser gegenwärtiger Ansatzpunkt.

Für das unserem Denken zugrundeliegende Fortschrittsverständnis sind so die Menschenrechte der Maßstab, an dem wir uns orientieren. Nur – „die Menschenrechte“ gibt es nicht, vielmehr nur eine Vielzahl unterschiedlicher Kataloge. Zudem sind

Menschenrechte keine statische Bezugsgröße. Vielmehr wohnt ihnen ihrerseits eine innere Dynamik inne.

So sind auch unter der Ägide der Menschenrechte unterschiedliche Entscheidungen möglich, wie die Rechtsgeschichte der letzten 70 Jahre, seit der Ausarbeitung des Grundgesetzes wie auch der EMRK, zeigt.

1957 hat das Bundesverfassungsgericht es für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt, homosexuelle Handlungen strafrechtlich zu verfolgen, 2017 wurde die gleichgeschlechtliche Ehe gesetzlich als Modell des Zusammenlebens der traditionellen Ehe gleichgestellt. Bis 2006 wurde ein von der Polizei ohne Anwalt geführtes Verhör eines Beschuldigten vom EGMR als unproblematisch angesehen; seither gilt es als gravierender Menschenrechtsverstoß. Die Aufzählung derartiger Beispiele von neuen Wertungen - trotz unveränderter rechtlicher Grundlage - lässt sich beliebig fortsetzen.

Der allgemeine Verweis auf die Menschenrechte genügt also nicht, um die Richtung des Fortschritts im Recht zu bestimmen. Sie sind Ausgangspunkt, nicht Endpunkt.

Erkennbar gibt es eine neue Vorstellung von Fortschrittlichkeit. Sie ist schwer zu fassen, da sie nicht explizit thematisiert wird; dennoch lassen sich aus den Entscheidungen der Gerichte sowie aus neuen Normierungen Rückschlüsse ziehen. So sind als gesellschaftliche Zielvorstellungen, an denen Fortschritt gemessen wird, auszumachen: die vollständige und absolute Ächtung physischer Gewalt, eine radikal verstandene Gleichheit, die zur „Entdeckung“ immer neuer Ungleichheiten führt, hohe Ansprüche an den staatlichen Schutz derer, die sich selbst nur unzureichend schützen können sowie die Förderung der selbstbestimmten Teilnahme aller an Gesellschaft und Politik, verbunden mit hohen Anforderungen an Toleranz. Konsens besteht zu diesen Zielen aber nur teilweise. Letztlich ist die Definition dessen, was Fortschritt im Recht ist, Politik. Und um die Definitionshoheit wird zwischen Legislative und Judikative gestritten.

Fortschritt im Recht ist so in vielerlei Hinsicht ein Aliud im Vergleich zum naturwissenschaftlichen Fortschritt. Dennoch gibt es Wechselbezüglichkeiten und - offene Fragen. Und dazu komme ich nun im letzten Teil.

5) Wechselbeziehlichkeiten und offene Fragen

Dass der naturwissenschaftliche Fortschritt unmittelbar den rechtlich-gesellschaftlichen Fortschritt beeinflussen würde, lässt sich wohl nicht sagen. Im Sinne von Gunther Teubner, dem bekannten Rechtstheoretiker, ist eher von autopoietischen Prozessen sprechen, die ihren je eigenen Gesetzmäßigkeiten unterliegen. Mehrwissen, Mehrkönnen bedingt nicht bestimmte Regelungen. Dennoch mag man über Einflussnahmen spekulieren, etwa bei der Herausbildung des neuen radikalen Gleichheitsverständnisses oder auch der absoluten Ächtung von physischer Gewalt. Daneben aber gibt es Momente, bei denen der naturwissenschaftliche Fortschritt tektonische Veränderungen bewirkt, die Gesellschaft und Recht nicht nur unmittelbar herausfordern, sondern in ihren Grundfesten erschüttern.

a) Einfluss naturwissenschaftlicher Erkenntnisse auf Gerechtigkeitsvorstellungen

a) Das Verständnis von „Gleichheit“

Zunächst zu den Spekulationen über mögliche Wechselbeziehlichkeiten, konkret zum Einfluss naturwissenschaftlicher Erkenntnisse auf das sich ändernde Verständnis von Gleichheit.

„Gleichheit“ gilt als Fundamentalnorm der Gerechtigkeit. Allerdings ist die zentrale Problematik des Gleichheitssatzes, dass er letztlich semantisch leer ist und nicht bestimmt, was „gleich“ und was „ungleich“ ist. Dies ist nur mit Wertungen von außerhalb, die dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen sind, zu entscheiden. Diese Wertungen aber werden auch von dem in der Gesellschaft vorhandenen Wissen bedingt. Wie soll man Mann und Frau nicht für „ungleich“ halten, wenn man, wie Aristoteles, annimmt, die Frau sei ein „zeugungsunfähiger, sprich defizitärer Mann“ und habe auf die Fortpflanzung keinerlei gestaltenden Einfluss? Umgekehrt – wie soll man Mann und Frau nicht für „gleich“ halten, wenn man weiß, dass mit operativen Eingriffen und Hormonbehandlungen ein Mann in eine Frau und eine Frau in einen Mann verwandelt werden kann?

Medizinischer Fortschritt kann auch erklären, warum immer neue Formen der Diskriminierung entdeckt werden und die Einebnung von Unterschieden gefordert wird. Behinderungen können so gut ausgeglichen werden, dass sie kaum erkennbar sind, man denke an Sprinter mit Prothesen, die schneller als Gesunde laufen können. Gleichgeschlechtliche Partner oder Partnerinnen sind nicht notwendigerweise kinderlos, sondern können auf verschiedene Methoden der Fortpflanzungsmedizin zurückgreifen. Auch das Alter kann mit medizinischen Mitteln unkenntlich gemacht werden; war der Verjüngungstrank bei Faust noch ein Wunschtraum, ist er mit Botox längst zur Realität geworden.

Es ist diese Erfahrung von der Relativierung der Bedeutung von Unterschieden, die ein neues Verständnis von „Gleichheit“ mit bedingt und neue Diskriminierungsverbote – wegen Alter, wegen sexueller Orientierung, wegen Behinderung, hat entstehen lassen.

Auch die Entdeckung eines „dritten Geschlechts“ wäre ohne Wissen von den verschiedenen Varianten der Intersexualität nicht möglich gewesen.

Dies sind Beispiele, bei denen der wissenschaftliche Fortschritt eine Anpassung des Rechts herausfordert, das Recht mit seinen Konzepten – wie etwa Gleichheit – an sich aber nicht in Frage stellt.

bb) Das Verständnis von „körperlicher Unversehrtheit“ als absolutem Wert

Eine zweite mögliche Wechselbeziehung ist im Bezug auf das gewandelte Konzept der körperlichen Unversehrtheit zu sehen.

Die Ächtung physischer Gewalt steht in einer langen, im Humanismus begründeten Traditionslinie. Dennoch überrascht die Radikalität und Absolutheit dieser Forderung in der Gegenwart, die es sogar verbietet, diejenigen, die selbst Gewalt zufügen wie etwa Terroristen, in Länder auszuliefern, in denen ihnen ihrerseits körperliche Gewalt droht.

Für diese Absolutheit könnte die durch medizinischen Fortschritt bedingte neue Erfahrung von Schmerzen einen Erklärungsversuch bieten.

Physische Gewalt ist mit Schmerz verbunden. Und Schmerz war in der Geschichte der Menschheit allgegenwärtig. „Du sollst mit Schmerzen Kinder gebären“ heißt es in der Bibel in der Geschichte von der Vertreibung aus dem Paradies. Das Leben beginnt mit Schmerzen, es endet zumeist mit einem schmerzhaften Tod. Krankheitserfahrung und Leid sind Teil des Menschseins. Aber dies, was über Jahrtausende naturgegeben und unveränderbar schien, ist so naturgegeben und unveränderbar nicht mehr. Opiate zur Betäubung gab es zwar schon immer, aber sie waren nur bedingt wirksam. Heute sind unsere Möglichkeiten, schmerzfrei zu leben, nahezu unbegrenzt; von der Aspirin-Tablette bei Kopfschmerz bis zur Palliativbehandlung der Sterbenden – eine Rundumversorgung ist für uns zur Selbstverständlichkeit geworden. Und sogar die „schmerzfreie Geburt“ mit Periduralanästhesie scheint die biblische Urfahrung Lügen zu strafen.

Dies bedeutet, dass Schmerzen aus dem natürlichen Erfahrungsbereich der Menschen weitgehend verschwunden sind. Damit, so scheint es, ist ein *horror doloris* entstanden. Was man zu beherrschen und zu verhindern gelernt hat, darf man nicht bewusst zufügen wollen. Plötzlich werden hier absolute Grenzen gezogen, die man früher so nicht für nötig befunden hat.

b) Infragestellung rechtlicher Grundkonzepte durch naturwissenschaftlichen Fortschritt

Aber während hier allenfalls indirekte Verbindungslinien zwischen wissenschaftlichem Fortschritt und Um- und Neubewertungen im Recht bestehen, gibt es auch Bereiche, in denen der wissenschaftliche Fortschritt tektonische Verschiebungen bewirkt, die das Recht in seinen Grundfesten erschüttern. Dies gilt für die eingangs erwähnte Leihmutterchaft ebenso wie für Maßnahmen, die das Leben über sich selbst hinaus verlängern, aber auch für die Digitalisierung.

Rein quantitativ hat die Wissenschaft hier große Fortschritte gemacht; im ersten Fall hat sie, wie erläutert, die Entstehung des menschlichen Lebens „durchschaut“ und neu

gestaltet. Im zweiten Fall hat sie vermocht, Leben zu erhalten, den Zeitpunkt des Todes hinauszuschieben. Und im dritten Fall hat sie Kommunikation revolutioniert.

aa) Fortschritt und das Konzept der „Familie“

Und damit komme ich zurück zu dem eingangs erwähnten Kind mit seinen drei Müttern, der biologischen Mutter, der genetischen Mutter und der sozialen Mutter. Zu den rechtlichen Fragen der Leihmutterschaft war schon eine Vielzahl von Gerichten aufgerufen zu entscheiden; auch der Gesetzgeber hat versucht, adäquate Regelungen zu finden. Der EGMR hat gerade gestern ein Gutachten – das erste Mal nach dem neuen Verfahren von Protokoll 16 – zu dieser Frage veröffentlicht. Auf konkrete Einzelfragen gibt er konkrete Antworten. Ist ein im Ausland aus einer Leihmutterschaft entstandenes Kind auch dann im Inland als Kind der sozialen Eltern zu registrieren, wenn Leihmutterschaft dort verboten ist? Gilt dies nur dann, wenn eine genetische Beziehung zwischen Kind und Vater oder Kind und Mutter besteht oder auch unabhängig davon? Der Gerichtshof hat eine Registrierungspflicht zumindest beim genetischen Vater und bei der mit dem genetischen Vater verheirateten nicht-genetischen Mutter angenommen, wobei bei letzterer auch eine Adoption zur Herstellung einer Verwandtschaftsbeziehung genügt.

Die eigentliche Herausforderung ist aber nicht die Beantwortung von Einzelfragen, sondern die Entscheidung darüber, ob, und wenn ja, wie dem Recht zugrunde liegende Begriffe wie Elternschaft und Familie neu bestimmt werden. Kann man mit den vertrauten Konzepten weiter hantieren oder muss man sie aufgeben und, der neuen Realität entsprechend, neue Konzepte entwickeln? Wenn biologische, genetische und soziale Elternschaft nicht mehr notwendigerweise zusammenfallen, könnte gefordert sein, dies im Recht unmittelbar abzubilden und die je unterschiedlichen Rechte neu zu definieren. Familie ist nicht mehr, was Familie war. Und wir geraten an unsere interpretatorische Grenzen, wenn wir völlig neue Realitäten in die alten Konzepte pressen.

d) Fortschritt und das Konzept „Leben“

Ähnliche Fragen stellen sich auch mit Blick auf das in allen Grundrechtskatalogen garantierte „Recht auf Leben“. Bereits im Jahr 2002 hatte eine bis zum Hals gelähmte britische Klägerin geltend gemacht, ein „Recht auf Leben“ müsse auch ein Recht auf Sterben beinhalten, wenn das Leben nur qualvoll und schmerzhaft sei und damit einer „unmenschlichen Behandlung“ gleichkomme. Der Gerichtshof hat dies verneint, hat aber in einer anderen berühmten Entscheidung, Lambert v Frankreich, die Beendigung des Lebens aufgrund medizinischer Empfehlung unter Beteiligung aller potentiell Betroffenen zumindest dann als konventionsmäßig angesehen, wenn davon auszugehen ist, dass dies dem Willen des Betroffenen entspräche.

Auch derartige Fälle werfen die sehr viel grundsätzlichere Frage auf, ob das rechtlich geschützte Konzept „Leben“ neu oder differenzierter zu interpretieren sei, wenn das Leben Verfügungsgegenstand in der Hand Dritter ist und derjenige, dem das Recht auf Leben zukommt, von allen Entscheidungsmöglichkeiten dauerhaft ausgeschlossen ist. Tabubrüche wie die Klage vor dem BGH, (Weiter)Leben als „Schaden“ zu kompensieren, zeigen, wo die Herausforderungen liegen.

e) Fortschritt und das Konzept „Demokratie“

Bei den meisten meiner Beispiele stand der medizinische Fortschritt Pate. Tektonische Verschiebungen ergeben sich aber auch in anderen Bereichen. Digitalisierung macht Kommunikation in einer Weise möglich, die bei der Herauskristallisierung der verschiedenen Demokratiebegriffe – insbesondere direkter und repräsentativer Demokratie – noch nicht vorstellbar war. Emphatische Bekenntnisse zum pluralistischen Meinungskampf klingen wie aus einer anderen Zeit, wenn der Mensch hinter der Meinung verschwindet und die Meinungsmache ausschließlich von Maschinen beherrscht wird. Gilt es angesichts einer in dieser Weise geänderten Wirklichkeit nicht auch den Begriff der Demokratie neu zu bestimmen?

Der Fortschritt hat hier eine offene Flanke.

Fortschritt ist die DNA der Moderne. Aber es ist kein Wert an sich, in einem schnellen Zug unterwegs zu sein; notwendig ist auch, darüber nachzudenken, wohin man

unterwegs sein will. Man muss das Erreichte, den Fortschritt, nicht in Frage stellen oder gar in Bausch und Bogen verwerfen. Dennoch gilt es, die Frage nach Grenzen und Verantwortung zu stellen. Und dies umso mehr, als man mit neuem Wissen die tektonischen Platten, auf denen unser Recht beruht, zu verschieben im Begriff ist.